

## ОТЗЫВ

о диссертации **Ображиева Константина Викторовича** на тему «Система формальных (юридических) источников российского уголовного права», представленной на соискание ученой степени доктора юридических наук по специальности 12.00.08 – уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право

Диссертационное исследование К.В. Ображиева на тему «Система формальных (юридических) источников российского уголовного права», представленное на соискание ученой степени доктора юридических наук, структурно состоит из Введения, трех разделов, включающих шесть глав, разделенных на 17 параграфов, а также Заключения, Списка использованной литературы, содержащего 650 наименований, и 7 Приложений.

Диссертация посвящена исследованию сложной, объемной и далеко не до конца изученной в теории уголовного права проблемы, вызывающей жаркие дискуссии как в общей теории права, так и в отраслевых юридических науках. Исследование этой проблемы имеет большую научную и практическую важность.

В соответствии с частью 1 статьи 1 УК РФ уголовное законодательство Российской Федерации состоит из Уголовного кодекса РФ, а новые законы, предусматривающие уголовную ответственность, подлежат включению в Уголовный кодекс. Этот постулат, опирающийся на идею полной кодификации уголовного законодательства, исходит из необоснованно узкого понимания источников уголовного права. Поэтому уже в момент принятия УК РФ не в полной мере отражал сложившуюся правовую действительность, поскольку в самом же уголовном законе закреплялось положение о том, что Кодекс основывается на Конституции Российской Федерации и общепризнанных принципах и нормах международного права. Неизбежный процесс интеграции России в межнациональное правовое пространство породил немало форм правового сотрудничества нашей страны с мировым сообществом, в том чис-

ле и в сфере уголовного права. Поэтому право России более не может считаться сферой только национальных интересов.

Помимо международно-правового аспекта вопрос о полиисточниковом характере уголовного права России связан с бланкетностью многих уголовно-правовых норм и проблемой соотношения уголовного законодательства с судебной практикой и уголовно-правовой доктриной.

До настоящего времени ни в общей теории права, ни в отраслевых юридических науках, включая уголовно-правовую доктрину, не сложилось целостного представления об источниковой базе российского права, поэтому поиски решения данной проблемы составляют насущную задачу юридической науки. Этим и определяется высокая степень *актуальности* диссертационного исследования К.В. Ображиева.

*Научная новизна* исследования определяется тем, что автор не только сформулировал понятие и рассмотрел признаки формальных (юридических) источников уголовного права, но и доказал, что они образуют открытую систему взаимосвязанных элементов, обусловленную рядом объективных факторов и обладающую определенными свойствами (синергетичность, адаптивность, гомеостатичность), которая развивается по определенным закономерностям во взаимодействии с внешней средой. Соискатель наметил и осуществил обширную программу исследования: определил предпосылки образования системы источников уголовного права; установил ее элементный состав; выявил интегративные свойства системы; определил компоненты внешней среды ее функционирования; выделил и проанализировал системообразующие связи между элементами системы; рассмотрел динамику системы юридических источников российского уголовного права и перспективы ее развития.

Научная новизна исследования проявляется также в положениях, вынесенных на защиту (с. 12-22).

*Обоснованность и достоверность* основных положений, результатов и выводов обеспечены методологией и методиками научного исследования,

использованием большого массива нормативного материала (включающего нормы международного права и зарубежного законодательства), огромного объема использованных доктринальных источников и данных судебной практики (в том числе практики Конституционного Суда РФ, Европейского суда по правам человека, Верховного Суда РФ). Результаты анкетирования судей, прокуроров, следователей, представителей уголовно-правовой науки и граждан содержатся в приложениях 1-4 и широко использованы в тексте диссертации (попутно следует заметить, что приложения 5-7 в диссертации практически не использовались, их научная ценность весьма сомнительна).

*Теоретическая значимость результатов исследования* заключается в том, что они вносят существенный вклад в науку уголовного права, восполняя пробелы в доктринальном исследовании системы формальных (юридических) источников российского уголовного права. Предложенные автором научная теория системы юридических источников уголовного права и программа ее развития могут быть использованы в процессе дальнейших доктринальных исследований в указанном направлении, а также при изучении отдельных источников уголовного права России и взаимных связей между ними.

*Практическая значимость* диссертационного исследования, состоит, в частности, в том, что его основные результаты и выводы могут быть использованы:

- для обеспечения законотворческого процесса создания уголовно-правовых норм;
- для легального размежевания полномочий между государственными органами разных ветвей власти;
- в учебном процессе при преподавании курсов уголовного права, уголовной политики, истории уголовного права и специального курса «Источники уголовного права» в юридических учебных заведениях и на курсах повышения квалификации сотрудников судебной и правоохранительной систем.

*Апробация* результатов и основных выводов исследования осуществлялась посредством их обсуждения на научных форумах, в юридической печати, в учебном процессе. По теме диссертационного исследования автором опубликованы 63 работы общим объемом 88,41 п. л., в том числе 4 монографии, лекция, соавторство в учебнике и научно-практическом комментарии УК РФ, 24 научные статьи в периодических изданиях, рекомендованных Высшей Аттестационной Комиссией Российской Федерации.

Результаты диссертационного исследования докладывались соискателем на пяти Российских конгрессах уголовного права (МГУ), на трех Международных научно-практических конференциях «Уголовное право: стратегия развития в 21 веке» (Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)), на других конференциях и семинарах различного уровня в 2004-2014 гг. Отдельные положения работы внедрены в деятельность Комитета Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации по конституционному законодательству и государственному строительству, правового управления Генеральной прокуратуры РФ, в учебный процесс юридических факультетов Академии Генеральной прокуратуры РФ и Кубанского государственного университета, использованы в деятельности рабочей группы Общественной палаты РФ по содействию реформам правосудия при разработке проекта Концепции уголовно-правовой политики РФ.

Рукопись диссертационной работы и автореферат соответствуют предъявляемым требованиям, содержание автореферата отражает основные положения диссертации. Работа написана хорошим литературным языком и легко читается несмотря на сложность теоретической материи. Научная полемика с другими исследователями носит корректный и конструктивный характер. Структура диссертационной работы позволяет автору целостно и полно изложить содержание анализируемых вопросов в их взаимосвязи, логически последовательно, с учетом различных мнений по данной проблематике в науке уголовного права, с приведением собственных аргументов, что придает работе цельный законченный вид.

Автор демонстрирует отличное знание предмета исследования, широкую эрудицию и глубину теоретического анализа.

Диссертация содержит ряд новых положений, отражающих научную новизну исследования и вносящих существенный вклад в российскую доктрину уголовного права.

Интересным представляется авторский подход к понятию формального (юридического) источника права в отличие от генетического источника права (с. 13, 28-36) и отнесение к числу формальных источников не только тех нормативных правовых актов, в которых зафиксированы первичные нормы, но и правовых актов, содержащих вторичные, производные правовые нормы (с. 39), т.е. помимо основных (генеральных) также учредительные (отправные, исходные) и дополнительные правовые нормы, предназначенные для обслуживания основных правовых норм (норм-правил) (с. 37-39, 44-45, 67-96).

Заслуживает поддержки системный подход к анализу формальных (юридических) источников уголовного права, суть которого сводится к тому, что система источников представляет не механический набор, а совокупность элементов, находящихся в определенных взаимосвязях, которая во взаимодействии со средой образует единое поле и характеризуется появлением новых интегративных свойств, присущих системе в целом, но отсутствующих у ее элементов (с. 47-58, 347-366). Научного признания заслуживает глубокий анализ структуры системы, ее элементов и взаимосвязей между ними, динамического ее развития (с. 58-63, 388-418).

Весьма обоснованы и убедительны суждения и выводы диссертанта о значении Конституции РФ (с. 130-159), международных договоров России (с. 158-189), отечественного уголовного законодательства (с. 189-217) и нормативных правовых актов другой отраслевой принадлежности (с. 217-251) в качестве элементов источниковой базы российского уголовного права.

Основательным и существенно новым в теоретическом плане является анализ правоприменительной практики Конституционного Суда Российской

Федерации и международных судов и ее влияние на содержание и развитие уголовного права России (с. 252-312). Автор совершенно прав в том, что решения Международного Суда ООН и решения международных трибуналов, создаваемых для судебного преследования лиц за серьезные нарушения международного гуманитарного права на территории отдельных стран (например, трибуналы по бывшей Югославии и Руанде) не являются источниками уголовного права Российской Федерации (с. 280-286), тогда как решения Европейского Суда по правам человека таким источником являются (с. 286-310).

Заслуживают серьезного внимания положения диссертации о перспективах расширения системы формальных источников российского уголовного права (с. 420-442) и об основных направлениях ее эволюции (с. 442-467).

Полезными для законотворческой деятельности могут оказаться некоторые из предложений, сделанных автором *de lege ferenda* (с. 498-501), хотя они ни разу не проявились в виде готовых формулировок ни во Введении, ни в основном тексте диссертации, а изложены только в Заключение.

Критический анализ диссертационной работы К.В. Ображиева, изучение содержащихся в ней положений и выводов убеждают в актуальности, научной новизне, теоретической и практической значимости исследования. Вместе с тем, некоторые положения порождают сомнения либо представляются спорными и требуют пояснений и более глубокого обоснования.

1. Складывается впечатление, что соискатель не проявляет должного пиетета к Конституции Российской Федерации.

Во-первых, по его мнению, «Конституция Российской Федерации играет в системе юридических источников российского уголовного права незаслуженно скромную роль» (с. 14, 144, 157), усматривая в ней лишь «единичные уголовно-правовые предписания» (ч. 2 ст. 20, ч. 2 ст. 21, ч. 1 ст. 50, ч. 2 ст. 63) (с. 14, 137-141). Приведенное суждение не согласуется с позицией самого К.В. Ображиева, относящего к источникам уголовного права не только основные (генеральные) и дополнительные, но и учредительные (отправные,

исходные) нормы, служащие идейной основой для создания основных уголовно-правовых норм. В этом (последнем) значении Конституция Российской Федерации содержит довольно богатый арсенал учредительных уголовно-правовых норм, являющихся конституционно-правовой базой целого ряда норм УК РФ, например: ч. 5 ст. 13 и ч. 2 ст. 29 (ст. 282-282<sup>2</sup> УК), ч. 2 ст. 19 (ст. 136 УК), ч. 1 ст. 23 (ст. 137 УК), ч. 2 ст. 23 (ст. 138 УК), ч. 2 ст. 37 (ст. 127<sup>2</sup> УК), ст. 25 (ст. 139 УК), ст. 31 (ст. 149 УК), ст. 57 (ст. 194, 198, 199 УК).

Во-вторых, автор как-то очень легко и непринужденно, мимоходом, без использования конституционно-правовых аргументов предлагает внести в Конституцию Российской Федерации целый ряд изменений (с. 14-15, 137-158, 474). Между тем, перед высказыванием подобных предложений следовало всерьез соразмерить плюсы от их реализации с материальными и организационными издержками, связанными с процедурой внесения поправок в Конституцию РФ (ст. 136 Конституции РФ).

2. Справедливо упрекая российский Уголовный кодекс в неосновательных претензиях на монополизацию уголовного законодательства, К.В. Образжиев считает недостаточной новую редакцию этого закона и предлагает принять новый Уголовный кодекс Российской Федерации, придав ему форму федерального конституционного закона (с. 21, 455-462, 465-467). Свое мнение он аргументирует тем, что концептуальные основы действующего российского УК, «получившие отражение в уголовно-правовых принципах, уже не соответствуют требованиям времени» (с. 457). Приведенный аргумент свидетельствует об очевидном смещении концепции с принципами уголовного права. Между тем, концептуальная основа закона может быть, а может и не быть отражена в провозглашенных этим законом принципах. Концептуальная основа (концепция) любого закона – это основная, генеральная идея, пронизывающая все институты и нормы данного закона (см.: Бельский К.С. О концепции реформы государственной службы в России // Государство и право. 1994, №4; Понятовская Т.Г. Концептуальные основы уголовного права России: история и современность. Ижевск, 1994; Стецовский Ю.И. Концеп-

ция судебной реформы и проблемы конституционной законности в уголовном судопроизводстве // Государство и право. 1993, № 9).

Если основная идея (концепт) УК РСФСР 1922 г. (и его редакции 1926 г.) – диктатура пролетариата – к концу 1950-х годов уступила идее полной и окончательной победы социализма и построения общенародного социалистического государства, то закономерным итогом этого стало создание нового законодательства, в том числе – УК РСФСР 1960 г. В результате коренных социально-экономических и политических преобразований в начале 1990-х годов идея общенародного социалистического государства была дискредитирована, и вместо нее был провозглашен лозунг построения демократического правового государства (ст. 1 Конституции РФ), в котором человек, его права и свободы признаны высшей ценностью. Этот концепт и был положен в основу принятого в 1996 г. Уголовного кодекса Российской Федерации. Несмотря на дальнейшее развитие социально-экономических процессов и интеграции России в мировое экономическое, политическое и правовое пространство в российском обществе не появилось никаких новых идей, которые заменили бы идею демократического правового государства, признающего высшей ценностью человека, его права и свободы. Поэтому предложение принять новый УК РФ представляется недостаточно обоснованным, а структурные, редакционные и технические изменения в новой редакции УК РФ – достаточными для усовершенствования отечественного уголовного законодательства.

Вряд ли можно согласиться и с предложением придать Уголовному кодексу РФ форму федерального конституционного закона. Во-первых, такое предпочтение одному из кодифицированных нормативных правовых актов трудно объяснимо. Во-вторых, реализация данного предложения очень и очень затруднит любое оперативное вмешательство в уголовное законодательство, а потребность в нем вполне может возникнуть не только в силу объективных причин внутреннего порядка, но и в силу международных обязательств Российской Федерации.



3. Аргументы в пользу признания постановлений Пленума Верховного Суда РФ источником уголовного права представляются недостаточно убедительными.

Автор не доказывает, а констатирует на эмоциональном уровне и обязательность, и нормативность разъяснений, содержащихся в постановлениях Пленума Верховного Суда РФ (с. 17-18, 82,88, 312-346, 450-454, 473-479, 499). В качестве одного из самых веских аргументов в пользу обязательности постановлений Пленума Верховного Суда РФ К.В. Ображиев ссылается на то, что обязательными их считают судьи (с. 319-322), и подкрепляет свое мнение результатами их анкетирования. Между тем, обязательность для судьи позиций Верховного Суда РФ, выраженных в постановлениях его Пленума, объясняется чисто прагматическими соображениями – угрозой отмены приговора, что до сих пор, к сожалению, оценивается как брак в работе судей. Обязательность разъяснений Верховного Суда РФ для нижестоящих судов, а значит – и для органов предварительного расследования, не вытекает ни из Конституции Российской Федерации, ни из Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации», ни из других законов или подзаконных нормативных правовых актов. Более того, при обсуждении проекта закона «О Верховном Суде Российской Федерации» Верховный Суд принимал самые серьезные усилия, чтобы положение об обязательной силе разъяснений его Пленума было закреплено в этом законе, однако законодатель этой позиции не поддержал.

Свое мнение об обязательности постановлений Пленума Верховного Суда РФ диссертант подкрепляет ссылкой на опыт Казахстана и Беларуси (с. 471-473). Однако этот аргумент недостаточно корректен. Дело в том, что и в Республике Казахстан, и в Республике Беларусь Пленум Верховного Суда может принимать как нормативные, так и ненормативные постановления. Закон Республики Беларусь от 10.01.2000 г. № 361-З «О нормативных правовых актах Республики Беларусь» с изменениями и дополнениями на декабрь 2013 г. указывает, что постановления Пленума Верховного Суда РБ могут иметь

ненормативный характер (ч. 9 ст. 3). Более того, в первоначальной редакции Конституционный закон Республики Казахстан от 25 декабря 2000 г. предоставлял Пленуму Верховного Суда право принимать «нормативные постановления, дающие разъяснения по вопросам применения в судебной практике законодательства». Однако в редакции Конституционного закона от 17 ноября 2008 г. № 80-IV подпункт 3 пункта 2 статьи 17 упомянутого закона гласит, что Пленум Верховного Суда РФ «принимает нормативные постановления, дает разъяснения по вопросам судебной практики». Совершенно очевидно, что казахстанский законодатель разделил полномочия Пленума Верховного Суда надвое: 1) принимать нормативные постановления и 2) давать разъяснения по вопросам судебной практики, которые не носят нормативного характера.

Мнение о нормативности и обязательности постановлений Пленума Верховного Суда РФ не может быть поддержано еще и потому, что качество работы этого органа далеко не всегда способствует единообразному пониманию уголовного закона.

Во-первых, Пленум Верховного Суда РФ штампует некоторые разъяснения, воспроизводя их из более ранних постановлений, в том числе Пленума Верховного Суда СССР, без учета изменений в законодательстве.

Например, в постановлении от 23 ноября 2010 г. № 26 «О некоторых вопросах применения судами законодательства об уголовной ответственности в сфере рыболовства и сохранения водных биологических ресурсов (статьи 253, 256 УК РФ)» Пленум Верховного Суда РФ воспроизвел содержание п. 9 постановления Пленума Верховного Суда СССР № 4 от 7 июля 1983 г. «О практике применения судами законодательства об охране природы» без учета того, что в УК РСФСР речь шла о незаконном рыбном *промысле*, а УК РФ установил ответственность за незаконную *добычу (вылов)* водных биоресурсов.

В постановлении от 27 января 1999 г. «О судебной практике по делам об убийстве (ст. 105 УК РФ)» Пленум Верховного Суда РФ разъяснил, что

для квалификации убийства по п. «а» ч. 2 ст. 105 УК необходимым условием является наличие единого умысла на убийство как минимум двух лиц. Это разъяснение позволяло отграничить убийство двух лиц от убийства, совершенного неоднократно. Законом от 8 декабря 2003 г. п. «н» ч. 2 ст. 105 УК был исключен, поэтому разъяснение относительно единого умысла на убийство двух и более лиц потеряло смысл, однако оно сохранялось еще в течение четырех лет, хотя практика самого Верховного Суда уже изменилась. Примеров подобно отставания разъяснений высшего судебного органа от законодательства можно привести немало.

Во-вторых, позиции Пленума Верховного Суда РФ не отличаются стабильностью, и это мешает единообразному применению уголовного закона.

Например, в постановлениях от 14 февраля 2000 г. «О судебной практике по делам о преступлениях несовершеннолетних» и от 1 февраля 2011 г. «О судебной практике применения законодательства, регламентирующего особенности уголовной ответственности несовершеннолетних», давались диаметрально противоположные разъяснения относительно момента окончания преступлений, предусмотренных статьями 150 и 151 УК. Такие же противоречивые рекомендации давались и в постановлениях Пленума Верховного Суда СССР.

Весьма противоречива позиция Верховного Суда в толковании признака *вооруженности* при совершении преступления.

В постановлениях от 17 января 1997 г. № 1, от 12 марта 2002 г. № 5 и от 27 декабря 2002 г. № 29 Пленум ВС разъяснял, что использование непригодного к целевому применению оружия или его макетов не может рассматриваться в качестве признака вооруженности из-за отсутствия реальной угрозы для жизни или здоровья потерпевших. Совершенно другое разъяснение дается в п. 4 постановления Пленума от 15 ноября 2007 г. № 45, где применение в ходе совершения хулиганства незаряженного, неисправного, непригодного оружия (например, учебного) либо декоративного, сувенирного оружия,

оружия-игрушки и т.п. *дает основание* для квалификации содеянного по пункту «а» части 1 статьи 213 УК РФ.

Противоречива позиция Верховного Суда РФ и в толковании признака «беспомощное состояние» потерпевшего.

В постановлениях от 15 июня 2004 г. № 11 и от 4 декабря 2014 г. № 16 Пленум ВС РФ признает беспомощным состоянием такую степень опьянения, которая лишало это лицо возможности понимать характер и значение совершаемых с ним действий либо оказать сопротивление виновному. Удивляет, почему такое же состояние потерпевшего при убийстве не признается беспомощным. Практика оказывается безоружной при применении данного признака в других нормах УК (например, 111, 112, 117), поскольку разъяснение Пленума Верховного Суда РФ лишь усугубило правовую неопределенность.

В-третьих, содержание ряда разъяснений вызывает серьезные возражения со стороны уголовно-правовой науки и сомнения со стороны практики. Не случайно в ч. 4 предлагаемой статьи 1 УК РФ диссертант предполагает возможность противоречий между законом и постановлением Пленума Верховного Суда РФ. В таком случае возникают вопросы: 1) насколько практически допустимы такие противоречия? 2) зачем тогда вообще наделять Верховный Суд правом давать обязательные разъяснения?

4. Автор предлагает нормативно закрепить систему формальных источников российского уголовного права (с. 467-497). Не вступая в полемику по существу этого предложения, нельзя не выразить удивления его авторской аргументации. По мнению соискателя, «неадекватное законодательное отражение действующих источников права фактически лишает граждан возможности ознакомиться со всем массивом применяемых правовых норм» (с. 468), и в связи с этим продолжает: «Если государство действительно заинтересовано в соблюдении гражданами уголовно-правовых запретов..., то оно должно обеспечить всех адресатов уголовного права актуальной и, самое главное, полной информацией об уголовно-правовых нормах... (с. 471)». Это что-то

революционное в объяснении причин нарушения гражданами уголовно-правовых запретов. Думается, что даже полное знакомство гражданина со всей информацией об источниках уголовного права (что совершенно нереально) не способно гарантировать соблюдения этим гражданином уголовно-правовых запретов.

Высказанные замечания носят преимущественно дискуссионный характер и не колеблют общей весьма положительной оценки проведенного К.В. Ображиевым исследования.

Диссертация на тему «Система формальных (юридических) источников российского уголовного права» представляет собой результат глубокого творческого изучения весьма актуальной и важной научной проблемы. Она является научно-квалификационной работой, в которой на основании выполненного автором исследования разработаны теоретические положения, совокупность которых можно квалифицировать как научное достижение.

Исследование отвечает предъявляемым к докторским диссертациям требованиям, установленным пунктами 9-13 Положения «О порядке присуждения ученых степеней», утвержденного постановлением Правительства РФ 24 сентября 2013 г. № 842, а ее автор Константин Викторович Ображиев заслуживает присуждения ему искомой ученой степени доктора юридических наук по специальности 12.00.08 – уголовное право и криминология; уголовно – исполнительное право.

Официальный оппонент  
доктор юридических наук, профессор,  
Заслуженный деятель науки РФ,  
Почетный юрист города Москвы

А.И. Рарог

Заведующий кафедрой уголовного права  
ФГБОУ ВПО «Московский государственный  
юридический университет  
имени О.Е. Кутафина (МГЮА)»  
123995, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, 9  
<http://msal.ru/>; тел: 8 (499) 244-88-35  
e-mail: [alek.rarog@yandex.ru](mailto:alek.rarog@yandex.ru)