

Уголовно-правовая оценка осуществления субъективного права и злоупотребления им



М.В. Арзамасцев

Доцент, кафедра уголовного права Санкт-Петербургского государственного университета, кандидат юридических наук. Адрес: 199034, Российская Федерация, Санкт-Петербург, Университетская наб., 7–9. E-mail: m.arzamastsev@spbu.ru; maxim077@mail.ru



Аннотация

В статье исследуются вопросы причинения вреда лицом, которое действует на основании своего субъективного права. Данная проблема, относящаяся к числу конституционных основ уголовного права, носит межотраслевой характер. С учетом этого анализируются как теоретические положения, так и правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации, практика Европейского Суда по правам человека и Верховного Суда Российской Федерации. Для разработки методологии уголовно-правовой оценки злоупотребления субъективным правом использован конституционный принцип пропорциональности, на примерах проверена его применимость. Показано значение осуществления права в качестве обстоятельства, исключающего преступность деяния. Вследствие свободного осуществления естественных прав его нельзя отождествлять с исполнением закона или обязанности. Раскрыта необходимость дифференциации первичного и производного права, определения действительного правообладателя. Проанализированы ситуации отказа от субъективного права и его делегирования. Также предложены критерии разграничения правомерного осуществления права и злоупотребления им, что служит уголовно-правовой гарантией правомочий личности. Обосновано, что признаками злоупотребления, которые могут быть учтены законодателем, являются причиняемый вред, способ осуществления права, а также цели и мотивы его реализации. Оценка же общественной опасности зависит от сопоставления этих признаков и определения степени их проявления в конкретном деянии. Автор приходит к выводам, что уголовная ответственность за злоупотребление лицом своим конституционным правом недопустима, если злоупотребление носит незначительный характер или влечет незначительные последствия. Злоупотребление правом необходимо отличать от самостоятельного деяния — самоуправства. Для оценки способов осуществления права ключевыми признаны два фактора — типичность или нетипичность выбранного варианта поведения для конкретного правомочия в конкретно-историческом периоде, а также его связь с содержанием права. Проанализированы случаи маскировки, прикрытия субъективным правом совершения преступления. При оценке субъективных признаков необходимо также определять преобладание правомерных или противоправных намерений в поведении лица.



Ключевые слова

конституция, уголовное право, права человека, субъективные права, злоупотребление правами, гарантии прав человека, криминализация.

Благодарности: Статья опубликована в рамках проекта по поддержке публикаций авторов российских образовательных и научных организаций в научных изданиях НИУ ВШЭ.

Для цитирования: Арзамасцев М.В. Уголовно-правовая оценка осуществления субъективного права и злоупотребления им // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 2. С. 177–203.

УДК: 343

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.2.177.203

Введение

Римская правовая максима *neminem laedit, qui suo jure utitur* (никого не обижает тот, кто пользуется своим правом), которая исключала признание деликтным действием осуществление своего права, даже приводящего к ущемлению чужих интересов, впоследствии дополнилась принципом *malitiis non est indulgendum* (злоупотребление непростительно), а в настоящее время получила закрепление в гражданском законодательстве. Так, не допускается злоупотребление правом, т.е. осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действия в обход закона с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом). Также признается, что правомерные действия могут причинять вред (п. 1 ст. 10 и п. 3 ст. 1064 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ)).

В теории уголовного права традиционно, хотя и обычно кратко обсуждается общая проблема оценки причиняемого вреда при использовании субъективного права. Еще Н.С. Таганцев выделял основания и условия, при которых «должен быть признан уголовно безответственным и тот, кто причиняет вред благам другого лица при осуществлении собственного права», и приводил пример признания Уголовным кассационным департаментом Правительствующего Сената не указанного в законе права каждого [потерпевшего] на производство обыска у заподозренного лица [Таганцев Н.С., 2001: 415–416], очевидно затрагивающего честь, достоинство и личную неприкосновенность последнего.

Историческая преемственность продолжается в настоящее время Конституционным Судом Российской Федерации, который приходит к выводу,

что правомерное использование (осуществление, реализация)¹ своих прав не должно влечь для гражданина неблагоприятные правовые последствия, в частности, в форме уголовной или административной ответственности². Тем самым Суд распространяет правовые последствия использования права на сферу публично-правовой ответственности, признавая его обстоятельством, исключающим наказуемость деяния, а также обозначая в качестве его обязательного признака (условия) правомерность.

В тексте ч. 1 ст. 14 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ) признаком преступления названа не любая, а именно уголовная противоправность деяния. Обычно не должно быть противоречий между общей противоправностью деяния и специальной — уголовно-правовой — ее составляющей. Однако развернутый анализ возможных уголовно-правовых последствий для поведения, формально или содержательно правомерного в отдельных отраслях права, в отечественной литературе почти не дается.

В отличие от этого немецкое уголовное право, не заостряя внимание на свойстве общественной опасности деяния, включает в учение о противоправности преступления проверку обстоятельств, исключающих его соответствие общему правопорядку. При этом признается, что разрешительные нормы гражданско- или публично-правового характера исключают противоправность деяния, соответствующего составу [Жалинский А.Э., 2004: 177–180].

В данной статье предлагается методология уголовно-правовой оценки деяний, связанных с осуществлением лицом своего субъективного права, но подпадающих под объем уголовно-правовых запретов, что позволяет разграничить правомерное поведение и злоупотребление правом.

1. Осуществление субъективного права в системе обстоятельств, исключающих преступность деяния

1.1. Осуществление права как предмет уголовно-правовой оценки

Необходимость в уголовно-правовой оценке возникает не в связи с фактом наличия или отсутствия субъективного права (обычно входящего в конституционную, гражданскую или иную правосубъектность), а с его осуществлением, выбором для этого тех способов и форм, которые затрагивают интересы иных лиц, общества или государства. Именно эти объективные об-

¹ В рамках настоящей статьи указанные термины будут использоваться как синонимы.

² Постановление КС РФ от 20.12.1995 № 17-П // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 544; Постановление КС РФ от 18.05.2012 № 12-П // СЗ РФ. 2012. № 22. Ст. 2291; Постановление КС РФ от 14.11.2019 № 35-П // СЗ РФ. 2019. № 47. Ст. 6737.

стоятельства переводят проблему в уголовно-правовую плоскость, и именно они и должны составлять основное содержание предмета такого анализа. При этом вредоносным может быть не само субъективное право, а способ его реализации. Даже необходимая оборона вытекает из естественного права безопасности, осуществляемого не только путем причинения вреда нападающему, но и установкой безвредных защитных устройств, и иными способами.

Не могут считаться вредом и некоторые неизбежные издержки осуществления права. Например, в отношении закрепляемого ст. 31 Конституции Российской Федерации права граждан проводить публичные мероприятия Конституционный Суд Российской Федерации указал, что их проведение, как правило, сопряжено с известными неудобствами для не участвующих в нем граждан (ограничение пешеходного движения, создание помех работе транспорта, затруднение доступа к объектам социальной инфраструктуры и др.), которые, являясь неизбежными издержками свободы мирных собраний, сами по себе не могут расцениваться как порождающие реальную угрозу причинения вреда конституционно охраняемым ценностям³. Однако угрозу причинения такого вреда могут создавать конкретные действия, в качестве ориентировочных признаков которых Суд указал провокационные призывы к нарушению действующего законодательства, агрессивное неприятие законных требований уполномоченных должностных лиц, использование масок либо иных средств, специально предназначенных для сокрытия лица или затруднения установления личности⁴.

Кроме того, существуют специфические уголовно-правовые субъективные права, предполагающих материально-правовые гарантии личности в ее уже возникшем или предполагаемом в будущем споре с государством, однако их детальное рассмотрение выходит за рамки настоящей статьи.

Можно только контурно обозначить, что именно в силу их наличия отсутствует самостоятельная уголовная ответственность за последующее за хищением распоряжение изъятым имуществом, совершаемое при отсутствии признаков его легализации, что не отменяет необходимости оценки такого поведения в других отраслях права. Например, Конституционный Суд Российской Федерации указал, что с точки зрения гражданско-правовых последствий виновный в угоне *ipso facto* принимает на себя ответственность за последующую судьбу данного имущества⁵.

При этом сам по себе вред еще не предопределяет уголовно-правовую оценку деяния, потому что он может быть, как принято считать, преступ-

³ Постановление КС РФ от 01.11.2019 № 33-П // СЗ РФ. 2019. № 45. Ст. 6407.

⁴ Определение КС РФ от 27.01.2020 № 7-О // СЗ РФ. 2020. № 5. Ст. 584.

⁵ Постановление КС РФ от 07.04.2015 № 7-П // СЗ РФ. 2015. № 16. Ст. 2460.

ным и непроступным, включая в объем последнего общественно опасный и социально полезный или допустимый, правомерный вред [Шкабин Г.С., 2016: 64]. Вопрос о социальной пользе вреда (что само по себе звучит как оксюморон), безусловно, является неоднозначным, но здесь существеннее, какие обстоятельства оправдывают его причинение, в том числе при осуществлении субъективного права.

Поскольку «закон уголовный устанавливает пределы карательной власти судьи по отношению к отдельным преступным деяниям» и, в конечном счете, «определяет объем и условия осуществления правоохраны» [Таганцев Н.С., 2001: 132], то необходимо определить водораздел между правомерным и запрещенным причинением вреда вследствие использования лицом своих правомочий. Решение данной задачи и ограничивает законодателя от вмешательства в субъективную сферу личности, и предупреждает выход гражданами за пределы своего субъективного права. Смещение этой границы очень чувствительно, поскольку означает либо уменьшение объема прав личности, либо снижение уголовно-правовой охраны тех или иных объектов. В правовом государстве эти пределы законодательной и судебской дискреции определяются в первую очередь на конституционном уровне.

Задача уголовно-правового регулирования — обеспечить право человека и гражданина на свободу и неприкосновенность от необоснованного применения мер уголовно-правового воздействия [Кропачев Н.М., 1999: 156] — не выполняется не только при возложении уголовной ответственности без основания (т.е. при отсутствии в деянии признаков состава преступления), но и в случае признания преступным осуществления права, реализуемого без очевидного злоупотребления.

В конституционном праве Германии используется категория «субъективные публичные права», которые представляют собой предоставленное индивиду на основании публичного права правомочие в целях реализации своих интересов требовать у государства определенного действия, дозволения или бездействия. В такой системе, хотя она применяется преимущественно для оценки административных исков, основные права являются правами «в высшей степени» [Хельге З., 2019: 34].

Личность в ее взаимоотношениях с государством выступает не как объект государственной деятельности, а как равноправный субъект, который может защищать свои права всеми не запрещенными законом способами и спорить с государством в лице любых его органов⁶, в том числе по вопросам о пределах уголовно-правовых запретов, которые не могут произвольно ограничивать права граждан. Это вытекает из конституционной обязанности государства защищать права и свободы человека и гражданина (ст. 2

⁶ Постановление КС РФ от 03.05.1995 № 4-П // СЗ РФ. 1995. № 19. Ст. 1764.

Конституции Российской Федерации), причем не только от преступлений, но и от избыточных запретов.

В этой части, по оценке Конституционного Суда Российской Федерации, чрезмерная борьба законодателя против злоупотребления правом может приобретать характер санкции за использование своих прав и тем самым понуждать к отказу от них⁷. Данный Суд поддержал и доктрину «охлаждающего (сдерживающего) эффекта» (chilling effect), применяемую, в том числе ЕСПЧ, которая предполагает недопустимость введения ограничений или ответственности, если это может уменьшить стремление пользоваться тем или иным правом⁸. Соответственно, следует поддержать исследования именно проблемы уголовно-правовых гарантий тех или иных прав, а также отнесение к ним таких императивных норм, которые, действуя в режиме законности, обеспечивают непривлечение лица к уголовной ответственности, освобождение от нее или наказания, либо невозможность назначения определенных наказаний или иных мер [Егорова Н.А., 2016: 185].

Четкое определение границы, с которой начинается уголовно-правовая охрана, от злоупотребления субъективным правом во всяком случае является гарантией свободного осуществления этого права, поскольку она предполагает отсутствие ответственности за правомерное осуществление своего права. Тем самым уголовный закон реализует положения ст. 2 Конституции, не только охраняя граждан от преступных посягательств, но и предотвращая излишнюю криминализацию (овер-криминализацию [Persak N., 2018: 20–39]) сферы реализации их прав и свобод.

Из сказанного вытекает еще одно методологическое уточнение. Обычно считается, что злоупотребление не нарушает запрета правовой нормы (т.е. не является правонарушением), а выходит за пределы осуществления права, причиняет вред другим участникам общественных отношений, является социально вредным и общественно порицаемым [Мамедова А.Т., 2014: 140–146]. Как показывает В.И. Крусс, злоупотребления правом — это конституционные правонарушения за рамками легальных конкретизаций запрещенного и предписанного, формальная «неуязвимость» которых для мер юридической ответственности не освобождает государство от борьбы с ними, но требует конституционного противодействия любым формам (способам) соответствующих деяний [Крусс В.И., 2017: 17]. Однако для уголовно-правового анализа такой подход неприемлем, поскольку незапрещенное законодателем злоупотребление является непроступным, а потому — ненаказуемым, т.е. остается уголовно-правомерным осуществлением права.

⁷ Постановление КС РФ от 13.06.1996 № 14-П // СЗ РФ. 1996. № 26. Ст. 3185.

⁸ Определение КС РФ от 5.12.2019 № 3272-О // Вестник КС РФ. 2020. № 1.

Наверное, можно было бы предложить модель, когда не являющиеся преступлениями злоупотребления правом влекут применение не мер ответственности, а иных средств уголовно-правового воздействия. Между тем, такой подход не только подрывает в корне определенность уголовного закона, но и частично противоречит ст. 8 УК РФ.

В теоретическом плане более перспективно предложенное А.А. Малиновским понимание вредоносности осуществления права как универсального признака злоупотребления им. Однако разработанная этим ученым классификация, предполагающая необходимость различения правомерного злоупотребления правом, противоправных злоупотреблений правом, не являющихся правонарушениями, и противоправных злоупотреблений правом, признаваемых правонарушениями [Малиновский А.А., 2010: 196, 204, 299, 302], в уголовно-правовом дискурсе трансформируется в два вида — правомерное причинение вреда правоохраняемым объектам вследствие осуществления своего субъективного права и запрещенное нормами уголовного закона деяние, хотя и осуществляемое управомоченным субъектом. Иными словами, до определенной законодателем границы вредоносное осуществление субъективного права правомерно, а после ее пересечения — преступно. Соответственно, в рамках данной статьи первая форма поведения обозначается (если не оговорено иное) как собственно осуществление права, а вторая — как злоупотребление им.

1.2. Соотношение осуществления права и исполнения закона или обязанности

Сегодня правоприменительная практика уже признает исполнение закона или исполнение обязанности обстоятельством, исключающим преступность деяния⁹, что ранее предлагалось в уголовно-правовой доктрине [Тер-Акопов А.А., 2003: 157–158]. Однако причинение вреда в случае выхода за нормативно конкретизированные рамки не может рассматриваться как продолжение осуществления права.

Если содержание субъективного права задано законом, то «вне допустимого содержания никакого права нет» [Шайо А., 2008: 163]. Также понятие «законный способ осуществления права» допускает любой вариант действий, не противоречащий закону, однако императивные предписания предоставляют управомоченному лицу единственно возможный вариант поведения: оно может вообще отказаться от осуществления права либо осу-

⁹ П. 28 Постановления Пленума ВС РФ от 27.09.2012 № 19 «О применении судами законодательства о необходимой обороне и причинении вреда при задержании лица, совершившего преступление» // Бюллетень ВС РФ. 2012. № 11.

шествовать его нормативно конкретизированным способом; другой свободы выбора у него нет [Малиновский А.А., 2007: 52]. Соответственно, причинение вреда за очерченными законодателем пределами является иной формой поведения — невыполнением обязанности граждан соблюдать законы, предписанной в ч. 2 ст. 15 Конституции Российской Федерации.

Так, О.С. Курченко на примере социально-обеспечительных прав показывает, что несообщение гражданином сведений о наличии или наступлении обстоятельств, исключающих право на получение пенсии, влекущих прекращение выплаты пенсий или уменьшение ее размера, является не злоупотреблением правом, а неисполнением субъективной юридической обязанности информировать орган социального обеспечения о таких обстоятельствах [Курченко О.С., 2016: 161–162]. На практике квалификация мошенничества при получении выплат (ст. 159² УК РФ) связана с установлением обмана о наличии обстоятельств, наступление которых согласно закону или иному нормативному правовому акту является условием для получения соответствующих выплат, либо умолчания о прекращении таких оснований¹⁰.

Также Конституционный Суд Российской Федерации указал на недопустимость ответственности лица за совершение им действий, правомерных и обязательных в силу императивных публично-правовых норм¹¹, или разрешенных законом, регулиующим соответствующую сферу отношений, т.е. законных по своему существу¹².

Если исполнение закона прямо разрешает или обязывает при наступлении определенных условий действовать, то субъективное право осуществляется свободно. Следовательно, соблюдение требований закона, его исполнение должно считаться самостоятельным обстоятельством, исключающим преступность деяния, и не равнозначно осуществлению права.

Кроме того, в литературе предлагается общее правило неприменения уголовно-правовых норм при отсутствии необходимых регулятивных норм (актов) [Денисова А.В., 2018: 286]. Однако оно не в полной мере учитывает различия естественных и октроированных прав. Поскольку для последних необходимым условием реализации является тщательное нормативно-правовое регулирование [Пресняков М.В., 2014: 21], то его отсутствие действительно порождает неопределенность уголовно-правовой нормы. Для личной свободы или других естественных прав установленный законом порядок не выступает основанием их осуществления. Отдельные вопросы, такие как

¹⁰ П. 16 Постановления Пленума ВС РФ от 30.11.2017 № 48 «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате» // Бюллетень ВС РФ. 2018. № 2.

¹¹ Постановление КС РФ от 12.10.1998 № 24-П // СЗ РФ. 1998. № 42. Ст. 5211.

¹² Постановление КС РФ от 27.05.2008 № 8-П // СЗ РФ. 2008. № 24. Ст. 2892.

определение тайны частной жизни, и вовсе составляют исключительно сферу полномочий личности.

Таким образом, правомерное осуществление субъективного права не равнозначно исполнению закона или обязанности и должно считаться самостоятельным обстоятельством, исключающим преступность (общественную опасность и уголовную противоправность) деяния. Поскольку законными вариантами поведения управомоченного лица могут считаться любые из них, не запрещенные государством, а уголовный запрет базируется на оценке общественной опасности деяния, то одного лишь факта наличия субъективного права еще недостаточно для признания причиненного вреда правомерным.

Отсутствие в уголовном законе специальной нормы об оценке осуществления права как обстоятельства, исключающего преступность деяния, может быть объяснено тем, что сами права, а также общие принципы их осуществления не регламентируются уголовным правом. Фактически это вопрос взаимосвязи уголовного права с другими отраслями права, который в силу отсутствия между ними приоритета (по оценке А.В. Денисовой, между ними возникают координационные связи, характеризующиеся горизонтальным соотношением, а не подчинением [Денисова А.В., 2018: 288]), может быть разрешен лишь на более высоком — межотраслевом или конституционном — уровне.

1.3. Свободное осуществление естественных прав

Конечно, уголовное право уже разработало критерии правомерности для вынужденного причинения вреда правам других участников общественных отношений, в том числе лицом, реализующим свои права в рамках необходимой обороны, крайней необходимости и при других обстоятельствах, исключающих преступность деяний. Однако за рамками уголовно-правового регулирования таких обстоятельств остается иная проблема, когда лицо действует свободно как в вопросе определения права, выбираемого лицом для реализации, так и по способам его осуществления.

Трудность конкретизации условий (критериев) правомерности осуществления субъективного права наглядно проявляется по отношению к естественным правам, которые законодатель может ограничивать, но не способен создавать. Эти права признаются основой построения всего уголовного законодательства [Кропачев Н.М., 1999: 174–175] и одновременно лимитируют его, а потому на уровне позитивного права государство должно стремиться к минимальному их ограничению.

Специфика многих конституционных прав предполагает известную неопределенность как по порядку их использования, так и по кругу признава-

емых прав. Недаром появляются все новые поколения прав человека, предпосылка к чему вытекает из признания в ч. 1 ст. 55 Конституции Российской Федерации значения не перечисленных в ней прав и свобод. Кроме того, не препятствует развитию наполнения прав и их конституционное оформление, поскольку «никакая норма конституции, устанавливающая право, не перечисляет всех возможностей, составляющих содержание этого права, исчерпывающим образом» [Троицкая А., 2015: 49]. Так, права в Интернете могут рассматриваться самостоятельно или считаться продолжением свободы мысли и слова, права искать, получать и распространять информацию. Репродуктивные и генетические права «прорастают» из прав на жизнь и охрану здоровья. То есть и эти, формально новые права существуют независимо от государственного признания и представляют собой естественные права, подлежащие обязательному учету при определении пределов уголовно-правового воздействия на общественные отношения.

На стыке разных прав возникают дополнительные коллизии, например, указанная в литературе проблема «недопущения вовлечения в открытое информационное пространство данных о генетических признаках человека» [Романовская О.В., Рыжова А.А., 2019: 95]. Если существует уголовно-правовая охрана тайны усыновления, сегодня раскрываемая генетическим исследованием, то и информация о генетических признаках должна быть включена в защищаемую тайну частной жизни.

Развитие общества приводит к усложнению системы субъективных прав. Другими словами, чем в большем количестве общественных отношений участвует человек, тем больше объем его субъективных прав, что не зависит от воли или решений законодателя.

Поэтому чаще всего невозможно определить все правомерные формы осуществления субъективного права. Именно вследствие свободной реализации субъективного права допустима ответственность за злоупотребление им, однако необходима дальнейшая конкретизация критериев оценки таких деяний, поскольку сама по себе вредоносность еще не превращает их в преступление.

2. Уголовно-правовые признаки злоупотребления правом

2.1. Закрепление злоупотребления правом в уголовном законе

Действующие уголовно-правовые запреты (ст. 185, 200⁴, 201, 201¹, 202, 285, 285⁴ УК РФ) не охватывают всех разновидностей злоупотреблений. Кроме того, в этих нормах акцент делается на злоупотреблении полномочиями, что не равнозначно злоупотреблению собственно субъективными правами.

В литературе предложены различные группы признаков, характеризующих злоупотребление субъективным правом. Например, использование права не по его прямому назначению, а также наступление вреда [Кожевников В.В., Денисенко Е.М., Лавров Ю.Б., 2018: 5–9]. В силу свободы осуществления права скорее нужно согласиться с наличием не абсолютных, а относительных критериев констатации злоупотребления правом, которыми могут быть: нанесение вреда (ущерба); нерациональное применение права (отклонение от стандартных случаев его реализации); отсутствие равновесия между преимуществом от применения прав и причиненным вредом; нерациональное доверие фактам, порождающее основание пользования правом [Шайо А., 2008: 167].

Общетеоретическая концепция, разработанная А.А. Малиновским, характеризует злоупотребление, являющееся правонарушением, следующими признаками: 1) субъект нарушает предписания действующего законодательства; 2) реализацией субъективного права в противоречии с его назначением причиняется вред охраняемым отношениям; 3) имеется причинная связь между деянием и последствиями; 4) к субъекту можно применить меры правового воздействия [Малиновский А.А., 2010: 302–303]. Вместе с тем, использование этих или указанных другими авторами характеристик злоупотребления в качестве признаков составов преступлений требует отдельного обсуждения.

Устанавливая ответственность за преступления, законодатель может указать на различные обстоятельства, свидетельствующие о достижении деянием достаточного для криминализации уровня общественной опасности. Применительно к злоупотреблению правом это могут быть как объективные характеристики (способ осуществления права, причиняемый вред), так и субъективные — мотив, цель.

Поскольку «реальное злоупотребление, ведущее к ответственности, определяется *ex post*» [Шайо А., 2008: 167], в законе почти невозможно учесть все виды прав, использование которых может влиять на охраняемые права других лиц. Соответственно, чаще всего в законодательном описании признаков преступлений отражаются охраняемые объекты (в том числе права потерпевшего), а не формы злоупотребления вторым участником общественных отношений своими субъективными правами, которые могут приобретать — вследствие его свободных действий — разнообразные черты. К примеру, ст. 138 УК РФ устанавливает ответственность за нарушение тайны переписки и смежных конституционных прав без конкретизации способа. Хотя ч. 1 ст. 272 УК РФ устанавливает ответственность за неправомерный доступ к охраняемой законом компьютерной информации, однако признаки неправомерных действий почти не раскрыты, акцент смещен на последствия — уничтожение, блокирование, модификацию либо копирование компьютерной информации.

При выборе иного варианта — закрепления в уголовном законе описания противоправных видов деяний — может возникать обратная ситуация, ког-

да способ осуществления субъективных прав формально запрещен, а вред охраняемым объектом вынесен за рамки конструкции состава преступления. Так, свобода поиска информации учтена в ст. 183 УК РФ. Хотя можно утверждать о нарастающей в современном мире угрозе экономического и промышленного шпионажа, но уголовная ответственность установлена лишь за сбор сведений, составляющих коммерческую, налоговую или банковскую тайну, незаконным способом. Это означает, что все иные способы, прямо не запрещенные ни в уголовном законе, ни в нормах других отраслей, могут считаться разрешенными.

Третий вариант может связывать уголовную наказуемость деяния с мотивами и целями управомоченного субъекта. Так, ст. 155 УК РФ устанавливает ответственность за разглашение тайны усыновления (удочерения) не только лица, действующего вопреки своей обязанности хранить этот факт как служебную или профессиональную тайну, но и любого лица, в том числе осуществляющего свои права на свободное распространение информации из корыстных или иных низменных побуждений.

Конечно, возможна и комбинация этих признаков. В конкретном случае оценка правомерности использования права зависит от выбранного способа его реализации и последствий, в том числе затронутого права другого лица и степени воздействия на это право, а также субъективных признаков (целей и мотивов). Причем даже в тех случаях, когда они не включены законодателем в диспозицию статьи, они влияют на оценку степени общественной опасности деяния, а потому подлежат учету судом в конкретных случаях.

2.2. Определение правомочий и оценка самопричинения вреда

Первый этап анализа должен включать установление наличия у лица правомочий. Его заблуждение об объеме своего права следует оценивать исходя из общего учения о фактической ошибке.

Также важно различать первичные и производные права. Например, Конституционный Суд Российской Федерации указал, что право на приобретение, хранение и ношение оружия не относится к числу конституционно закрепленных, но является производным от прав, гарантируемых ст. 19, 21, 34 и 35 Конституции. В свою очередь, право на хранение боеприпасов к определенному виду оружия рассматривается как составная часть (продолжение) права на владение и пользование данным видом оружия¹³. В качестве общего правила можно сформулировать, что оценка использования части правомочий или производного права должно рассматриваться через призму основного или первичного права.

¹³ Определение КС РФ от 07.07.2016 № 1426-О // Вестник КС РФ. 2017. № 2.

В целом даже социально не одобряемые формы использования субъективного права, если они не затрагивают права других лиц или публичные интересы, не должны, как правило, влечь уголовную ответственность.

Ранее к уголовно-правовым случаям осуществления субъективного права были отнесены уничтожение собственного имущества, самоуничтожение или повреждение своего здоровья [Тер-Акопов А.А., 2003: 157]. Но точнее здесь говорить как об отсутствии выхода за пределы своего права, так и об отсутствии объекта уголовно-правовой охраны, поскольку уголовное право в основном не предназначено для защиты интересов человека от самого себя.

Исключение здесь составляют случаи, когда подобное осуществление права дополнительно нарушает какие-либо юридические обязанности. Наиболее типична в этом смысле наказуемость по ст. 339 УК РФ уклонения военнослужащего от исполнения обязанностей военной службы путем причинения себе какого-либо повреждения (членовредительство). За отдельные формы самоповреждения установлена административная, а не уголовная ответственность. Например, потребление наркотических средств или психотропных веществ без назначения врача либо новых потенциально опасных психоактивных веществ наказывается по ст. 6.9 КоАП РФ.

Также важно правильное понимание носителя первоначального субъективного права или его действительного правообладателя. Следует иметь в виду, что осуществление неотчуждаемых личных прав в некоторых случаях может осуществляться опосредованно, без «расщепления» или перехода этих прав [Ульбашев А.Х., 2018: 100–104].

Например, Семейный кодекс РФ устанавливает в качестве общего принципа распоряжение гражданами семейными правами по своему усмотрению, но не допускает их охраны при осуществлении вопреки их назначению (ст. 7), конкретизируя, что родительские права не могут осуществляться в противоречии с интересами детей (ст. 64). Соответственно, критерием выявления злоупотребления родительскими правами является интерес несовершеннолетнего, что позволяет оценить способы его воспитания, разграничить похищение собственного ребенка и самоуправство.

Тем самым причинение вреда самому себе оценивается с учетом действительного носителя правомочий и чаще всего не предполагает уголовную наказуемость, если при этом не нарушены запреты, обязанности или не затронуты интересы третьих лиц, общества или государства.

2.3. Оценка «столкновения» субъективных прав

Взаимодействие прав носит коллизионный характер, но предполагает не противоречие правовых норм, а «столкновение» приобретаемых на их ос-

нове субъективных прав участников соответствующих отношений при непротиворечивости самих норм [Пресняков М.В., 2016: 18].

В отечественном уголовном праве оценка причинения вреда обычно связывается с сопоставлением прав (или охраняемых объектов) по принципу приоритета. Так, Н.С. Таганцев по-разному оценивал права личные и имущественные, исходя из того, что «одно право первенствует перед другим». Вследствие этого им было сформулировано правило: нарушение чужого имущественного права при осуществлении собственного ненаказуемо. Это правило, однако, не могло в полной мере применяться к «самоуправному» нарушению личных прав [Таганцев Н.С., 2001: 415–416]. С уголовно-правовой точки зрения нельзя абсолютизировать ни одно из субъективных прав. Необходимо также учитывать конституционные положения.

Федеральным Конституционным Судом Германии (далее — ФКС Германии) выработана теория «горизонтального действия прав человека» [Нуссбергер А., 2014: 4], хотя и вызывающая дискуссию «о правомерности естественного права перед лицом позитивного» [Бергер А.Ю., 2014: 112–113]. В целом в конституционном праве чаще используется принцип пропорциональности, имеющий, как ни странно, в качестве исторической предпосылки уголовно-правовое требование «око за око», характерное для большинства древнейших памятников права.

Два современных варианта оценки пропорциональности — метод балансирования (Р. Алекси) и метод категоризации (Р. Дворкин) — проанализированы детально Г. Вайпаном. Первый метод предполагает поиск баланса между сталкивающимися интересами в свете их сравнительной социальной важности в каждом случае. Второй видит роль принципа пропорциональности в категоризации или «сортировке» интересов на имеющие статус прав и не имеющие такого статуса, с тем чтобы первые имели особую нормативную значимость и приоритет над последними. Метод категоризации основывается на предположении, что согласование конкурирующих интересов происходит путем определения пределов соответствующих прав [Вайпан Г., 2015: 37–54].

Метод балансирования Р. Алекси включает также оценку степени нарушения конституционного права (принципа) по шкале «незначительное» — «умеренное» — «серьезное» [Алекси Р., 2006: 113–118]. Данная шкала может быть использована как при оценке степени злоупотребления правом, так и при оценке степени нарушения права другого лица.

Например, анализ Постановления Конституционного Суда по делу И. Дадина¹⁴ 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

¹⁴ Постановление КС РФ от 10.02.2017 № 2-П // СЗ РФ. 2017. № 9. Ст. 1422.

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

Из этого можно предложить правило, что уголовная ответственность за злоупотребление лицом своим конституционным правом недопустима, если само злоупотребление носит незначительный характер или влечет незначительные последствия (в связи с объектом уголовно-правовой охраны или незначительной степени 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, общества или государства.

Можно сделать и частный вывод. Поскольку до причинения вреда охраняемым уголовным законом интересам управомоченное лицо еще не выходит за пределы субъективного права, чаще всего невозможно и оценивать его поведение как покушение на преступление или — тем более — приготовление к нему.

В целом необходимо дальнейшее осмысление того, оправдано ли запрещение конкретной формы поведения той или иной конституционно значимой целью, может ли вред определенному объекту свидетельствовать о злоупотреблении правом. Здесь перспективно сочетание методов балансирования и категоризации, с выделением не только определенного приоритета объектов уголовно-правовой охраны (как это сделано законодателем в структуре Особенной части УК РФ), но и с сопоставлением их с используемыми лицом правами, а также оценкой степени существенности последствий злоупотребления.

2.4. Оценка способа осуществления права

В общественных отношениях важное значение имеет способ, который, по оценке А.А. Малиновского представляет собой форму существования самого субъективного права и может быть с точки зрения общества одобряемым, приемлемым, осуждаемым, вредным и недопустимым [Малиновский А.А., 2007: 49, 50]. Однако как разграничить эти способы? При этом для уголовного права задача упрощается тем, что достаточно разделить способы на две группы — являющиеся признаком правомерного осуществления субъективного права и свидетельствующие о злоупотреблении им.

Очевидно, что субъективное право осуществляется в действительности как способами, прямо определенными законом, так и в иных формах, оставшихся без нормативного регулирования. Конечно, когда установлены прямые ограничения, такая оценка не вызывает затруднений. Однако сами по себе не запрещенные варианты осуществления права не могут влечь уголовную ответственность.

С другой стороны, закрепленный порядок использования права создает ограничение, выход за которое, как правило, свидетельствует об общей противоправности деяния и не позволяет говорить об осуществлении права. Так, несоблюдение нормативно предписанного способа действий управомоченного субъекта является составообразующим признаком самоуправства (ст. 330 УК РФ). Смысл, приданный этой норме разъяснениями Верховного Суда Российской Федерации¹⁵, исключает ее применение за действия, совершенные при наличии лишь предполагаемого права (т.е. при отсутствии действительного субъективного права), но в рамках формального порядка.

Классификация способов осуществления права включает в себя правомочия на собственные действия, правомочия требования, правомочия на защиту права [Малиновский А.А., 2007: 54]. Злоупотребление возможно при реализации любого из них. Например, на основе положений ч. 3 ст. 17 и ч. 2 ст. 45 Конституции Российской Федерации было признано недопустимой формой реализации права на защиту поведение участника уголовного судопроизводства, выразившееся в совершении действий, которые связаны с унижением чести и достоинства другого лица и выражены в неприличной форме¹⁶.

Вместе с тем, если обвиняемый в ходе следственных или судебных действий разгласит сведения о частной жизни другого лица, такое поведение не может влечь уголовную ответственность по ст. 137 УК РФ. Во-первых, угроза распространения такой информации может быть предотвращена за счет использования уголовно-процессуальных механизмов (на этапе предварительного расследования содержание таких сведений защищено тайной следствия, а для судебных стадий предусмотрена возможность проведения закрытого судебного заседания). Во-вторых, требование достоверности, предъявляемое ко всем доказательствам, включая показания обвиняемого,

¹⁵ П. 13 Постановления Пленума ВС РФ от 17.12.2015 № 56 «О судебной практике по делам о вымогательстве (статья 163 Уголовного кодекса Российской Федерации)» // Бюллетень ВС РФ. 2016. № 2; п. 7 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27.12.2002 № 29 (ред. от 16.05.2017) «О судебной практике по делам о краже, грабеже и разбое» // Бюллетень ВС РФ. 2003. № 2; п. 26 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 30 ноября 2017 года № 48 «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате» // Бюллетень ВС РФ. 2018. № 2.

¹⁶ Определение КС РФ от 19.12.2017 № 2870-О // СПС КонсультантПлюс.

видимо позволяет ему выйти за рамки определяемой иным лицом сферы частной жизни. При этом предусмотренные уголовно-процессуальным законом формы сообщения информации не могут уже по этому основанию считаться незаконными. Однако такое понимание правомерной реализации субъективного права на защиту от обвинения действует только до тех пор, пока эти сведения относятся к существу инкриминируемого деяния. Распространение иных интимных сведений, пусть даже под видом реализации процессуальных прав, может квалифицироваться как преступление, предусмотренное ст. 137 УК РФ.

В отдельных случаях защита от обвинения может перерасти в «нападение» на другое лицо, обвиняемый может не просто опровергать доводы следствия или прокурора, но и сообщать информацию о деяниях иных лиц, тем самым снижая свою роль в совершенном преступлении. Математически эту роль очень легко представить как дробь (доля действий одного лица в общем весе преступления). Тогда защита от обвинения представляет собой либо уменьшение числителя (опровержение участия в конкретных деяниях, которые инкриминируются обвинением), либо увеличение знаменателя (в том числе за счет переноса в него части числителя — при сообщении о совершении этих действий другими субъектами).

В оценке запрета заведомо ложного доноса Конституционный Суд Российской Федерации пришел к выводу, что обвиняемый вправе в целях своей защиты либо хранить молчание, либо давать показания таким образом, чтобы с очевидностью не нарушать прав других лиц, не прибегать к запрещенным законом способам защиты¹⁷. Данное решение следует признать обоснованным, поскольку заведомо ложное заявление в отношении другого лица подавалось, во-первых, уже осужденным, т.е. на стадии исполнения приговора, во-вторых, им сообщались сведения не о том преступлении, признаки которого были установлены приговором (совершение убийства), а о другом, хотя и взаимосвязанном, деянии (организация убийства). Возвращаясь к математической модели, видно, что содержавшееся недостоверные сведения обращение лица в описанной ситуации не меняло объема обвинения, потому не могло считаться допустимым способом защиты, поскольку не образовывало ее содержания.

Таким образом, необходимо сопоставление выбранного способа с сущностью конкретного права. По справедливой оценке А.А. Малиновского, назначение субъективного права указывает на потребность личности, а способ его осуществления дает возможность реально удовлетворить эту потребность посредством реализации полномочий, заключенных в содержании данного права [Малиновский А.А., 2007: 49]. То есть если избранный субъек-

¹⁷ Определение КС РФ от 4.04.2013 № 661-О // Вестник КС РФ. 2013. № 6.

ектом способ не имеет своим основным содержанием реализацию субъективного права, его нельзя оценить как приемлемый.

В данном случае ключевыми являются два фактора — типичность или нетипичность выбранного способа для конкретного правомочия в конкретно-историческом периоде, а также связь с содержанием права.

Так, меняются способы и формы религиозных обрядов, хотя они и имеют многовековую историю. Законопроектами № 618115-5 и 161207-6, правда, снятыми с рассмотрения, предполагалось установить особый порядок проведения жертвоприношений, в том числе ограничив их места¹⁸. Отмечая внешнюю схожесть традиционных религиозных жертвоприношений с жестоким обращением с животными, А.В. Сумачев обсуждает дилемму: либо признать это преступлением, квалифицируемым по ст. 245 УК РФ, либо ввести в примечание к этой статье норму-исключение для народных обычаев [Сумачев А.В., 2016: 11]. Законодателем установлен запрет организации и проведения зрелищных мероприятий, влекущих за собой нанесение травм и увечий животным, умерщвление животных¹⁹. Публичное жертвоприношение, как минимум, приближается к признакам такого мероприятия, т.е. формально запрещено. С другой стороны, в некоторых традиционных религиях оно сохраняется как часть ритуала.

На общеевропейском уровне убой животных в соответствии с религиозными ритуалами не запрещен, определены лишь небольшие ограничения такой процедуры, а также возможность государствам отступать от введения обязательного требования предварительного оглушения ритуальных жертв²⁰. Вместе с тем рекомендовано в таком случае осуществлять убой на скотобойнях специально обученными работниками²¹. Соответствующий Регламент ЕС определяет религиозный обряд как ряд действий, связанных с убоем животных и предписанных религией, и учитывает свободу религии и право проявлять свою религиозную принадлежность или веру путем богослужения, проповедования, совершения обрядов и соблюдения ритуалов, констатируя специфику национального контекста и различия законодательных правил²².

¹⁸ СПС КонсультантПлюс.

¹⁹ Статья 11 Федерального закона от 27.12.2018 № 498-ФЗ (ред. от 27.12.2019) «Об ответственном обращении с животными и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2018. № 53 (часть I). Ст. 8424.

²⁰ Статьи 13, 17 и 19 Европейской конвенции о защите животных, предназначенных на убой (ETS № 102) (Заклучена в Страсбурге 10.05.1979) // СПС КонсультантПлюс. Россия не участвует.

²¹ Рекомендация Комитета министров Совета Европы № R (91)7 государствам-участникам по вопросам убоя животных (принята 17.06.1991) // СПС КонсультантПлюс.

²² Регламент № 1099/2009 Совета Европейского Союза «О защите животных при умерщвлении» (Принят в Брюсселе 24.09.2009) // СПС КонсультантПлюс.

Анализируя эти вопросы, ЕСПЧ указал на необходимость установления, что способ убийства животных, который данное религиозное образование намерено использовать, является осуществлением свободы исповедовать свою религию. При этом свобода религии не охватывает права принимать личное участие в проведении ритуального убийства животных²³. В свою очередь ФКС Германии предлагает учитывать императивные нормы религий, предполагающие запрет употребления мяса животных, не забитых ритуальным способом. Для получения лицом разрешения на такой способ забоя достаточно обосновать особенности самосознания религиозной организации без оценки самих положений веры²⁴.

Как показывает А. Шайо, нельзя говорить о злоупотреблении правом в случаях отклонения права от «обычного использования», если оно осуществляется нерационально, но не причиняет ущерба. Например, непродуктивно искать злоупотребления в ситуации, когда религиозная группа отклоняется от «нормальной» религиозной практики, где «нормальность» отражает понимание большей частью религиозных групп [Шайо А., 2008: 176–177]. Видимо, современное разрешение анализируемой коллизии лежит в плоскости общественной нравственности (являющейся основным объектом преступления, предусмотренного ст. 245 УК РФ). Так, проведение обряда в местностях проживания значительных групп, исповедующих определенную религию, или даже в конкретных местах, доступных лишь для ее представителей, не воспринимается этими лицами как ненормальное или необычное, а потому не свидетельствует ни о посягательстве на указанный объект уголовно-правовой охраны, ни об общественной опасности деяния. Наоборот, публичное проведение такой церемонии в присутствии людей, не оценивающих жертвоприношение как нормальное, обычное проявление свободы совести, причиняет вред общественной нравственности и должно квалифицироваться по ст. 245 УК РФ.

В тех случаях, когда избираемый способ действий не связан с содержанием права, он и вовсе выходит за пределы осуществляемого права, а потому не свидетельствует о правомерности.

2.4. Оценка отказа от права и делегирования права

Еще одним вариантом осуществления права признают отказ от осуществления права [Тер-Акопов А.А., 2003: 157], который является лишь пассивной формой поведения управомоченного субъекта (бездействием). Однако

²³ Пункты 77 и 82 Постановления ЕСПЧ от 27.06.2000 «Дело «Ча»аре Шалом Ве Цедек» (Cha»are Shalom Ve Tsedek) против Франции» (жалоба № 27417/95) // СПС КонсультантПлюс.

²⁴ Избранные решения Федерального Конституционного Суда Германии. М., 2018. С. 261–264.

бездействие понимается в уголовном праве как неисполнение юридической обязанности, что чаще всего исключает постановку вопроса об осуществлении права.

Тем самым отказ от использования права обычно предполагает ответственность, когда он в той или иной степени совпадает с обязанностью, невыполнение которой уголовный закон определяет как преступление. Например, родительские права предполагают одновременно определенный объем долженствования. Однако в этом случае уголовное право оценивает не столько осуществление права, сколько соотношение поведения с объемом обязанности. В большей степени интерес вызывают последствия использования отказа от права третьими лицами.

Способы отказа от субъективного права, проанализированные в общем виде А.С. Гамбаряном, сводятся к отказу от реализации права, отказу от права дачей согласия на вмешательство и отказу от права путем совершения неправомерного (противоправного) деяния [Гамбарян А.С., 2018: 65–101]. Но применение такой классификации требует либо разделения общего объема права на отдельные правомочия, либо учета и иных вариантов отказа от права.

Например, нельзя отказаться от права на личное достоинство, но само лицо может не использовать право на уголовно-правовую охрану достоинства, поскольку дела о клевете отнесены к категории частного обвинения (ст. 20 Уголовно-процессуального кодекса РФ). С другой стороны, положения п. 1 ст. 152² ГК РФ позволяют утверждать, что обстоятельства частной жизни перестают охраняться в качестве тайны после их публичного раскрытия самим гражданином или по его воле.

В целом развернутой уголовно-правовой оценки требует любой отказ (например, от медицинской помощи или от дачи показаний не против, а в пользу супруга, т.е. носящих оправдывающий его характер), если в результате причинен вред объектам уголовно-правовой охраны. При этом общие положения об оценке последствий использования субъективного права в основном применимы и в этом случае, а оценке подлежат как сам отказ, так и использование его последствий другими лицами.

Специфическим способом использования права может быть его делегирование иному субъекту. При этом такое делегирование, сопровождающееся отказом от права, можно оценивать как отчуждение. В ином случае у первоначального правообладателя сохраняется право.

Например, лицо может добровольно раскрыть сведения из своей частной жизни другому, что не означает отказа от своего права на неприкосновенность этой сферы. Соответственно, получивший эти сведения субъект наделяется лишь правомочиями знать их (или владеть материальными

носителями такой информации), но не вправе распространять их. Также Конституционный Суд Российской Федерации считает адвокатскую тайну не привилегией адвоката, а гарантией законных интересов его доверителя²⁵, что должно учитываться при применении ст. 137 УК РФ.

Как отмечает А.Х. Ульбашев, возможность осуществления права через представителя должна быть предусмотрена законом или не противоречить ему. Такие возможности не могут выходить за пределы осуществления личных прав [Ульбашев А.Х., 2018: 100–104]. Конечно, отдельные права могут и исключать саму возможность такого делегирования (и тем более — отчуждения). Обычно неотчуждаемыми считаются естественные права [Пресняков М.В., 2014: 22]. Но вытекающее из естественного права на жизнь (или по крайней мере максимально необходимое для его обеспечения) право на традиционную охоту может быть отчуждено, но в интересах первоначального субъекта права.

Так, анализируя правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации, сформулированные применительно к традиционному образу жизни членов общин коренных малочисленных народов Севера, Сибири и Дальнего Востока,²⁶ можно сделать выводы, что охота выступает основой существования и самобытности для лиц из числа этих народов, ее свободное (без каких-либо разрешений) осуществление ограничивается естественным пределом — объемом добычи охотничьих ресурсов, необходимым для удовлетворения личного потребления, а право на ее осуществление является жизнеобеспечивающим для каждого члена общины (независимо от возрастных и физических возможностей), которые могут поручить осуществление этого своего права другим лицам — охотникам.

Применительно к уголовно-правовой охране наградной сферы данный Суд разделил правовой статус награжденного (который, по общему правилу, носит постоянный — непередаваемый и неотчуждаемый — характер) и материальные знаки государственных наград, в отношении которых допускается передача иным лицам в надлежащем порядке²⁷.

Тем самым, если существо того или иного права допускает возможность его делегирования иному лицу, а в законе не установлены специальные запреты и ограничения этого, правомочие может делегироваться другому субъекту, действия которого — в чужом интересе — являются правомерным осуществлением субъективного права, хотя и не своего, а принадлежащего другому лицу. Также переносятся на оценку такого поведения и пределы правомочий первоначального субъекта права. В случае введения законода-

²⁵ Постановление КС РФ от 17.12.2015 № 33-П // СЗ РФ. 2015. № 52 (часть I). Ст. 7682.

²⁶ Постановление КС РФ от 28.05.2019 № 21-П // СЗ РФ. 2019. № 22. Ст. 2902.

²⁷ Постановление КС РФ от 27.02.2020 № 10-П // СЗ РФ. 2020. № 10. Ст. 1415.

тельных пределов делегирования права основным нарушителем является не носитель права, а лицо, воспользовавшееся неправомерно полученным «чужим» правом.

Делегирование по закону или по соглашению приводит к проблеме оценки столкновения интересов (иногда — правомочий) двух и более субъектов. Так, в проанализированном случае традиционной охоты возможна ситуация, когда охотник, которому делегированы права на добычу, распоряжается добытыми ресурсами вопреки интересам отдельных членов общины.

2.5. Оценка целей действий управомоченного лица

Поскольку в основное содержание субъективного права не может входить правомочие на причинение вреда, то существенное значение для оценки правомерности вредоносного поведения может иметь определение его целей.

Разграничивая хищения и правомерное поведение, Конституционный Суд Российской Федерации сформулировал в 2009 году позицию, что мошенничество, совершенное под прикрытием гражданско-правовой сделки, предполагает наличие цели хищения имущества или приобретения права на чужое имущество у лица, заключающего такую сделку²⁸. Позднее эта позиция была подтверждена применительно и к случаям систематической маскировки преступных деяний предпринимательством²⁹.

Цель является и тем признаком, который Суд признал отграничивающим клевету от правомерного обращения в государственные органы, хотя и несущего потенциально возможный риск причинения вреда правам и свободам других лиц. Установление цели получения содействия по реализации прав и свобод обратившегося гражданина или прав и свобод других лиц свидетельствует о правомерности действия. Тогда как намерение причинить вред лицу, о противоправных действиях которого содержалась информация в систематических обращениях, может признаваться признаком клеветы³⁰.

В определенном смысле здесь на правоприменителей возлагается задача взвешивания, какая доля (правомерных или противоправных намерений) преобладает в поведении управомоченного лица.

Трудность появляется при смешении тех результатов, к которым стремится субъект. Так, в литературе выделяются «сумеречные» зоны, возникающие в связи с конкретными высказываниями, если основной их целью

²⁸ Определение КС РФ от 29.01.2009 № 61-О-О // СПС КонсультантПлюс.

²⁹ Постановление КС РФ от 11.12.2014 № 32-П // СЗ РФ. 2014. № 52 (часть I). Ст. 7784.

³⁰ Определение КС РФ от 05.12.2019 № 3272-О // Вестник Конституционного Суда РФ. 2020. № 1.

было привлечение внимания к общественно значимой дискуссии, а разжигание розни являлось «побочным» эффектом [Троицкая А., 2015: 49]. Это ситуация плохо поддается уголовно-правовой оценке, поскольку господствующая теория и практика исходят из невозможности конкуренции целей или мотивов, необходимости вменения только одного такого субъективного признака. Соответственно, оставаясь на позиции преобладающего в настоящее время учения о вине, необходимо признать, что правоприменители, исходя из установленных фактических обстоятельств, должны определить основную цель. Если она является правомерной, то наличие побочных негативных целей само по себе не является основанием для признания поведения злоупотреблением.

Однако помня, что не всегда цель оправдывает избираемые средства, необходимо признать возможность установления злоупотребления по другим признакам. В конечном счете только совокупность проанализированных признаков конкретного деяния может свидетельствовать об этом.

Заключение

Осуществление субъективного права уже признается в практике Конституционного Суда Российской Федерации самостоятельным обстоятельством, исключающим преступность деяния, даже причиняющего вред охраняемым уголовным законом интересам, что служит уголовно-правовой гарантией прав и свобод личности. Поскольку такие правомочия чаще всего закрепляются в конституционной, гражданской или иной правосубъектности, возникает взаимосвязь уголовного права с другими отраслями права. Это объясняет отсутствие такой специальной нормы в уголовном законе, а также необходимость выхода на межотраслевой или конституционный уровень.

В условиях усложнения системы субъективных прав, а также известной неопределенности порядка их использования чаще всего невозможно определить все правомерные формы их осуществления. Именно вследствие свободной реализации субъективного права допустима ответственность (в том числе уголовная) за злоупотребление им. При этом необходимо различать правомерное причинение вреда правоохраняемым объектам вследствие осуществления своего субъективного права и запрещенное нормами уголовного закона деяние, хотя и осуществляемое управомоченным субъектом. Законодательно невозможно определить все варианты злоупотребления субъективными правами, чаще возникает необходимость уголовно-правовой оценки в конкретном случае.

Анализ правоприменителями вредоносного поведения управомоченного лица должен начинаться с установления наличия субъективного права и его пределов, а также исключать признаки злоупотребления, о чем могут свидетельствовать как объективные признаки (выбранный способ действий и их последствия), так и субъективные (цели и мотивы), либо их сочетание. Выход за законодательно определенные пределы чаще является невыполнением закона или обязанности.

Осуществление права более перспективно оценивать с учетом принципа пропорциональности, а также сочетания методов балансирования и категоризации. Это позволяет учесть приоритет объектов уголовно-правовой охраны, а также сопоставить их с используемыми лицом правами, оценить степень (незначительная–умеренная–серьезная) отклонения и вредоносности. Для способов осуществления права (включая отказ от права и делегирование) ключевыми являются два фактора — типичность или нетипичность выбранного варианта поведения для конкретного правомочия в конкретно-историческом периоде, а также его связь с содержанием права. При оценке субъективных признаков необходимо также определять преобладание правомерных или противоправных намерений в поведении лица.



Библиография

- Алекси Р. Сбалансированность, конституционный контроль и представительство // Сравнительное конституционное обозрение. 2006. N 2. С. 113–118.
- Бергер А.Ю. Сравнительно-правовой анализ действия конституционных прав и свобод человека и гражданина в частном праве Германии и России // Сравнительное конституционное обозрение. 2014. N 1. С. 100–119.
- Вайпан Г. Принцип пропорциональности и аргументация в сфере ограничений прав человека: от Р. Алекси к Р. Дворкину и обратно // Сравнительное конституционное обозрение. 2015. N 3. С. 37–54.
- Гамбарян А.С. Отказ от права и вопросы уголовно-процессуального вмешательства. М.: Юрлитинформ, 2018. 352 с.
- Денисова А.В. Системность российского уголовного права. М.: Юрлитинформ, 2018. 512 с.
- Егорова Н.А. Уголовно-правовые гарантии в механизме уголовно-правового воздействия // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2016. N 3. С. 172–195.
- Жалинский А.Э. Современное немецкое уголовное право. М.: Проспект, 2004. 560 с.
- Кожевников В.В. и др. О понятии злоупотребления правом в сфере публично-правовых отношений // Современное право. 2018. N 12. С. 5–9.
- Кропачев Н.М. Уголовно-правовое регулирование. Механизм и система. СПб.: Санкт-Петербургский государственный университет, 1999. 260 с.
- Крусс В.И. Конституционализация актуальной коммунальной обязанности и угрозы злоупотребления правом // Конституционное и муниципальное право. 2017. N 1. С. 14–19.

- Курченко О.С. Злоупотребление социально-обеспечительными правами: постановка проблемы // Российский юридический журнал. 2016. N 6. С. 155–166.
- Малиновский А.А. Злоупотребление субъективным правом (теоретико-правовое исследование). М.: Юрлитинформ, 2010. 320 с.
- Малиновский А.А. Способы осуществления права // Журнал российского права. 2007. N 3. С. 48–55.
- Мамедова А.Т. Злоупотребление трудовыми правами: проблемы теории и практики // Российский юридический журнал. 2014. N 1. С. 140–146.
- Нуссбергер А. Европейский Суд по правам человека и Федеральный Конституционный Суд Германии // Права человека. 2014. N 12. С. 4–12.
- Пресняков М.В. Конституционно-правовая сущность естественных прав: проблемы позитивного закрепления // Современное право. 2014. N 10. С. 21–25.
- Пресняков М.В. Проблемы правовой определенности конституции // Гражданин и право. 2016. N 9. С. 9–23.
- Романовская О.В., Рыжова А.А. Конституционная правосубъектность граждан в условиях развития биомедицинских технологий. М.: Проспект, 2019. 144 с.
- Сумачев А.В. Уголовно-правовое регулирование национальных традиций // Российский юридический журнал. 2016. N 5. С. 9–12.
- Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Т. 1. Тула: Автограф, 2001. 800 с.
- Тер-Акопов А.А. Преступление и проблемы нефизической причинности в уголовном праве. М.: Юридическая книга, 2003. 480 с.
- Троицкая А. Пределы прав и абсолютные права: за рамками принципа пропорциональности? // Сравнительное конституционное обозрение. 2015. N 2. С. 45–69.
- Ульбашев А.Х. К вопросу о неотчуждаемости и непередаваемости личных прав // Российский юридический журнал. 2018. N 2. С. 100–104.
- Хельге З. Субъективное публичное право: принципиальные вопросы // Журнал конституционного правосудия. 2019. N 3. С. 33–38.
- Шайо А. Злоупотребление основными правами, или парадоксы преднамеренности // Сравнительное конституционное обозрение. 2008. N 2. С. 162–182.
- Шкабин Г.С. Вред в уголовном праве: виды и правовое регулирование // Lex Russica. 2016. N 8. С. 62–80.
- Persak N. EU Criminal law and its legitimation. Search for a substantive principle of criminalization. European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 2018, no 26, pp. 20–39.

Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2021. No 2

Criminal Evaluation of the Exercise and Abuse of Right



Maksim Arzamastsev

Associate Professor, Criminal Law Department, Saint Petersburg University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 7–9 Universitetskaya Embankment, Saint Petersburg 199034, Russia. E-mail: m.arzamastsev@spbu.ru



Abstract

The article examines the issues of harm caused by a person who acts on the basis of his subjective right. This problem is one of the constitutional foundations of criminal law and has of a cross-sectoral nature. The article analyzes both theoretical provisions and legal positions of the Constitutional Court of the Russian Federation, the practice of the European Court of Human Rights and the Supreme Court of the Russian Federation. The constitutional principle of proportionality was used to develop a methodology for criminal law assessment of the abuse of human right, and its applicability was checked with specific examples. The analysis shows the importance of the use of the right as a circumstance precluding wrongfulness of the action. Due to the free use of natural rights, it cannot be identified with the execution of the law or duty. The need for differentiation of the primary and derivative rights, determination of the real right holder is shown. Situations of refusal of subjective right and its delegation were analyzed. Criteria have also been proposed for distinguishing between the lawful use of a right and its abuse, which serves as a legal guarantee of individual rights. Signs of abuse that may be taken into account by the legislator are the caused harm, the way in which the right is used, and the purposes and motives for its realization. The assessment of public danger depends on comparing these signs and determining the degree of their manifestation in a particular action. The author concludes that criminal liability for abuse of a person's constitutional right is inadmissible if the abuse itself is minor or has minor consequences. Abuse of the right must be distinguished from an independent act — arbitrariness. Two factors are recognized as key to assessing the methods of exercising a right — the typical or atypical nature of the chosen behavior for a particular competence in a specific historical period, as well as its relationship to the content of the right. Cases of cover by the subjective right to commit a crime were analyzed. When assessing subjective signs, it is also necessary to determine the predominance of lawful or unlawful intentions in a person's behavior.



Keywords

constitution; criminal law; human rights; subjective rights; abuse of rights; guarantees of human rights; criminalization.

Acknowledgments: The paper is published within the project of supporting the publications of the authors of Russian educational and research organizations in the NRU HSE academic publications.

For citation: Arzamastsev M.B. (2021) Criminal Evaluation of the Exercise and Abuse of Right. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 177–203 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.2.177.203



References

- Alexi R. (2006) Balance, constitutional control and representation. *Sravnitel'noe konstitucionnoe obozrenie*, no 2, pp. 113–118 (in Russian)
- Berger A.Yu. (2014) Comparative legal analysis of the effect of constitutional rights and freedoms of man and citizen in private law of Germany and Russia. *Sravnitel'noe konstitucionnoe obozrenie*, no 1, pp. 100–119 (in Russian)
- Denisova A.V. (2018) *System of Russian criminal law*. Moscow: Yurlitinform, 512 p. (in Russian)

- Egorova N.A. (2016) Criminal legal guarantees in the mechanism of criminal legal impact. *Izvestiya vysshih uchebnyh zavedeniy. Pravovedenie*, no 3, pp. 172–195 (in Russian)
- Gambaryan A.S. (2018) *Renunciation of law and criminal procedure intervention*. Moscow: Yurlitinform, 352 p. (in Russian)
- Helge Z. (2019) Subjective public right. *Zhurnal konstitucionnogo pravosudiya*, no 3, pp. 33–38 (in Russian)
- Kozhevnikov V.V. et al. (2018) Concept of abuse of law in public legal relations. *Sovremennoe pravo*, no 12, pp. 5–9 (in Russian)
- Kropachev N.M. (1999) *Criminal law regulation. Mechanism and system*. Saint Petersburg: State University, 260 p. (in Russian)
- Kruss V.I. (2017) Constitutionalization of the communal duty and the threat of abuse of right. *Konstitucionnoe i municipalnoe pravo*, no 1, pp. 14–19 (in Russian)
- Kurchenko O.S. (2016) Abuse of social rights. *Rossiyski yuridicheski zhurnal*, no 6, pp. 155–166 (in Russian)
- Malinovsky A.A. (2010) *Abuse of subjective right*. Moscow: Yurlitinform, 320 p. (in Russian)
- Malinovsky A.A. (2007) Ways of implementing right. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 3, pp. 48–55 (in Russian)
- Mamedova A.T. (2014) Abuse of labor rights. *Rossiyski yuridicheski zhurnal*, no 1, pp. 140–146 (in Russian)
- Nussberger A. (2014) European Court of Human Rights and Federal Constitutional Court of Germany. *Prava cheloveka*, no 12, pp. 4–12 (in Russian)
- Presnyakov M.V. (2014) Constitutional and legal essence of natural rights: issues of positive consolidation. *Sovremennoe pravo*, no 10, pp. 21–25 (in Russian)
- Presnyakov M.V. (2016) Legal certainty of constitution. *Grazhdanin i pravo*, no 9, pp. 9–23 (in Russian)
- Romanovskaya O.V., Ryzhova A.A. (2019) *Constitutional personality of citizens and progress of biomedical technologies*. Moscow: Prospekt, 144 p. (in Russian)
- Shaio A. (2008) Abuse of fundamental rights, or paradoxes of intentionality. *Sravnitelnoe konstitucionnoe obozrenie*, no 2, pp. 162–182 (in Russian)
- Shkabin G.S. (2016) Harm in criminal law: types and legal regulation. *Lex Russica*, no 8, pp. 62–80 (in Russian)
- Sumachev A.V. (2016) Criminal law regulation of national traditions. *Rossiyski yuridicheski zhurnal*, no 5, pp. 9–12 (in Russian)
- Tagantsev N.S. (2001) *The Russian criminal law*. Vol. 1. Tula: Avtograf, 800 p. (in Russian)
- Ter-Akopov A.A. (2003) *Crime and non-physical causality in criminal law*. Moscow: Yurkniga, 480 p. (in Russian)
- Troitskaya A. (2015) Limits of rights and absolute rights: beyond the principle of proportionality? *Sravnitelnoe konstitucionnoe obozrenie*, no 2, pp. 45–69 (in Russian)
- Ulbashev A. H. (2018) The inalienability and non-transferability of personal rights. *Rossiyski yuridicheski zhurnal*, no 2, pp. 100–104 (in Russian)
- Vaipan G. (2015) Principle of proportionality and reasoning in the field of human rights restrictions: from R. Alexi to R. Dvorkin and vice versa. *Sravnitelnoe konstitucionnoe obozrenie*, no 3, pp. 37–54 (in Russian)
- Zhalinsky A.E. (2004) *Modern German criminal law*. Moscow: Prospekt, 560 p. (in Russian)