

# Совершенствование уголовно-правового запрета в сфере соблюдения конституционных прав

Потемкина А. Т., Цопанова И. Г.\*

**Ключевые слова:** законодательство, уголовная ответственность, социальная обусловленность правового запрета, юридификация, криминализация и декриминализация, охрана прав и свобод человека и гражданина.

## Аннотация.

*Цель:* исследование вопросов совершенствования уголовного законодательства в части определения мер снижения карательного содержания наказания за нарушение уголовно-правового запрета.

*Методы исследования:* системно-правовой и сравнительно-правовой анализ результатов исследований, проведенных другими авторами по вопросам совершенствования уголовного законодательства.

*Результаты:* авторами обосновывается необходимость разграничения различных видов ответственности при конструировании правовых норм с учетом особенностей отраслевого регулирования. С позиции юридификации рассматривается достаточность обеспеченности государственной защиты прав человека от противоправных посягательств совокупностью норм различных отраслей законодательства с учетом характера нарушения и взаимосвязи отраслей. Оценивается «избыточность» правового регулирования как препятствие результативности законодательной деятельности.

*Выводы:* на основе предпринятого анализа авторами высказаны предложения, направленные на исследование вопросов социальной обусловленности определенных превентивных мер и существующих правовых запретов.

DOI: [10.21681/2226-0692-2019-2-57-61](https://doi.org/10.21681/2226-0692-2019-2-57-61)

**З**ащита прав и свобод человека и гражданина для любых правовых систем априори всегда являлась и является задачей первостепенной важности. При ее решении законодательство исходит из положений таких основополагающих международных правовых документов, как Всеобщая декларация прав человека 1948 г. и Международный пакт о гражданских и политических правах 1966 г. В отечественном законодательстве принцип защиты прав и свобод человека непосредственно сформулирован в ст. 2 Конституции Российской Федерации, в соответствии с положениями которой человек, его права и свободы признаются в государстве высшей ценностью. Признание приоритетной охраны прав и свобод и одновременно гарантия соблюдения являются обязанностью государства, что непосредственно регламентируется нормой ст. 17 Основного закона. Задача эта достаточно сложна, в том числе и вследствие наличия такого явления, как юридификация (от немецкого термина «Verrechtlichung» — легализация), означающее избыточное правовое регулирование, т. е., как утверждает М.С. Матейкович, нарушающее «оптимальный баланс интересов общества и государства» [8, С. 15].

И именно это явление ставит вопрос о социальной обусловленности соответствующих запретов, и в первую очередь — уголовно-правовых, содержащих самые суровые меры государственного принуждения, в качестве каковых выступают уголовные наказания [2, С.16].

Поскольку в целом вся правовая система любого государства так или иначе направлена на защиту прав и свобод человека и гражданина, это обуславливает наличие весьма значимой проблемы, каковая заключается в социальной обусловленности определенных превентивных мер и существующих правовых запретов. В полной мере это относится и к уголовно-правовым, регламентирующим ответственность за общественно опасные посягательства на права и свободы человека и гражданина, хотя в литературе высказано обоснованное утверждение, что «право, как универсальный регулятор общественных отношений в обществе бездефектно только в идеале» [11, с. 1237].

Позволим себе утверждение, что любая норма, не соответствующая требованиям социальной обусловленности, непосредственно либо опосредованно, но всегда затрагивает права граждан, что имеет особый резонанс применительно к уголовно-правовым запретам. Мысль это, надо признать, не нова, и в литературе неодно-

\* Потемкина Анна Трофимовна, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры уголовно-правовых дисциплин юридического факультета ГКОУ ВО «Российская таможенная академия», г. Люберцы, Российская Федерация.

E-mail: [potemkina.an@yandex.ru](mailto:potemkina.an@yandex.ru)

Цопанова Индира Георгиевна, кандидат юридических наук, доцент, профессор кафедры уголовно-правовых дисциплин, декан юридического факультета ГКОУ ВО «Российская таможенная академия», г. Люберцы, Российская Федерация.

E-mail: [iriston.15@mail.ru](mailto:iriston.15@mail.ru)

кратно и справедливо обращалось внимание на то, что в уголовном законодательстве, разрабатывавшемся в сложные и по сию пору неоднозначно оцениваемые процессы конца 80-х — 90-х годов, накопилось, как аргументированно утверждает М.М. Бабаев, множество важных и значимых проблем, каковые не должны игнорироваться [3, С.155].

За любым правовым запретом стоит сила государственного принуждения, что само по себе предполагает крайне осторожно обращаться к разработке, принятию и применению уголовно-правовых мер как наиболее суровых. Предоставляя гражданину те или иные права, обеспечение их защиты от возможных противоправных посягательств, Конституцией Российской Федерации делегировано различным отраслям законодательства и права — административному, гражданскому и уголовному. Уголовная ответственность, как самая суровая из существующих мер государственного принуждения, представляет собой, по образному выражению А.И. Бойко, «заключительное звено возможной правовой ответственности» [4, С. 32].

Иными словами, уголовная ответственность выступает как в качестве единственного вида ответственности в отношении изначально характеризующихся общественной опасностью достаточно большого круга деяний, так и в отношении другой совокупности деяний, когда при конструировании ответственности за их совершение используется предварительная административная преюдиция. Вследствие этого кратность нарушения правового запрета, т.е. оценивая административно-правовые деликты предкриминальным поведением, при определенных обстоятельствах деяние признается общественно опасным. Иными словами, повторяемость нарушения при определенных обстоятельствах порождает уже иное качество, что и имеет место в описываемой ситуации.

Такая ситуация является основанием того, что одной из составляющих поставленной проблемы является потребность ощутимого снижения карательного содержания наказания, могущего быть назначенным за нарушение уголовно-правового запрета, вплоть до отказа законодателя от признания того или иного деяния преступным посредством обоснованной декриминализации. При этом не исключается возможность применения в подобных случаях иных мер правовой ответственности в отношении таких правонарушений, которые не обладают таким признаком преступления, как общественная опасность, юридическим выражением которой является уголовная противоправность.

Загнущая проблема находится, смеем предполагать, в сфере межотраслевого разграничения ответственности. И в этой связи есть все основания поддержать Я.И. Гилинского в его утверждении о том, что «уголовное право нуждается в принципиальных изменениях с учетом признания неэффективности наказания и понимания вынужденного характера его сохранения» [5, С.338].

В числе многих вопросов, требующих применительно к уголовному законодательству разрешения, Я.И. Гилинский с приведением серьезных аргументов отмечает и такой, как целесообразность минимизации кри-

минализируемых законодателем деяний. Это, однако, не означает отказ от уголовного наказания даже при понимании его вынужденного, с одной стороны, характера и, с другой, наличия определенных негативных последствий применения. Они выражаются, в числе прочих и в помещении преступника для его исправления как предусматриваемой в ч.2 ст.43 УК РФ цели наказания в среду таких же граждан, нарушивших тот или иной уголовный закон.

Поэтому при всей спорности утверждения Я.И. Гилинского о неэффективности уголовного наказания, есть серьезные основания признать наличие очевидной потребности определенного снижения карательного содержания наказания за нарушение уголовно-правового запрета, равно как и отказ от признания некоторых деяний преступными. Вместе с тем, при этом вряд ли было бы неправильным абстрагироваться от целесообразности применения в подобных случаях иных видов правовой ответственности. И прежде всего, думается, эти соображения относятся именно к осознанию необходимости минимизации криминализируемых законодателем деяний [2, С. 50], причем в первую очередь за счет сокращения неизбежности уголовной ответственности за те или иные деяния, не нуждающиеся в борьбе с ними непременно уголовно-правовыми средствами.

В качестве иллюстрации высказанной позиции представляется целесообразным привести пример криминализации Федеральным законом от 03.07.2016г. №323-ФЗ преступного посягательства в виде мелкого хищения, совершенного лицом, подвергнутым административному наказанию за мелкое хищение, предусмотренное ч.2 ст.7.27 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях. Конечно, хищение хищению — рознь и это не может не оценивать законодатель.

Из содержания диспозиции введенной в УК РФ в 2016г. ст.158.1 УК РФ следует, что была осуществлена криминализация деяния, выражающегося в мелком хищении, совершенном лицом, подвергнутым (более уместным было бы использовать термин «подвергавшимся») административному наказанию по ч.2 ст.7.27 КоАП РФ (Федеральный закон от 03.07.2016г. № 323-ФЗ).

Для любого правоведа очевидно, что к особой разновидности хищений относятся, кроме кражи, мошенничества, присвоения и растраты, грабежа и еще два таких посягательства, как хищение предметов, имеющих особую ценность, и разбой, поскольку, исходя из содержащегося в примечании к ст.158 УК РФ определения перечисленные деяния также являются хищениями. И здесь возникает вопрос, может ли быть отнесен к мелкому хищению разбой, поскольку санкции даже ч.1 ст.162 УК РФ дает основания утверждать, что это — тяжкое преступление. Подобное предположение правомерно сделать и в отношении такого состава, как хищение предметов, имеющих особую ценность, также являющимся тяжким преступлением в ч.1 и особо тяжким в ч.2 ст.164 УК РФ. Запрета на это в законе нет, поскольку в диспозиции ст.158.1 УК РФ законодатель ограничился словами «мелкое хищение», хотя трудно представить, что перечисленные два состава могут образовывать

мелкое хищение. Приведенные примеры убеждают в правильности утверждения А.И. Котовой и В.В. Денисенко, что «государство все сильнее «пускает корни» в общественные отношения, стремится урегулировать как можно больше областей жизни своих граждан. Расширение поля правового регулирования — тенденция, присущая не только Российской Федерации» [7, с. 858].

Вопрос этот нуждается в разрешении, поскольку результативность не только нормотворческой, но и правоприменительной деятельности затрудняет обилие «избыточности» в правовой системе. Для этого достаточно обратить внимание на число Федеральных законов, внесших самые различные изменения, к примеру, в действующее уголовное законодательство общее число которых приближается почти к двум сотням.

Поэтому в рассматриваемом аспекте представляется предпочтительной позиция законодателя, выраженной в ст. 7.27 КоАП РФ (в ред. Федерального закона от 05.02.2018 № 13-ФЗ). В ч.1 этой статьи внесено дополнение, согласно которому «хищение признается, мелким, если оно не превышает одну тыс. руб. и совершено при отсутствии признаков преступлений, предусмотренных частями второй, третьей и четвертой ст.158, ст.158.1, частями второй, третьей и четвертой ст. 159, частями второй, третьей и четвертой ст. 159.1, частями второй, третьей и четвертой ст.159.2, частями второй, третьей и четвертой ст.159.3, частями второй, третьей и четвертой ст.5, частями второй, третьей и четвертой ст. 159.6 и частями второй и третьей ст. 160 Уголовного кодекса Российской Федерации»<sup>1</sup>. Таким образом, законодатель в ч.2 ст. 7.27 КоАП РФ конкретизировал мелкое хищение, определив стоимость чужого имущества стоимостью более одной тыс. руб, но не более двух тыс. пятисот руб. при совершении его также путем кражи, мошенничества, присвоения или растраты и одновременно при отсутствии признаков преступлений, перечисленных в ч.1 этой статьи.

Приведенная ситуация, думается, убедительно доказывает, что государственная защита прав человека от противоправных посягательств обеспечивается всей совокупностью норм различных отраслей действующего законодательства, исходя из характера нарушения. Решение же конкретного вопроса о том, нормами какого отраслевого законодательства необходимо осуществлять защиту нарушенного права посредством регламентации ответственности за нарушение предоставленных и охраняемых государством прав граждан, Конституцией РФ относит к компетенции законодателя.

Такие права граждан, как право на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений декларировано в ст.23 Основного закона страны. Этой норме корреспондирует отраслевая норма УК РФ — ст.138, в которой регламентируется ответственность за нарушение названного права. Следовательно, законодатель определил, что перечисленные нарушения конституционных прав граждан должны пресекаться непременно уголовно-правовыми средствами.

Эта позиция законодателя не является новеллой действующего УК РФ, поскольку еще в УК РСФСР 1960г.

также содержалась аналогичная норма, предусматривавшая ответственность при совершении альтернативно любого из нарушений — тайны переписки, телефонных переговоров и телеграфных сообщений (ст.135)<sup>2</sup>. Без каких-либо концептуальных изменений эта норма была реципирована и в действующем УК РФ.

Содержание диспозитивных признаков ст.138 УК РФ достаточно широко. Так, нарушение тайны телефонных переговоров может выражаться в различных действиях — распечатках и предоставлении детализации вызовов абонентов в нарушение существующих правил, путем «торговли» определенными данными и детализациями их в сети Интернета; детализация номера вызывающего и вызываемых абонентов из числа своих знакомых или родственников в личных целях либо ее выдача третьим лицам, предоставление кому-либо возможности просмотра детализации вызовов за вознаграждение и пр. Иными словами, совершение рассматриваемого деяния означает противоправное вторжение в информацию неопубликованного характера.

Научно-технический прогресс в последние несколько десятилетий кардинально изменил средства связи, появилось довольно большое число новых, неизвестных ранее, т.е. в период разработки и принятия УК РФ. Вследствие этого позицию законодателя, относящего к компетенции именно уголовного закона охрану некоторых конституционных прав граждан, правомерно признать рудиментом. Приведенные соображения в полной мере это относится к ст.138 УК РФ<sup>3</sup>. Имеющиеся статистические данные свидетельствуют об отсутствии привлеченных к ответственности по ч.1 ст.138 УК РФ, т.е. норма *de facto* не применяется, чему есть некоторые объяснения, хотя и не претендующие на исчерпываемость. Так, законодатель, отнеся это деяния к категории небольшой тяжести (ч.2ст.15 УК РФ) минимально оценил степень его общественной опасности. В этой связи необходимо подчеркнуть, что есть все основания поддержать И.А. Клепицкого в его утверждении, что «уголовный закон является крайне острым инструментом, существенно ограничивающим права и свободы человека» [6, 49]. И это уже само по себе обуславливает потребность внимательного подхода к использованию уголовно-правового запрета в качестве одной из мер государственного принуждения и одновременно меры превентивного воздействия.

Следует подчеркнуть, что законодательством предусматриваются достаточно широкий спектр правовых мер воздействия и, конечно, не только уголовно-правовых. И за совершение перечисленных в ч.1 ст.138 УК РФ деяний, отказавшись от криминализации, было бы целесообразным отнести их к административной юрисдикции. Для реализации высказанного предложения в соответствии с положениями Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (в ред. от 21.07.2014,

<sup>2</sup> Незначительные различия диспозитивных признаков ст.135 УК РСФСР от предусматриваемых в ст.138 УК РФ состоят том, что в УК РСФСР не содержалось указания на почтовые и иные сообщения (факсы; электронная почта пр.).

<sup>3</sup> За время действия УК РФ дважды вносились изменения Федеральным законом от 8.12. 2003г. №162-ФЗ и Федеральным законом от 7.12. 2011г. №420-ФЗ.

<sup>1</sup> <https://base.garant.ru/12125267/> — дата обращения 29.03.2019г.

с изм. от 01.12.2014) этому должны способствовать и такие меры, как качество обслуживания абонентов и респондентов, повышение исполнительской дисциплины работников системы связи и пр.

Сохранение применительно к рассматриваемой норме в качестве самостоятельного уголовно-правовой запрет, представляется целесообразным лишь в отношении к существовавшей до изменений Федерального закона от 7 декабря 2011г. №420-ФЗ ч.3 ст.138 УК РФ ч.3 ст.138 УК РФ. В ней по существу предусматривался самостоятельный состав незаконного производства, сбыта или приобретения специальных технических средств, предназначенных для негласного получения информации. В настоящее время это — норма ст.138.1 «Незаконный оборот специальных технических средств, предназначенных для негласного получения информации».

Предлагаемое решение вряд ли можно признать окончательным. Отказавшись от криминализации деяния, предусматриваемого в ч.1 ст.138 УК РФ, «зависает» предусматриваемый в ч.2 этой статьи квалифицированный состав. Думается, он должен текстуально, без изменений, стать новеллой также квалифицированного состава, но уже ч.2 ст. 138.1 УК РФ.

Такое предложение не противоречит потребностям правовой защиты права граждан на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений от возможных нарушений. Это предложение *de lege ferenda* с успехом может быть реализовано посредством применения норм административного законодательства путем установления в главе 5 КоАП РФ, содержащей нормы об ответственности за «Административные правонарушения, посягающие на права граждан», самостоятельной статьи «Нарушение права граждан на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных или иных сообщений».

Наконец, полагаем важным отметить и своего рода «избыточность» правового регулирования, на что должен обращать законодатель в своей деятельности. По мнению А.И. Петрова, «на практике мы убеждаемся, что качество современных российских законов свидетельствует о ненадлежащей организации законодательской деятельности» [9, С. 6]. Считая это обстоятельство в определенной мере препятствующим результативности законодательной деятельности, поясним свою позицию следующим примером из УК РФ.

Федеральным законом от 03.07.2016 № 324-ФЗ в главе 30 УК РФ была криминализована ответственность за мелкое взяточничество (ст. 291.2), т.е. получение взятки, дачи взятки лично или через посредника в размере, не превышающем десять тыс. рублей, хотя авторы настоящей статьи убеждены, что появление этого состава не вызывалось социальными потребностями.

Основанием для такого вывода являются уже имеющиеся в УК РФ составы получения, дачи взятки и по-

средничество во взяточничестве, каковые не только не препятствовали (ст.ст. 290,291 и 291.1 УК РФ), но их диспозитивными признаками охватывались и совершаемые любой формы взяточничества в размере до десяти тыс. рублей.

Юридификация может проявляться и в изменениях одного конкретного института, но к разным условиям применения. Традиционный для уголовного права институт условно-досрочного освобождения (ст.79 УК РФ) применяется при наличии одновременно формального и материального оснований, вследствие чего отбывающее наказание лицо может быть освобожден от дальнейшего отбывания наказания, т.е. это было правом, а не обязанностью суда. В равной мере и в отношении несовершеннолетних в ст. 93 УК РФ также сохранилась аналогичная формулировка «может быть», что имеет место и в настоящее время.

Законодатель в какой-то момент счел необходимым изменить в ст.79 УК РФ материальное основание применения условно-досрочного освобождения. В настоящее время таковым является следующее: «... лицо подлежит условно-досрочному освобождению, если судом будет признано, что для своего исправления оно не нуждается в полном отбывании назначенного наказания».

По логике, более мягкое основание должно следовало бы установить к несовершеннолетним, о чем свидетельствуют нормы раздела V «Уголовная ответственность несовершеннолетних» УК РФ. И если в целом институт меняется, следовало бы подобные изменения внести и ст. 93 УК РФ. Несомненно, гуманизируя рассматриваемый институт, его целостность должна быть сохранена, и начинать следовало бы с более льготных оснований его применения в отношении несовершеннолетних.

Еще А.С. Пиголкин более двух десятков лет назад писал, что «бум законотворчества приводит к тому, что наряду с крупными основополагающими нормативными актами готовятся и принимаются сравнительно мелкие, т.е. по узким вопросам. Тенденция мелкотемья нормативных актов приводит к существенному «затовариванию» законодательного «хозяйства», его громоздкости, дублированию одних и тех же норм, расхождению, несогласованности и пробелам действующего регулирования» [10, с. 89]. Оно является важной и сложной деятельностью, но это не отменяет отказа от юридификации, т.е. «излишнего» законотворчества. Конкретика в настоящей статье приведена не в целях упрека законодателю, а побуждения к такому такому законотворчеству, когда имеет место внимательный подход и серьезный анализ возможных последствий тех или иных предполагаемых изменений.



Литература

1. Атагимова Э.И., Потёмкина А.Т., Цопанова И.Г. Современные тенденции в уголовном праве // Мониторинг правоприменения. 2015. № 3.
2. Атагимова Э.И., Потемкина А.Т., Цопанова И.Г. Социальная обусловленность уголовно-правового запрета и ее реализация в законодательстве // Правовая информатика. 2016. № 3. С. 13—19.
3. Бабаев М.М. О концепции уголовной политики / Материалы научно-практической конференции, посвящённой 15-летию юридического факультета Московского государственного открытого университета 19 декабря. 2008 г. М., 2009. С. 155—165.
4. Бойко А.И. Административная преюдиция в уголовном праве: за и против // Юристь-Правоведъ. Ростов н/Д : Изд-во Рост. юрид. ин-та МВД России. 2004. № 3. С. 27—32.
5. Гилинский Я.И. Уголовное право: возможности и пределы // Российский криминологический взгляд. 2011. № 1. С. 334—338.
6. Клепицкий И.А. Форма и цель в уголовном праве // Государство и право. 2012. № 1. С. 45—56.
7. Котова А. И., Денисенко В. В. Юридификация как проблема правового регулирования // Молодой ученый. 2015. № 9. С. 858—860.
8. Матейкович М.С. Дефекты конституционно-правового регулирования в Российской Федерации // Государство и право. 2007. № 12. С. 15—21.
9. Петров А.И. Законотворчество как особый вид деятельности представительного органа. Автореф. дисс... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2007. 27 с.
10. Пиголкин А.С. Оформление проектов нормативных правовых актов (законодательная техника) // Проблемы правотворчества субъектов Российской Федерации : научно-метод. пособие / Отв. ред. А.С. Пиголкин. М. : 1998. 272 с.
11. Цыбуляк С.И. Понятие и виды дефектов правового регулирования // Право и политика. 2012. №7 (151). С. 1237—1245.

**Рецензент:** *Атагимова Эльмира Исамудиновна*, кандидат юридических наук, старший научный сотрудник ФБУ «Научный центр правовой информации при Минюсте России», г. Москва, Российская Федерация.

E-mail: [atagimova75@mail.ru](mailto:atagimova75@mail.ru)

