

**Арзамасцев Максим Васильевич**,  
кандидат юридических наук,  
ФГАОУ ВО «Национальный исследовательский университет  
«Высшая школа экономики»,  
доцент кафедры конституционного и административного права,  
Россия, г. Санкт-Петербург,  
maxim077@mail.ru

#### **Конституционные ограничения законодательной дискреции в сфере уголовного права**

Среди всех публично-правовых мер особое место занимают уголовно-правовые средства борьбы с преступностью. С одной стороны, они предназначены для разрешения наиболее острых социальных конфликтов, с другой — характеризуются наибольшей строгостью. При этом законодательные решения могут восприниматься как произвольные, поскольку в сфере уголовного права в последние годы отмечаются многочисленные, в том числе маятниковые, изменения, стремление законодателя решить любую социальную или экономическую проблему при помощи запрета.

Положение ст. 10 Конституции РФ о том, что органы законодательной, исполнительной и судебной властей самостоятельны, признается специалистами основанием для наличия законодательного усмотрения, но в силу конституционной природы такой дискреции ее основные пределы, ограничения, также проистекают из положений Основного Закона [20, с. 12]. Соответственно, такая дискреция в условиях верховенства права не безгранична. При этом пределами законодательного (правотворческого) усмотрения необходимо считать не только положения Конституции [23, с. 64], но и положения международных правовых актов, на что обращено внимание в постановлении Конституционного Суда РФ от 16 июля 2018 г. № 32-П.

Исторически права и свободы стали закрепляться в конституциях как реакция на нарушение прав и свобод [17, с. 22]. Соответственно, такие юридические акты появляются с целью установления пределов скорее для государства, чем для частных лиц, что составляет историческую основу понимания конституционализма как способа ограничения публичной власти [8, с. 83]. Современный процесс конституционализации затрагивает и сферу уголовного права.

Конституция закрепляет принципы, которые могут быть использованы для придания мерам юридической ответственности соразмерности, справедливости [5, с. 12], в силу чего является источником конституционных основ уголовного права.

Так, опираясь на положения Конституции РФ, Конституционный Суд РФ относит установление эффективных мер публично-правовой ответственности за правонарушения к дискреционным полномочиям законодателя, обладающего широкой свободой усмотрения (постановление от 17 июня 2014 г. № 18-П), но при этом связанного критериями необходимости, пропорциональности и соразмерности ограничения прав и свобод граждан конституционно значимым целям (постановление от 14 февраля 2013 г. № 4-П), а также рядом других требований.

В постановлении Конституционного Суда РФ от 25 апреля 2001 г. № 6-П необходимость уголовно-правового запрета сводится к двум положениям: наличие в социуме общественно опасных деяний, причиняющих в силу своей распространенности существенный вред, и отсутствие возможности их предотвращения с помощью иных правовых средств. Можно утверждать, что для законодателя криминализация деяния — это конституционная крайняя необходимость.

В силу как общей обязанности государства защищать права и свободы, так и специальной обязанности охранять права потерпевших от преступлений (ст. 2 и 52 Конституции РФ) законодатель, действуя в условиях конституционной крайней необходимости, должен принимать уголовно-политические решения.

Так, Конституционный Суд РФ отметил, что при реализации своих дискреционных полномочий федеральный законодатель располагает широкой свободой усмотрения в установлении за правонарушения эффективных мер публично-правовой ответственности, которые он не только вправе, но и обязан предусмотреть (постановление от 17 июня 2014 г. № 18-П). Однако такая конституционная обязанность не исчерпывается криминализацией и пенализацией деяний.

Согласно правовой позиции Конституционного Суда РФ, в случаях, когда предусматриваемые уголовным законом меры перестают соответствовать социальным реалиям, приводя к ослаблению защиты конституционно значимых ценностей или, напротив, к избыточному применению государственного принуждения. Законодатель, исходя из указанных конституционных принципов, обязан привести уголовно-правовые предписания в соответствие с новыми социальными реалиями (постановление от 20 апреля 2006 г. № 4-П).

Соответственно, первым конституционным ограничителем дискреции законодателя является обязательность для него принятия своевременных уголовно-политических решений. Отсутствие уголовно-правовой охраны социальных ценностей вынуждает граждан прибегать к самозащите своих прав, которая в крайних своих формах может приобретать характер самосуда. Равным образом нежелательна, более того, даже недопустима чрезмерная уголовная репрессия, поскольку она напрямую ограничивает права и свободы.

Вот как ярко описывают эту проблему судьи Конституционного Суда РФ: «Главное, чем избыточный акцент на безопасности не гармонирует конституционному праву, так это тем, что конституционный образ жизни не только признает и терпит риски, но и системно в них нуждается. В человеке и в обществе нельзя пресекать рискованное, алеаторное, не пресекая заодно развитие и свободу, верховенство права, правосудие, договор и другие основы конституционного правопорядка» [3, с. 18]. При этом, по оценке Б. С. Обзеева, «Конституция закрепляет два вида обязанностей государства перед индивидом: воздерживаться от вмешательства в некоторые сферы индивидуальной автономии и личной жизни гражданина и гарантировать их от такого вмешательства других лиц» [25, с. 101].

Итак, законодатель в зависимости от социальной значимости деяний обязан запрещать их (активная или позитивная обязанность) или, напротив, отказаться от введения за них уголовной ответственности (пассивная или негативная обязанность). Оставляют ли такие обязанности свободу усмотрения законодателя?

Безусловно да. Например, Конституционный Суд РФ указывает на наличие конституционно оправданной целесообразности при конструировании новых составов преступлений (постановление от 11 декабря 2014 г. № 32-П). Использование различных уголовно-правовых моделей может выразиться, например, в выделении специальных норм, дифференциации ответственности на основании учета отягчающих обстоятельств в Общей части или при помощи квалифицирующих признаков в статье Особенной части и в подобных законодательных решениях. Так, М. И. Клеандров отмечает право федерального законодателя на перевод отдельных составов преступлений в ранг административных правонарушений [11, с. 7]. А. А. Толкаченко считает допустимыми разные варианты криминализации преступлений, совершаемых в банде: как совокупности преступлений или как единого преступления — бандинизма (по примеру ст. 77 УК РСФСР) [22, с. 92–93]. Иными словами, если само уголовно-политическое решение по своей сути — обязанность законодателя, то детали такого решения, применяемые средства как раз и составляют содержание законодательной дискреции. Однако, как известно, «дьявол кроется в деталях».

Европейским судом по правам человека выработана доктрина, определяющая для государств «поле усмотрения», в рамках которого возможен маневр государств при выполнении обязательств по Конвенции о защите прав человека и основных свобод. При этом величина «поля усмотрения» не безгранична: «усмотрение» практически невозможно применить к абсолютным правам (право на жизнь и вытекающая из него недопустимость смертной казни, запрет пыток, наказание исключительно на основании закона, право не быть судимым или наказанным дважды). Напротив, государства более свободны в средствах

обеспечения тех прав, в отношении которых Конвенция при определенных условиях допускает ограничения [12, с. 54]. Основаниями таких ограничений выступает, во-первых, защита прав и свобод человека и гражданина, т. е. защита частных интересов; во-вторых, защита интересов государства и общества, т. е. защита публичных интересов [1, с. 10]. При этом уголовно-правовая охрана всегда связана с вмешательством государства в права и свободы нарушителя. В этой сфере «пределом, который ограничивает свободу власти, является баланс публичных и частных интересов» [21, с. 37]. Однако точка баланса в разных отношениях может смещаться.

Так, естественные права человека в наибольшей степени ограничивают дискрецию законодателя. При этом, по оценке В. В. Лазарева, «криминализация того, что человек имеет по природе своей, это нарушение принципов пропорциональности (...) некоторые права и свободы таковы, что любое их ограничение неизбежно затрагивает их сущность и основное содержание, т. е. ведет к их умалению» [13, с. 8]. В частности, центральное звено современной доктрины верховенства права составляет понятие человеческого достоинства, которое конкретизируется через систему неотчуждаемых прав человека [10, с. 3].

ЕСПЧ защищает абсолютные ценности прежде всего по отношению к преступникам. Они также находятся под защитой, поскольку не подлежат сравнению степень тяжести нарушения и степень умаления фундаментальных прав и свобод, за исключением ограничения свободы. И даже в этом случае по смыслу Конвенции оно не может продолжаться бесконечно и должно носить временный характер [6, с. 6].

При этом права человека не могут пониматься как определяющие сферу абсолютного и безусловного личного эгоизма, включая любые возможные проявления безразличности [7, с. 59]. Одновременно индивидуальные интересы не противопоставляются коллективным, интересы не могут соподчиняться — они должны сочетаться, т. е. ни частные, ни публичные интересы нельзя абсолютизировать.

Это можно показать на примере права на жизнь, которое, хотя обычно и считается абсолютным, но имеет свои имманентные пределы и допускает возможность ограничения [17, с. 22]. Специалистам по уголовному праву эта проблема хорошо известна, в частности она проявляется в дискуссии о моменте начала жизни и, соответственно, о моменте возникновения этого права. Абсолютизация естественного права на жизнь, признание моментом его возникновения момент зачатия требуют криминализации аборта и привлечения к уголовной ответственности женщины и врача [19, с. 24]. Однако развитие медицинских технологий, смещение критериев жизнеспособности в меньшую сторону обостряют эту проблему. Последние уголовные дела в отношении врачей показывают необходимость дальнейшего поиска баланса в сфере уголовно-правовой охраны как здоровья матери, так и права

на жизнь еще не родившегося ребенка. Еще один аспект этой правовой проблемы проявляется в оценке операции по разделению сямских близнецов, приводящей к закономерной гибели одного из них.

Обсуждается в научной литературе и вопрос выделения так называемого четвертого поколения прав человека. А. М. Зайцев, например, относит к ним репродуктивные права [9, с. 17–24]. Однако эти права существуют независимо от государственного признания и представляют собой естественные права, подлежащие обязательному учету при определении пределов уголовно-правового воздействия на общественные отношения.

Кроме того, введение законодателем уголовно-правовых мер борьбы с преступностью предполагает учет специфики отношений личности и государства. В частности, ограничения прав в уголовно-правовой сфере должны быть оправданы природой этих отношений [24, с. 82], но не должны разрушать эти отношения, в силу чего, например, нельзя лишать гражданства в качестве наказания за преступления. Государство и личность в вопросах установления законодателем уголовной ответственности выступают как равноправные субъекты.

Использование своих прав не может образовывать признаки преступления. Еще в 1995 г. на это указал Конституционный Суд РФ, отметив, что правомерное осуществление гражданином своих конституционных прав и свобод не может рассматриваться как нанесение ущерба суверенитету Российской Федерации, обороне страны и безопасности государства и влечь для него неблагоприятные правовые последствия, в частности в форме уголовной ответственности за государственную измену (измену Родине) (постановление от 20 декабря 1995 г. № 17-П).

Поиску баланса может помочь и доктрина «охлаждающего эффекта» (Chilling effect doctrine), которая изначально использовалась Верховным Судом США и означала создаваемый законом или практикой его применения эффект, в результате которого лицо отказывалось от пользования конституционным правом [8, с. 106].

Следует также отметить, что существует разница в оценке допустимости ограничений прав в европейском праве и в конституционном праве России. В частности, в Конвенции о защите прав человека и основных свобод для каждого из основных прав прописывается самостоятельный набор ценностей, в целях уважения которых эти права могут быть ограничены [4, с. 21–22]. В российской научной литературе преобладает формализованный взгляд на правомерные ограничения конституционных прав граждан. Принято считать допустимой целью любую из указанных в ч. 3 ст. 55 Конституции РФ [15, с. 36]. Между тем перечисление этих целей в одной норме не означает их универсальность. Например, Г. А. Гаджиев высказывает сомнения о возможности ограничения свободы выражения мнений для достижения такой цели, как защита основ конституционного строя [4, с. 22]. Соответственно,

в уголовно-правовой науке необходимо дальнейшее осмысление возможности оправдания конкретного запрета той или иной конституционно значимой целью.

В общей форме дискреция законодателя в аспекте соотношения публичных и частных интересов может быть выражена формулой: «пределы свободы государства по ограничению, вмешательству в сферу поведения человека определяются гарантированными правами и свободами гражданина» [14, с. 11]. При этом меры уголовно-правовой охраны общественных отношений не должны приводить к разрушению этих отношений, умалению прав или абсолютизации одних интересов в ущерб другим. В конечном счете этот предел определяется конституционным балансом публичных и частных интересов, особенностями ограничиваемых прав и целями вводимых ограничений.

Еще более остро вопрос о пределах уголовно-правового вмешательства стоит применительно к случаям, когда преступление посягает преимущественно на права отдельного лица, т. е. по сути представляет собой конфликт между частными субъектами. Для оценки ограничения прав в таких случаях Федеральным Конституционным Судом Германии выработана теория «горизонтального действия прав человека» [16, с. 4].

Действие одного конституционного права в таком случае создает имманентные границы для другого права [4, с. 22], выступает его объективным пределом (постановление Конституционного Суда РФ от 27 июня 2013 г. № 15-П). Такое взаимодействие прав носит коллизионный характер, но предполагает не противоречие правовых норм, а «столкновение» приобретаемых на их основе субъективных прав участников соответствующих отношений при непротиворечивости самих норм [18, с. 18].

В данном случае можно применить метод балансирования Р. Алекси, в том числе с оценкой степени нарушения конституционного права (принципа) по шкале «незначительное» — «умеренное» — «серьезное» [2, с. 113–118]. Данная шкала может быть использована при оценке степени как злоупотребления правом, так и нарушения права другого лица.

Деяние, которое выражается в использовании лицом своих конституционных прав в ущерб конституционным правам другого лица, можно назвать конституционным самоуправством (термин впервые использован в научной дискуссии А. В. Смирновым).

Анализ постановления Конституционного Суда РФ от 10 февраля 2017 г. № 2-П показывает, что в нем выделены три уровня ограничений законодательной дискреции в установлении ответственности за последствия злоупотребления правом на свободу собраний: если деяние не повлекло причинение или реальную угрозу причинения вреда конституционно охраняемым ценностям, оно не может быть запрещено уголовным законом (незначительное нарушение). В случае причинения несущественного вреда законодатель вправе признать такое деяние преступ-

лением (умеренное нарушение), но установить за него санкцию в виде лишения свободы можно лишь при причинении (угрозе причинения) существенного вреда (серьезное нарушение).

Соответственно, можно сформулировать правило о том, что уголовная ответственность за злоупотребление лицом своим конституционным правом недопустима, если само злоупотребление носит незначительный характер или влечет незначительные последствия (в том числе в виде незначительного нарушения права другого лица). Дифференциация публично-правовой ответственности за умеренные и серьезные отступления от правомерного использования конституционного права должна осуществляться с учетом соответствующей степени нарушения прав других лиц.

Конечно, этим не исчерпывается вопрос о пределах усмотрения законодателя в сфере уголовного права, однако его разрешение должно начинаться с анализа конституционной крайней необходимости введения (усиления) уголовной ответственности, с нахождения точки баланса публичных и частных интересов, а также проверки пропорциональности отнесения того или иного злоупотребления правом к преступлению.

#### Список литературы

1. *Агеев В. П.* Конституционные ограничения основных прав и свобод личности в Российской Федерации: теория, история, практика: дис. ... канд. юр. наук. — Казань, 2006. — 219 с.
2. *Алеки Р.* Сбалансированность, конституционный контроль и представительство / пер с англ. О. Гладченко // Сравнительное конституционное обозрение. — 2006. — № 2. — С. 113–118.
3. *Араповский К. В., Киязев С. Д.* Конституция и безопасность // Государство и право. — 2018. — № 1. — С. 17–28.
4. *Гаджиев Г.* О судебной доктрине верховенства права // Сравнительное конституционное обозрение. — 2013. — № 4. — С. 12–25.
5. *Гаджиев Г. А.* Конституционные основы юридической ответственности и конституционно-правовая ответственность // Ж-л российского права. — 2014. — № 1. — С. 7–15.
6. *Дедов Д. И.* Оценка Европейским судом по правам человека права на жизнь в контексте целей уголовного наказания // Российское правосудие. — 2014. — № 3. — С. 5–9.
7. *Джагарян А.* Нравственная утопия современного конституционализма: государство и традиционные ценности в условиях глобализации // Сравнительное конституционное обозрение. — 2014. — № 4. — С. 57–74.
8. *Должиков А.* Стакан наполовину полон или пуст? Вмешательство как форма ограничения конституционных прав // Сравнительное конституционное обозрение. — 2018. — № 1. — С. 80–112.
9. *Зайцев А. М.* Начало жизни человека как граница конституционной правоспособности // Конституционное и муниципальное право. — 2012. — № 10. — С. 17–24.

10. Зорькин В. Д. Цивилизация права: современный контекст // Ж-л конституционного правосудия. — 2014. — № 5. — С. 1–15.
11. Клеандров М. И. О «линейке» понятий «административное правонарушение», «уголовный проступок» и «преступление» // Мировой судья. — 2017. — № 7. — С. 3–12.
12. Ковлер А. «Моральный суверенитет» перед лицом «государственного суверенитета» в европейской системе защиты прав человека // Международное правосудие. — 2013. — № 3. — С. 52–63.
13. Лазарев В. В. Ограничение права судебными решениями // Ж-л российского права. — 2018. — № 6. — С. 5–16.
14. Микаутадзе С. Р. Уголовно-правовой запрет в регулировании общественных отношений // Научный портал МВД России. — 2013. — № 4. — С. 10–14.
15. Никитина Е. Е. Ограничения конституционных прав человека законодательством субъекта Российской Федерации // Ж-л российского права. — 2015. — № 11. — С. 35–48.
16. Нуссбергер А. Европейский суд по правам человека и Федеральный Конституционный Суд Германии / пер. с англ. // Права человека. — 2014. — № 12. — С. 4–12.
17. Пресняков М. В. Конституционно-правовая сущность естественных прав: проблемы позитивного закрепления // Современное право. — 2014. — № 10. — С. 21–25.
18. Пресняков М. В. Проблемы правовой определенности конституции // Гражданин и право. — 2016. — № 9. — С. 9–23.
19. Романовский Г. Б. О естественных правах человека // Гражданин и право. — 2015. — № 5. — С. 14–28.
20. Севякин И. Н., Никитин А. А. Конституционные пределы законотворческого усмотрения // Вестн. Нижегородск. акад. МВД России. — 2018. — № 1. — С. 10–14.
21. Сересина В. В. Правовая база правоограничений // Государственная власть и местное самоуправление. — 2015. — № 12. — С. 35–38.
22. Толкаченко А. А. Межотраслевые аспекты современного уголовного-правового регулирования // Уголовное право. — 2015. — № 2. — С. 85–93.
23. Шарнина Л. А. Основания выделения политического усмотрения в конституционном праве // Юридический мир. — 2015. — № 1. — С. 63–66.
24. Эбзеев Б. С. Конституционный правовой порядок и основные обязанности: историческое развитие, юридическая природа и особенности нормирования. Ч. 2 // Государство и право — 2018. — № 10. — С. 71–85.
25. Эбзеев Б. С. Личность и государство в России: взаимная ответственность и конституционные обязанности. — М., 2007. — 384 с.