

Statut Publishers
ИЗДАТЕЛЬСТВО СТАТУТ

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА И ПРОБЛЕМЫ ЕГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ В ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНОЙ ПРАКТИКЕ

2-е издание, переработанное



Rule of Law in Russia - Issues of Implementation, Enforcement and Practice
2-nd edition, revised

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА И ПРОБЛЕМЫ ЕГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ В ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНОЙ ПРАКТИКЕ

Международная коллективная монография

2-е издание, переработанное



УДК 34
ББК 67
В 36

РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ ИЗДАНИЯ:
В.М. ЖУЙКОВ, А.Г. ФЕДОТОВ, Е.В. НОВИКОВА,
М.А. СУББОТИН, П.Дж. САЛАС

РУКОВОДИТЕЛЬ ПРОЕКТА — Е.В. НОВИКОВА

АВТОРСКИЙ КОЛЛЕКТИВ:

предисловие к первому изданию — докт. юрид. наук, проф.
Е.В. НОВИКОВА; гл. 1 - докт. юрид. наук, проф. А.В. НАУМОВ, гл. 2 -
канд. юрид. наук А.Г. ФЕДОТОВ, А.В. РАХМИЛОВИЧ; гл. 3 - докт. юрид.
наук, проф. Т.Г. МОРЩАКОВА; гл. 4 — ч.-корр. РАН, докт. юрид. наук,
проф. В.Ф. ЯКОВЛЕВ; гл. 5 - докт. юрид. наук, проф. В.М. ЖУЙКОВ;
гл. 6 - канд. юрид. наук В.И. ЛАФИТСКИЙ.

Вступительное слово — ч.-корр. РАН, докт. юрид. наук, проф.
С.С.АЛЕКСЕЕВ

Вступительная статья — докт. юрид. наук, проф. В.Д. ЗОРЬКИН

В 36 Верховенство права и проблемы его обеспечения в правоприменительной практике: Международная коллективная монография. - 2-е изд., перераб. — М.: Статут, 2010. — 432 с.

ISBN 978-5-8354-0698-2 (в пер.)

Книга коллектива авторов — видных ученых и практиков в области права посвящена острым проблемам права и правоприменительной практики: барьеры в соблюдении принципов верховенства права, позитивная и негативная роль правоприменительной практики, необеспеченность независимости судей, искусственная криминализация отношений в сфере экономики, необоснованный отказ в преюдиции, неправомерное формулирование и толкование закона, формальный и недостаточно обеспеченный характер защиты прав собственности и др.

Для юристов-профессионалов в области законотворчества, государственного управления, правоприменения и теории права.

УДК 34
ББК 67

ISBN 978-5-8354-0698-2

© С.С. Алексеев, вступительное слово, 2010

© В.Д. Зорькин, вступительная статья, 2009

© Коллектив авторов, 2009

© Коллектив авторов, переработка, 2010

© Издательство «Статут», редподготовка, оформление, 2010

СОДЕРЖАНИЕ

О книге «Верховенство права и проблемы его обеспечения в правоприменительной практике» (С. С. Алексеев).....	7
Предисловие к первому изданию.....	9
Предисловие к изданию на английском языке.....	12
Предисловие ко второму изданию.....	23
Вступительная статья (В.Д. Зорькин).....	24
ПЕРВЫЙ КРУГЛЫЙ СТОЛ «ПРОБЛЕМЫ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ЕДИНСТВА СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ И СУДЕБНОЙ СИСТЕМЫ».....	31
• Федотов А. Г. О единстве системы права и судебной системы.....	37
• Субботин М.А. Место правовых проблем в оценке инвестиционного климата.....	49
• Морщакова Т.Г. Значение того, что мы называем единством практики.....	63
Глава 1. Проблемы искусственной криминализации экономической деятельности (А.В. Наумов).....	78
Глава 2. Применение институтов гражданского права в иных отраслях права (А.Г. Федотов, А.В. Рахмилович).....	96
ВТОРОЙ КРУГЛЫЙ СТОЛ «ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА КАК ОСНОВНОЙ ФАКТОР, ОБЕСПЕЧИВАЮЩИЙ ЕДИНСТВО ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ».....	150
• Яковлев В. Ф. Единство правоприменения и механизм его обеспечения судебной системой.....	154
• Реплика Т.Г. Морщаковой.....	172
• Реплика М. Норос.....	192
• Реплика Т.Г. Морщаковой.....	201
• Реплика В.М. Жуйкова.....	211
Глава 3. Верховенство права и конституционные основы единообразия судебного правоприменения (Т.Г. Морщакова).....	215
Глава 4. Единство правоприменения и механизм его обеспечения судебной системой (В.Ф. Яковлев).....	258
Глава 5. Современные проблемы единства судебной практики (В.М. Жуйков).....	273

Верховенство права

ТРЕТИЙ КРУГЛЫЙ стол «ОБЕСПЕЧЕНИЕ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ»	316
• <i>Лафитский В.И.</i> Суд в борьбе за собственность и власть	318
• Реплика <i>В.Ф. Яковлева</i>	320
• <i>Григорьев Л. М.</i> Российская приватизация и собственность: история, настоящее, перспективы	334
• <i>Федотов А. Г.</i> Право собственности и проблемы его правового регулирования	352
• <i>Клювгант В.В.</i> О правоприменительной практике	357
• Реплика <i>Т.Г. Морщаковой</i>	371
Глава 6. Суд в борьбе за собственность и власть. Очерк исторического и сравнительно-правового исследования (<i>В.И. Лафитский</i>)	374
Комментарии иностранных и российских экспертов	
• Комментарий <i>В.Г. Ярославцева</i>	398
• Комментарий <i>М. Караджовой</i>	404
• Комментарий <i>Дж. Кана</i>	410
Участие России в международных соглашениях (дискуссия после круглых столов)	
• Комментарий <i>М. Норрос</i> и <i>П.Дж. Саласа</i>	419
• Комментарий <i>В.В. Клювганта</i>	424
• Комментарий <i>Т.Г. Морщаковой</i>	426
Поименный указатель	431

С.С. АЛЕКСЕЕВ,
член-корреспондент РАН,
доктор юридических наук, профессор

ВСТУПИТЕЛЬНОЕ СЛОВО

О КНИГЕ «ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА И ПРОБЛЕМЫ ЕГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ В ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНОЙ ПРАКТИКЕ»

Издание книги о верховенстве права — крупное событие в отечественном правоведении. И не только потому, что сама проблематика верховенства права — одна из центральных в общественной науке и практике демократического развития, но во многом также и потому, что книга, первая в России по данной проблематике, отличается рядом существенных достоинств.

Прежде всего книга подготовлена в жанре международной коллективной монографии. В ее разработке приняли участие видные российские ученые (В.Ф. Яковлев, В.Д. Зорькин, Т.Г. Морщакова, Е.В. Новикова и др.) и вместе с ними авторитетные зарубежные правоведы (такие, как В. Саймоне), что придало книге высокий науковедческий статус.

Весьма привлекательным оказалось само направление исследования. Содержание книги сконцентрировано на проблемах обеспечения верховенства права в правоприменительной практике. А это позволило не только придать научным разработкам идеи верховенства права практически значимую весомость, но и подойти к осмыслению коренных проблем темы на основе практических данных и в этой связи обосновать такие, например, выводы, как характеристика верховенства права в качестве основного фактора, обеспечивающего единство правоприменения, в том числе при помощи механизмов судебной системы.

Своего рода «изюминка» подхода авторского коллектива к теме, прием, впервые, судя по всему, использованный в нашей юридической литературе, — это, скажем так, *живой текст* — соединение строго сформулированных в основных главах книги научных положений с их стенографически фиксируемым открытым обсуждением на круглых столах и комментариями российских и иностранных участников

Верховенство права

(экспертов) по поводу обсуждаемых проблем. Все это придало научным положениям, содержащимся в книге, высоко профессиональное, открыто-полемическое звучание, с фиксацией и оценками дискуссионных и перспективных характеристик.

Конечно, научные разработки, отраженные в книге, — это только первый шаг в основательном научном и практически значимом овладении многогранной темой верховенства права, тем более применительно к России — стране с существующими политическими и правовыми реалиями во многом еще переходного порядка. Главное в отношении коренных потребностей развитого гражданского общества, в том числе и на перспективу, заключается в понимании и определении оптимальных параметров соотношения власти и права, когда главенствующим государственным приоритетом является безусловный приоритет права, основанный на высоких гуманитарных общечивилизационных принципах и не сводимый к одному лишь верховенству закона. В достижении таких высоких идеалов и состоит глубинный смысл научных разработок в настоящей книге о верховенстве права.

ПРЕДИСЛОВИЕ К ПЕРВОМУ ИЗДАНИЮ

Сказать, что выбранная для монографии тема актуальна, — значит не сказать ничего. В той исторической ситуации, которую мы сейчас переживаем, реальное верховенство права и действительная независимость суда оказались теми краеугольными проблемами, от решения которых, без всякого преувеличения, зависит будущее страны. Это все острее осознают не только юристы и экономисты, но и специалисты других областей, представители бизнеса и некоторые политики.

Принцип верховенства права, вынесенный в заглавие книги, лежит в основе конституционного строя любого цивилизованного государства. Отказ от этого принципа, пусть и сулящий подчас реальные, но сиюминутные выгоды, очень скоро приводит, как правило, к катастрофическим последствиям.

Авторов этой книги объединила назревшая необходимость профессиональной оценки проблем, существующих прежде всего в судебной и правоприменительной практике. Основная и наиболее опасная из них — системные искажения законодательства как постоянно действующий фактор, разрушающий принцип верховенства права и единства судебной системы.

Профессиональная и гражданская позиция авторов определяется их убежденностью в том, что при применении права следует всегда исходить из общих принципов права и руководствоваться ими. Общие принципы — это те ориентиры, которые необходимы правоприменителю для правильного применения конкретной нормы. Норма вне принципа может превратиться в свою противоположность. Недаром римляне говорили: *summum jus summa injuria* (высшее право — высшая несправедливость).

Проблемы толкования, искажающего смысл законов, связаны с непониманием цели закона, того, что именно применение данного закона должно дать обществу. Всякое законодательное решение какой-либо проблемы имеет свои плюсы и минусы. Поэтому правоприменитель должен понимать, что для законодателя является основным и важным и чем он ради этого жертвует.

Коммунистическая идеология обесценила правовые принципы в сознании тех, кто от имени государства призван применять право. И это печальное наследие, которое приходится постоянно преодолевать.

Верховенство права

Между тем нет ничего более реального и конкретного, чем общие принципы, которыми следует руководствоваться законодателю и правоприменителю. Поскольку судебная власть является самостоятельной властью, в самой идее ее автономности изначально заложен принцип саморегулирования. При этом представляется совершенно недопустимым, чтобы судебная система воспроизводила собственные ошибки путем такого официального толкования, которое не только не соответствует тексту закона, но и по существу является неправовым, нарушающим принципы права.

Глубокий анализ проблем, содержащийся в книге, связан с деятельностью судебной системы. Это позитивные и негативные аспекты официального толкования закона; ситуации, когда судебная практика складывается в нарушение права; отсутствие единства преюдиции в судебной системе; случаи использования судов и судебных постановлений для достижения неправовых целей; негативные тенденции в области законодательного регулирования и соблюдения статуса судей и многое другое. В ходе подготовки книги получили оценку проблемы, связанные с соотношением публичного и частного права, с отсутствием современной концепции публичного права, с отставанием теории и практики от современного состояния отношений собственности, вопросы несовершенства уголовного закона и практики его применения.

Особое внимание уделено выявленной тенденции необоснованной криминализации предпринимательской деятельности, расширительного, в дополнение к уголовной ответственности, применения ответственности административной и налоговой, практике предвзятого использования и толкования норм не только гражданского, но и других регулятивных отраслей права. Сведение воедино мнений ведущих российских юристов и аналитиков-экономистов в форме диалогов позволило проанализировать такое новое и чрезвычайно опасное явление, которое можно определить как «уголовно-правовые способы управления экономикой».

Авторы книги избрали метод «опережающей концепции», когда, не останавливаясь на констатации существующих недостатков, идет поиск решений, которые, будем надеяться, сыграют позитивную роль в развитии права и регулируемых им отношений.

Предлагаемая вниманию читателя книга является в некотором роде уникальной. Инициаторы ее создания стремились собрать авторский коллектив, состоящий из незаурядных личностей и высоких профессионалов, способных к диалогу. Их огромная заинтересованность в открытом и честном обсуждении принципиальных вопросов в сочетании

Предисловие

с многолетним успешным опытом научной и практической деятельности в различных областях права позволила создать интересную, нестандартную работу, которая не стала неким очередным дежурным изложением избитых тем.

Умение и способность договариваться по принципиальным вопросам — качество столь же совершенно необходимое, сколь и довольно редкое. В процессе подготовки монографии сложилась такая обстановка взаимного уважения и толерантности, как профессиональной, так и человеческой, работать в которой было чрезвычайно комфортно. Различия в жизненном и профессиональном опыте не загнали обсуждение в тупик, а позволяли сделать его более глубоким и разно-сторонним.

Несмотря на остроту и полемичность обсуждавшихся проблем, авторы тем не менее смогли выступить как единый коллектив, нацеленный на совместное решение задач, рождаемых сегодняшним состоянием российского права и правоприменительной практики. Такая синергия возникла в ходе проведения рабочих заседаний трех круглых столов, где главы книги обсуждались авторами и учеными — участниками круглых столов из России, Канады, Казахстана, Финляндии, США, Норвегии, Болгарии и Голландии.

Как видно из самого содержания глав и особенно дискуссий, авторы не замыкаются в своем узкопрофессиональном, или, как это порой бывает, формально-догматическом, понимании предмета. Они стремятся найти решение общеправовых, межотраслевых и даже междисциплинарных проблем, ставя во главу угла идею, без которой нет и не может быть настоящего юриста, - идею служения праву.

Как результат коллективной работы возник необычный формат книги: материал изложен хронологически, в той последовательности, в которой он и создавался в результате совместной работы авторов глав книги и участников диалогов, поэтому стенограммы круглых столов и главы книги перемежаются, показывая, почему и как та или иная тема ставилась и анализировалась. Надеюсь, что такая форма изложения сделает книгу не просто удобной для ее восприятия читателем, но и позволит ему почувствовать атмосферу обсуждений и стать их пусть и заочным, но заинтересованным участником.

*Е.А. Новикова,
доктор юридических наук,
руководитель проекта по подготовке и изданию монографии*

ПРЕДИСЛОВИЕ К ИЗДАНИЮ НА АНГЛИЙСКОМ ЯЗЫКЕ

*(из выступлений на презентации книги 16 ноября 2009 г.,
в Торгово-промышленной палате РФ)*

**Е.М. ПРИМАКОВ (президент Торгово-промышленной палаты РФ,
ранее (в 1998—1999 гг.) премьер-министр Российской Федерации):**

Верховенство права и независимое правосудие... От претворения в жизнь этих краеугольных принципов зависит будущее России. В этой очень интересной книге и показана опасность сохранения нынешнего положения, и обозначены некоторые меры по исправлению ситуации.

Будучи экономистом, я хотел бы остановиться на некоторых общих проблемах, которые имеют немалое значение с точки зрения имплементации верховенства права в экономику. В книге справедливо уделяется большое внимание проблеме государственного участия в экономической жизни России. И как собственника, и как участника процесса регулирования экономики.

В принципе соглашусь с обозначенными в книге критическими подходами, отвергающими противозаконные проявления государственного вмешательства. Вместе с тем хотел бы подчеркнуть: нельзя исключать государство из системы регулирования — рынок решает далеко не все. Особенно в кризисные периоды, но и не только в кризисных обстоятельствах.

На нынешнем этапе особенное значение приобретает в России противодействие сращиванию чиновничества всех мастей с бизнесом. На это явление следует обратить особое внимание.

В книге, и это одно из ее несомненных достоинств, справедливо подвергается острой критике искусственная криминализация экономической деятельности в России. Это наносит огромный ущерб не только интересам потерпевшего, но и обществу в целом.

Полностью согласен с предложенными в книге двумя критериями перерастания частноправовой ответственности в преступление: это выход за пределы закона, определяющего уголовно наказуемые деяния, и степень общественной опасности. Было бы, очевидно, правильным применить эти два критерия и ретроспективно — к ряду уголовных дел,

Предисловие

возбужденных в отношении предпринимателей, приговоры по которым уже вступили в силу.

Вместе с тем нельзя допускать не только искусственную криминализацию, но и искусственную декриминализацию экономики. Ее наиболее опасными проявлениями являются коррупционное обслуживание экономики чиновничеством, а также преступные действия самих предпринимателей в форме рейдерства, производства контрафактной продукции, ухода от уплаты налогов, монополизации рынков и т.д. На нынешнем этапе особенное значение приобретает в России противодействие сращиванию чиновничества всех мастей с бизнесом. На это явление следует обратить особое внимание.

Достоинством монографии являются широкое использование ее авторами международного опыта, участие в создании книги иностранных ученых.

Книга очень полезная. Сегодня мы стоим перед необходимостью не просто преодолеть экономический кризис, но и создать новую модель экономики. Возвращения к старой модели экономики быть не может. Иначе мы будем плестись в хвосте развитых стран. Одним из важнейших элементов этой новой экономической модели, построенной на инновационной основе, является бесспорное верховенство права. Надеюсь, что книга послужит достижению этой цели.

В.Ф. ЯКОВЛЕВ (советник Президента Российской Федерации, ранее (в 1992—2005 гг.) Председатель Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации):

В связи с этой книгой вспоминается русская пословица «дорого яичко ко Христовудню». Среди определенных Президентом современных задач развития страны ключевая роль отводится формированию правового государства, верховенству права, его реализации в жизнь. Судьба нашей страны и общества будет определяться в зависимости от того, как мы решим проблему обеспечения верховенства права, проблему осуществления реального независимого правосудия. Именно этому и посвящена книга.

Эта книга — не просто написанный текст, она является результатом проведенных дискуссий. Важно, чтобы таких дискуссионных площадок было как можно больше, чтобы гражданское общество влияло на политику государства. В конечном счете все зависит от нас — даже при очень хорошей власти судьбу России определяют ее граждане, то, как они воспримут стратегические послы, исходящие от власти, как

Верховенство права

это будет реализовано в повседневной жизни. Мы, юристы, в нашей профессиональной деятельности должны способствовать реализации этих целей.

Соотношение собственности, власти и правосудия определяет облик общества. Правосудие призвано осуществлять принцип справедливости в этой триаде, в распределении собственности и власти, и должно быть гарантом того, чтобы общество было действительно гражданским обществом, чтобы обеспечивались права граждан. Разделение собственности и власти, разделение функций власти — задачи, без решения которых невозможно современное гражданское общество, свободное от чрезмерной концентрации власти и злоупотребления ею.

Решение этих задач недостижимо вне подлинного правосудия. Если подлинного правосудия не будет, то не будет и подлинной справедливости в распределении собственности и власти, в соблюдении права. Гарантацией того, что общество будет цивилизованным, процветающим, является соблюдение верховенства права, что обеспечивается только независимым судом.

Независимость судебной власти имеет два аспекта: внешний и внутренний. Судья должен быть независим как внешне (т.е. от других ветвей власти, от лиц, сконцентрировавших в своих руках большие материальные ресурсы), так и внутренне - в смысле независимости судьи внутри судебной системы, при принятии судебного решения. Судья должен быть защищен от влияний и извне, и изнутри самой судебной власти. Потому что построение судебной системы по иерархическому принципу, когда вышестоящие суды управляют нижестоящими, представляет опасность для независимости судьи, а следовательно, и для подлинного правосудия.

Всеми этими проблемами и посвящена книга. Я думаю, она заинтересует не только юристов, но и широкую общественность, и политическую элиту нашего общества.

Т.Г. МОРОЩАКОВА (советник Конституционного Суда РФ, ранее (в 1995—2002 гг.) заместитель Председателя Конституционного Суда РФ) :

Кому-то может показаться, что в книге излагается слишком высокая теория, что это не очень соответствует нашим практическим задачам, что авторы пребывают в некоем утопическом сознании, а не в реальном осознании нашей жизни. Хочу возразить: сам способ появления этой работы заключался именно в том, что, идя от совершенно практических проблем, авторы были вынуждены подняться до определенного

Предисловие

уровня теоретических обобщений. Потому что оказалось, хотя это уже давно известно, что иначе практические проблемы не решаются. Поэтому это труд, который очень связан с практикой и обращает теорию на службу практике.

Монография, как бы ни назывались отдельные ее главы и какие бы вопросы ни обсуждались в ходе дискуссий, пронизана одной очень важной для области права идеей — идеей системности права во всех его компонентах. Мы говорим о праве не только как о законе, не только как о совокупности норм. Идея системности права — это то, что до сих пор не вполне реализуется в наших законодательных программах. Эта идея очень важна для практики, потому что отсутствие системности права серьезно затрудняет практическую работу правоприменительных структур. Идея системности права должна двигать вперед научные разработки и законодательскую практику и правоприменение.

Разноотраслевое правовое регулирование пересекается во многих моментах, часто одни и те же термины и понятия используются в разном смысле. Это серьезно затрудняет налаживание правоприменения как деятельности, обеспечивающей верховенство права. Здесь есть поле для выработки позиций всех судебных юрисдикции. Именно судебные юрисдикции в лице своих высших судов, исходя из идей системности права, должны разрабатывать те положения, которые могут помочь практикам в их повседневной деятельности.

Книга свидетельствует о практическом значении идеи верховенства права и принципов права. Без этого компаса в море нормотворчества, море законодательного нормативного материала нельзя прийти ни к достижению таких высоких целей, как построение правового государства, ни к таким более практическим, но в действительности показывающим ценность высоких целей задачам, как задача обеспечения справедливого правосудия.

Безусловная, никем не отрицаемая задача всех высших судебных инстанций — обеспечивать единообразное правоприменение, обеспечивать единство практики. Может быть, самым ценным в этой книге в связи с рассмотрением вопросов единства правоприменительной практики, с моей точки зрения, является вопрос о том, каковы методы обеспечения этого единства. Административные методы обеспечения единства в судебной системе вряд ли можно признать пригодными, хотя бы исходя из высокой идеи независимого правосудия. Независимое правосудие не состоится, если в судебной системе будут использоваться такие методы, которые не соответствуют сути правосудия, в том числе и для обеспечения его единства.

Верховенство права

Достижения авторов этой работы, по сути, можно свести к трем основным компонентам, которые, как представляется, должны привлекать внимание юристов всегда. Без подчинения законотворческой и правоприменительной практики общим принципам права невозможно обеспечение верховенства права. Без того, чтобы суды использовали свои полномочия правоприменителей прежде всего как инстанции, толкующей право, нельзя обеспечить верховенство права, потому что ни один суд не может быть лишен его исключительной, даже монопольной функции определять содержание применимого права. И наконец, универсальная, на все века идея современного, цивилизованного, демократического правового государства — это идея, связанная с механизмом обеспечения верховенства права через независимое правосудие. Этим идеям и посвящена книга.

В.Г. ЯРОСЛАВЦЕВ (судья Конституционного Суда РФ):

У меня 30-летний опыт судьи — от судьи районного суда до судьи Конституционного Суда, которым я работаю уже 15 лет. Мне довелось рассматривать и гражданские, и уголовные дела. Поэтому у меня есть свой, в том числе ретроспективный, взгляд на ситуацию в судебной системе, с которой каждый из нас так или иначе сталкивается. Позиция авторов книги не сводится к отстраненным академическим построениям о судебной практике, в ней видна боль за наше правосудие, за ту опору, на которой стоит наше право. И это крайне важно, поскольку без дискуссий, без обсуждения различных взглядов невозможно никакое движение вперед ни на каком уровне судебной власти.

Центральное звено любой связанной с судами проблемы — это судья, человек в мантии, который разрешает судебные дела. Поверьте, для человека в мантии — мы говорим о нормальной ситуации, когда судья вершит именно правосудие, — эта книга, в которой освещается соотношение закона и права, не является сборником каких-то абстракций, судья постоянно с этим имеет дело. Он постоянно должен соотносить закон и принципы права, чтобы получилось справедливое судебное решение.

У нас в России, кажется, есть все — законы о статусе судей, о судебном сообществе, о том, как должен работать механизм судебной системы, чтобы суд был независимым. На законодательном уровне все это существует. Но есть понятие, которое закреплено и в международных принципах (например, принципы Сиракуз), субъективной независимости судей. Суть ее заключается в том, что судья, который

Предисловие

не чувствует себя независимым, никогда не будет независимым. Вроде бы банальная истина, но абсолютно правильная и очень актуальная для нашей страны.

Есть еще классическое понимание субъективной независимости судьи. Судья не подчиняется никому, кроме закона и своей совести. Это необходимое для судьи нравственное начало. Поэтому я хочу сказать: берегите нашего судью! Условия, в которые он поставлен сейчас, — это конвейер, когда судья выбегает из одного процесса и бежит в другой, ему очень тяжело работать. Это не технический вопрос, это едва ли не основное. Когда судья не может сосредоточиться на том, что должно составлять содержание, основу его решения. Берегите настоящего, вдумчивого судью, и тогда у нас будет и независимый, и справедливый, и беспристрастный суд.

В.М. ЖУЙКОВ (заместитель директора Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, ранее (в 1988—2007 гг.) заместитель Председателя Верховного Суда Российской Федерации):

Верховенство права создает платформу, основу для объединения всех отраслей права, особенно с учетом того, что различные отрасли нашего права складываются разобщенно, нет единой концепции, возникает много противоречий.

Конституционное закрепление нормы о правовом государстве, принцип верховенства права определяют поле деятельности всех ветвей государственной власти и методы их деятельности. Государство не должно выходить за границы правового поля, перейдя которые правовое государство превращается в свой антипод. Государство не может использовать в своей деятельности методы, которые противоречат принципам верховенства права и правового государства. Верховенство права создает критерий оценки деятельности государства, всех ветвей власти — и законодательной, и исполнительной, и судебной. На основании этого критерия граждане должны оценивать, соответствует ли деятельность государства требованиям, которым должно отвечать правовое государство.

Верховенство права предоставляет судам тот инструмент, который позволяет судебной власти защищать права и свободы как граждан, так и организаций, выполняя тем самым задачу судов, определяемую для них Конституцией. Чтобы выполнять эту задачу, наши суды юридически наделены большими полномочиями, но нужно понимать, что

Верховенство права

положение Конституции о том, что судьи независимы и подчиняются только закону, означает подчинение не любому закону, а тому, который не противоречит Конституции и общепринятым принципам и нормам международного права, т.е. не противоречит принципу верховенства права.

И в сегодняшних условиях суд, основываясь на этих принципах, должен не просто разрешать споры, но и в том числе исправлять ошибки законодателя в случаях, когда законодатель по недосмотру или из-за неверно понимаемой иерархии ценностей, подлежащих правовой защите, принимает законы, противоречащие принципу верховенства права. Суд должен в этом случае исходить из того, что предписывает право, а не формальный закон. Закон и право не всегда совпадают. И суд должен оценивать закон на соответствие Конституции и общепризнанным принципам права.

Г.М РЕЗНИК (президент Адвокатской палаты Москвы, член Общественной Палаты Российской Федерации):

Книга собрала крайне редкий набор авторов — цивилистов и криминалистов, судей и адвокатов, юристов и экономистов, видных ученых и практиков в области права. Она посвящена современным, острым проблемам российского права. Я высоко оцениваю работу авторов книги, как, впрочем, и многие другие специалисты. Это не просто очередная юридическая монография, пусть и подготовленная звездным составом авторов. Это очень острая и одновременно высокопрофессиональная теоретико-прикладная работа по самым больным, кричащим проблемам нашего права и нашей судебной системы в их сегодняшнем состоянии.

Если говорить коротко о содержании этой книги, то одной из центральных ее тем являются проблемы, существующие на стыке права и экономики. И вызваны они тем, что возрождающиеся в нашей стране отношения в сфере предпринимательской деятельности, частной собственности, сталкиваясь с нашей системой права и правоприменения, порой далеко не адекватной новым реалиям, не только оказываются не защищены, но еще и без должных правовых оснований квалифицируются как преступления. Иными словами, действия не только правомерные, но и поощряемые на конституционном уровне искусственно превращаются в преступные. При этом искусственная криминализация, зачастую основанная даже не на норме права, а на неправовом ее толковании правоприменителями, постоянно повторяясь, *de facto* уже превратилась в стандарт деятельности нашей уголовной юстиции.

Предисловие

Очень интересно, в том числе благодаря участию в книге экономистов, в монографии освещаются проблемы права и судебной системы, порождаемые тем или иным реальным соотношением власти, собственности и суда. В результате совместного экономического и юридического анализа этой «триады» авторы приходят к выводу о ее определяющей для всего права роли, показывают, что отсутствие в этой конструкции независимого суда как механизма, обеспечивающего баланс всей конструкции, неизбежно раз за разом ведет к перераспределению собственности, в котором суд используется только как инструмент такого перераспределения, утрачивая свой характер органа правосудия.

Авторы книги очень точно уловили, как принято сегодня выражаться, тренды развития нашей правовой реальности, иногда далеко не очевидные непрофессиональному глазу.

Л.М. ГРИГОРЬЕВ (президент Института энергетики и финансов, председатель правления Всемирного фонда дикой природы (VWF-Russia), ранее (в 1991—1992 гг.) заместитель министра финансов Российской Федерации):

Книга отражает эпоху — она точно указывает место, где сегодня находится наша страна. Она созвучна Посланию Президента, но значительно откровеннее. Она отражает реальные проблемы так и не сформированной за 20 лет реформ институциональной системы, в частности судебно-правовой системы. Так, судебная система имеет дело с формальными законами, формальными институтами, а экономическая жизнь регулируется не только формальными законами, но еще и обычаями, и неформальной практикой.

Когда формальные правила и неформальные совпадают и выполняются, то это счастье! И в разных странах периоды внезапного процветания, прорывы в экономическом развитии всегда происходили тогда, когда возникала гармония юридических институтов, права и неформальных институтов. В России до сих пор не удается изжить якобы рейдерские, а на самом деле бандитские захваты собственности, подвести черту под итогами приватизации 90-х.

В нашей экономической жизни есть три ключевые проблемы, осознание которых является принципиальным для налаживания взаимопонимания между экономистами и юристами. Первое: хотя приватизация была сделана неудачно, но ее надо суметь закончить, прекратить бесконечный процесс переприватизации. Второе: это разнообразие страны от Тывы до Москвы. Оно почти равно разнообразию стран ООН

Верховенство права

как по уровню развития, так и по формам делового и общественного поведения. Даже ЕС пока не решил проблему единства права, хотя в нем разнородность уровней развития намного меньше, чем в России.

И третье: при выходе из переходного периода совершенно не остается «белых овец» как в бизнесе, так и в жизни. Этим пользуются и не дают бизнесу выйти из неправовой практики — наступление *rent-seekers* продолжается. Сложилась абсурдная ситуация, когда бизнесмены всегда в чем-то виноваты, т.е. налицо попытка сформировать рыночную экономику с частной собственностью, но без уважения к частной собственности и со встроенным постоянным конфликтом с формальным законом.

Перед Россией стоит проблема постепенного приведения институтов в соответствие с реальной жизнью и ликвидации наиболее одиозных неформальных институтов. Потому что в жизни бывает захват бизнеса государством и захват бизнесом государства. Мы все еще не можем решить, куда и как мы хотим трансформироваться — как провести модернизацию страны в широком смысле слова (не технологическую) — общества, государства, экономики.

Проблема гармонизации формальных и неформальных институтов — это огромная проблема. Мы должны выйти, наконец, из эпохи доминирования неформальных институтов над формальными. Защита интересов предпринимателей — это защита не только действующего предпринимателя, но и нового, будущего предпринимателя — ученого с инновациями. Поэтому для экономистов чрезвычайно важно появление действенной судебной системы, надежного способа обеспечения прав собственности. Без этого модернизация не складывается даже на бумаге.

ДЭВИД ЛАМЕТТИ (заместитель декана по научной работе, доцент кафедры права Университета МакГилл (Канада), в 2002—2007 гг. директор проекта Университета МакГилл по реформе гражданского права в России):

Право часто сравнивают с зеркалом, поскольку формальные и неформальные нормы отражают ценности, историю, индивидуальность и чувство цели сообщества. Если это справедливо (а я думаю, что справедливо), то правовая реформа является ни чем иным, как постоянным процессом самопознания сообщества. И если это последнее утверждение также справедливо (а я опять же думаю, что оно справедливо), то любое живое и здоровое сообщество обязано проводить более или менее постоянный процесс правовой реформы.

Предисловие

Более того, эти постоянные обсуждения правовой реформы должны иметь место прежде всего в моральном контексте. Во всяком случае процесс правовой реформы в наиболее явной форме олицетворяет то, что великий американский ученый-юрист Лон Л. Фуллер назвал «моральным устремлением» права. Это правда, мы стремимся к наиболее действенным законам и законам, наиболее эффективным с прагматической точки зрения (как отмечают многие экономисты), но мы также стремимся к принятию максимально справедливых законов, максимально соответствующих правосудию законов, максимально моральных законов.

Суть правовой реформы в конечном счете состоит в том, чтобы общество стало лучше, возможно, даже в том, чтобы общество стало наилучшим из всех возможных. Соответственно любая конституция, любой гражданский или уголовный кодекс и т.д. имеют статус более значимый, чем просто соединение конкретных положений, содержащихся в каждом кодексе, и к их реформированию следует относиться как к более сложному процессу.

Это особенно справедливо для России. Глубокие изменения, которые были внесены (в некотором смысле, возвращены) в российскую правовую систему за последние 20 лет, отражают наиболее глубинные устремления России в постсоветский период. Гражданский кодекс Российской Федерации является только одним из примеров фундаментального документа, воплощающего в себе ценности — как явные, так и подразумеваемые — системы частного права. Здесь реформа закона, постоянный процесс оценки и переоценки его статей, представляет собой движение к моральному совершенству в ежедневных правовых актах, к ценностям, которые следует искать в соглашениях между личностями сообщества. То же самое можно сказать и о других основополагающих нормативных актах.

Это также справедливо и для верховенства права — фундаментальной концепции, сформулированной Россией в качестве цели, к которой должна стремиться правовая система, но которая, несмотря на все усилия, еще не полностью достигнута. Российский правопорядок продолжает испытывать проблемы с последовательным осуществлением верховенства права в качестве руководящего принципа юридической практики в таких областях, как судебная практика и толкование закона, поскольку они отягощены различной вспомогательной аргументацией и значительным неправовым влиянием.

Настоящая коллективная монография представляет собой попытку запустить процесс внутренних размышлений и самокритики, на кото-

Верховенство права

рых зиждутся моральные устремления. Поэтому сам факт публикации этой книги, вышедшей сначала на русском языке, а теперь публикуемой на английском, невозможно переоценить. Стиль изложения различается по прямоте и смелости, но послание ясно: система несовершенна, имеет пороки, определенные ошибки постоянно воспроизводятся и улучшения необходимы. Делаются серьезные предложения о реформе — от судебной техники до институциональной реформы. Книга представляет собой начало диалога по существу, который имеет значение для России, но с публикацией на английском языке становится открытым всему миру. И это дает основания смотреть в будущее с осторожным оптимизмом.

Само собой разумеется, что процесс реформ, как основанный на оценочных суждениях, должен направляться российскими мыслителями. Это во многом было так при подготовке основополагающих нормативных текстов (подготовка Гражданского кодекса Российской Федерации под руководством покойных профессоров Станислава Хохлова и Виктора Дозорцева и профессора Александра Маковского служит для меня основным примером) и привело к большей легитимности этих текстов. Это же справедливо и для процесса реформ: проблемы в своей основе должны определяться россиянами и предлагаемые решения должны быть также российскими.

Текст профессора Тамары Морщаковой в данной книге является маяком в этом отношении. В то же время приглашение нескольких нероссийских экспертов к участию в круглых столах, приведших к написанию этой книги, а также подготовка англоязычного издания представляют собой важные жесты, свидетельствующие об открытости и готовности к критике со стороны. Поэтому эта книга во многих отношениях является важным первым шагом и каждый из ее авторов и руководитель проекта Елена Новикова заслуживают высокой оценки.

ПРЕДИСЛОВИЕ КО ВТОРОМУ ИЗДАНИЮ

С даты выхода первого издания монографии прошло менее года, однако за это время книга вызвала серьезный интерес не только в России, но и за рубежом. В России монография была благожелательно встречена многими ведущими юристами и экономистами. Презентация российского и английского издания монографии в Лондонской школе экономики и политических наук вызвала не только заинтересованность профессионалов, изучающих российское право и состояние правопорядка в современной России, но и отклик в британских средствах массовой информации¹.

Некоторые прогнозы, изложенные в книге уже стали реальностью (несмотря на то что такие прогнозы на момент подготовки и издания монографии многими юристами оценивались как чересчур смелые или спорные), однако, судя по откликам профессионального сообщества, книга продолжает вызывать интерес. В связи с этим, поскольку тиражи монографии как на русском, так и на английском языке подошли к концу, а оставшуюся часть тиража на русском языке авторы книги решили передать в дар юридическому факультету МГУ им. М.В. Ломоносова, редакционная коллегия приняла решение выпустить второе издание международной коллективной монографии «Верховенство права и проблемы его обеспечения в правоприменительной практике». Читателю монография предлагается в переработанном виде.

Редакционная коллегия

¹ См., например: http://www.bbc.co.uk/russian/business/2010/03/100325_rule_of_law.

В. Д. ЗОРЬКИН,
Председатель Конституционного Суда РФ,
доктор юридических наук, профессор

ВСТУПИТЕЛЬНАЯ СТАТЬЯ

Краеугольные проблемы верховенства права и независимого правосудия являются актуальнейшим предметом многостороннего общественного дискурса: от их решения зависит и будущее страны, и ее роль в процессе современного развития многополярного мира в условиях его глобализации. К ним теперь приковано постоянное внимание уже не только представителей власти, профессиональных политологов и правоведов, но и общественных деятелей, представителей средств массовой информации, деятелей культуры, бизнес-сообщества, правозащитных и других институтов гражданского общества. Это дает основания, отталкиваясь от значимости методологических и собственно профессиональных вопросов верховенства права, для обсуждения практически наиболее значимых проблем его реализации в правовой системе современного государства.

Принцип верховенства права в демократическом обществе — аксиома современного конституционализма. Забвение этого принципа, пренебрежение им в любой сфере ведут к несправедливости и как следствие — к социальному хаосу. Диалектика объективной необходимости верховенства права в правовом государстве состоит как раз в том, что, отказываясь следовать своей обязанности по обеспечению верховенства права, государство не укрепляет свою власть, но движется в направлении распада. Конституция подчиняет государство господству права и выводит его на путь конституционной государственности, является залогом против волюнтаризма как государства, так и любых публичных или общественных институтов. Вместе с тем господство права призвано обеспечить стабильность и динамизм в условиях глобального мира перед новыми вызовами, с которыми сталкивается человечество.

Методологический аспект реализации принципа верховенства права в современных условиях связан с историчностью сегодняшнего мира и невозможностью клишированных подходов к воплощению в том числе важнейших идей конституционализма. При этом не могут

Вступительная статья

не приниматься во внимание два непреодолимых препятствия к абсолютному универсализму. Первое — это несинхронность исторического движения. Каждая страна находится на определенном этапе истории. В чем-то она может двигаться быстрее, в чем-то медленнее, но если она движется, то вопрос о должном и правильном должен решаться, соотносясь с этим движением, т.е. исторически. Второе препятствие — это фундаментальная культурная специфичность.

Наличие данных препятствий для формирования представления о возможности некоего вневременного и внепространственного пути развития кажется очевидным. По этому поводу не должны иметь место ни ложный оптимизм, ни бездумная эйфория, возможно, именно такая эйфория вообще лежит в основе мирового кризиса. Отказ от исторического подхода к настоящему и будущему может порождать и стратегические ошибки в подходах к правовому государству. История уже не раз демонстрировала, что неспособность правящих элит осознать историческую реальность и действовать оптимально в такой реальности приводит к историческим трагедиям, что в XX в. подтверждено опытом и России, и других стран. В то же время слишком высокую цену заплатили народы за попрание принципов права.

Поэтому, естественно, принципы неравномерности исторического движения и культурного многообразия не должны использоваться для «подкопа» под права человека, под право как таковое, под принципы современных систем конституционализма. Напротив, можно использовать эти принципы для укрепления демократии, утверждения прав человека, развития института права и конституционной системы. Давайте не будем отбрасывать эти принципы по той причине, что их кто-то когда-то извращал. Давайте освободим эти принципы от извращения и используем их во благо, тем более что отказ от этих принципов, как показал, например, сейчас мировой экономической кризис, ведет и к отказу от принципа верховенства права, которому эквивалентно, в частности, требование формального равенства в двух его ипостасях — равенства перед законом и принципа равноправия.

Я убежден, что каждый гуманист и патриот, кем бы он ни был по национальности и гражданству, должен отстаивать свободу и право, что любая форма борьбы против свободы, против права разрушительна и аморальна. Борьба за свободу, однако, предполагает признание историчности мира.

Принцип верховенства права — это не просто какая-то отвлеченная теоретическая идея, которой, как почти всегда в области чистой теории, можно придерживаться или не придерживаться. Речь не о свободе

Верховенство права

убеждений, мнений, научных позиций. Реалии миропорядка показывают, что за пренебрежение принципом верховенства права, за попытки, так сказать, пользоваться им, признавать или не признавать только исходя из сиюминутных интересов властных или финансовых элит приходится очень дорого платить. Необходимость неуклонно обеспечивать верховенство права, несмотря на постоянно возникающие и объясняемые борьбой с терроризмом, экономическим кризисом, сложностями глобализации и т.п. искушения ограничить действие этого принципа, является одной из насущнейших задач в практике современного конституционализма, в реализации его основных постулатов, включая правовое государство.

Интерпретация права должна обеспечивать стабильность и динамизм общества. Ведь спор о смысле норм — это и спор о конкретной действительности. Право не может быть оторвано от исторического и культурного состояния общества, чтобы не оказаться красочной бутафорией, однако его историческая и культурная обусловленность не должна быть оправданием для превращения права в неправое, в том числе путем таких толкования и правоприменения, которые полностью искажают содержание права, деформируют саму правовую норму. Тем более недопустимо, чтобы такая деформация использовалась как инструмент для достижения неправых целей, кем бы они ни были поставлены и какие бы благие намерения ни предполагали.

Исходя из требований к правовому содержанию регулирования толкование нормы и ее применение также должны быть правовыми. Если эти процессы осуществляются неправовым образом, т.е. в нарушение принципов права или его системности, с пренебрежением к самому смыслу закона, без учета и, напротив, с игнорированием логики его отраслевого толкования, как оно возникло и развивалось в правовой системе, то это ведет к намеренной деформации самой нормы, ее конституционного смысла, к искажению принципиальных правовых подходов при толковании единых по своей сути правовых институтов, что фактически означает произвольный отказ от верховенства права как такового.

Опасность такого явления состоит не только в том, что право здесь перестает действовать, превращаясь в неправое, но и в том, что создается видимость соблюдения права, хотя за право выдается деформированная норма, по существу правовой не являющаяся. Поэтому в толковании и применении права важна системность, чтобы толкование и правоприменение не осуществлялись по принципу «консервной банки», когда принципы права, содержащиеся в конституционных нормах, и применимые в соответствии с ними принципы и нормы

Вступительная статья

других отраслей законодательства намеренно игнорируются. Поэтому принципиальной задачей является также приведение практики высших судов к единству. С этой точки зрения Верховный Суд и Высший Арбитражный Суд не могут толковать нормы права в противоречии с их конституционным смыслом, выявляя который Конституционный Суд придает ему общеобязательное значение.

Осуществляемая в результате неправового толкования и применения деформация нормы приводит к утрате реальных прав и к невозможности для субъектов прав осуществить и защитить их; она разрушительна для права в целом. Гражданин — не только носитель прав, но и активный защитник права, так как он ставит вопрос об обеспечении права перед судом. Это, помимо всего, его социальная функция. Если он лишается такой возможности и неправовым образом устраняется из реальных правоотношений в качестве одного из защитников права, действующего не только в собственных, но в конечном счете и в общих интересах, это становится убийственным для всей системы права.

Для уменьшения возможностей такого перерождения и деформации норм права конечно же важно качество законодательной работы, с тем чтобы не принимались законы, в которые потенциально заложены будущие правовые коллизии. Принятие неправовых законов — абсолютно разрушительный фактор. К этому нередко приводят такие явления, как недостаточная профессиональная проработка концепций и текстов актов, их принятие под давлением «групп интересов», что противоречит базовым интересам общества и государства, принципам права, букве и духу Конституции. Критерием же правового содержания норм должны, напротив, служить защищенность прав и свобод человека, сбалансированность в нормотворчестве как реальном процессе таких основных социально необходимых начал, как свобода, закон и власть, при том что господство права выступает в качестве общей цели.

Принцип верховенства права является основополагающим и системообразующим в системе принципов права. Отказ в любой сфере государственно-властной деятельности от подчинения праву есть по существу забвение властью интересов общества, ее стремление встать над обществом, рассматривать гражданина как объект своей деятельности, а не как равноправного субъекта во взаимоотношениях с государством. Это не согласуется с верховенством права, влечет опасность произвола, исключает реальность правовых преобразований, включая судебную реформу, и потенциально несет в себе угрозу разрушения самого государства. Одно из основных противоречий современного

Верховенство права

общественного развития состоит как раз в том, что, провозгласив правовое государство де-юре, но отказываясь подчиняться праву де-факто, государство будет развиваться по вектору, ведущему к его развалу. Такое развитие противоречит целям действующей российской Конституции, которая, несмотря на недостатки и далеко не адекватную реализацию, идеальна в смысле нормативности: она предписывает, что власть должна быть разделена на основе права, декларирует права человека как самоценность, предполагает народовластие на основе конкурентной демократии. Без этих трех составляющих конституционные правовые принципы неосуществимы.

Любой правовой принцип не живет сам по себе. Он осуществляется и защищается с помощью множества общественных и государственных институтов и прежде всего с помощью судебной власти.

Правоприменительная практика ежедневно порождает множество сложных проблем, связанных с толкованием и применением права.

Крайне важно, чтобы судебная система действовала в режиме, когда ее ошибки исправляются самими судами и тем самым судебная система проявляет себя как саморегулируемая. Поскольку судебная власть является самостоятельной властью, в саму идею ее автономности по отношению к иным ветвям власти и иным государственным и общественным институтам изначально заложен этот принцип. Однако он также изначально предполагает недопустимость таких отклонений и ошибок в судебной практике, которые воспроизводили бы не соответствующее конституционному смыслу нормы толкование, нарушающее принципы права. Это обеспечивают институты конституционного судебного контроля.

Исходя из профессионализма и моральной ответственности судей, из их человеческих и гражданских позиций суд не может становиться сервильным орудием, служащим реализации субъективистских предпочтений чиновнического аппарата, пусть и нашедших выражение в законе. Суды и судьи, оставаясь в достаточной степени консервативными по роду своей профессии, должны вместе с тем помогать обогащению и приращению правовой ткани, тем самым способствуя одновременно стабильности и развитию общества, упрочивая общие правовые ценности, памятуя о том, что главная ценность — это права и свободы человека и гражданина. Суду надлежит защищать их как высшую ценность. Но и сам гражданин — носитель права — не должен отстраняться от защиты своих прав и свобод любым не противоречащим закону способом. Не только правосудие по делам, относящимся к компетенции судов общей юрисдикции, но и конституционное правосудие

Вступительная статья

остановилось бы, если бы не было обращений граждан в суд в защиту их конституционных прав. Граждане России отстаивают правовое государство, демократию, частную инициативу, мировоззренческий и культурный плюрализм.

Принцип правового государства выражает самые значимые человеческие и социальные ценности, предполагая вместе с приоритетом прав человека и верховенством правового закона народовластие, разделение властей, многообразие форм демократии, плюрализм и т.д. Во многом, однако, реализации этих идей мешает современное состояние гражданского общества в России — оно характеризуется пока неструктурированностью, отсутствием активных институтов, неразвитостью партийно-политической системы и других корпораций самого общества, обеспечивающих обратную связь, которая необходима для корректировки государственно-властных решений, позволяющих актуализировать систему предусмотренных Конституцией сдержек и противовесов. Все это в России находится лишь в самом начале своего становления.

Хотел бы подчеркнуть, что Россия знала в своем развитии и успехи, и поражения. Примером могут служить освободительные реформы императора Александра II в середине 60-х годов XIX столетия. Он осуществил и судебную реформу. Когда читаешь текст законоположений тех лет, возникает впечатление, что по правовому содержанию их можно было бы применить и к сегодняшнему дню. Но тогда в России реформы рухнули. Ростки свободы были заглушены, восторжествовала реакция. Произошло это во многом по причинам, связанным с конкретными культурно-историческими реалиями. Прежде всего потому, что в конечном счете правящая элита оказалась не на высоте призвания, не сумела понять и решить задачи развития страны. Народ же оставался объектом воздействия, а не субъектом процесса общественных преобразований, поскольку не сформировалось дееспособное гражданское общество, умеющее эту свободу отстаивать.

Исторический опыт и практика цивилизованных государств показывают, что ряд вопросов не решается посредством народного голосования. Возьмем, например, такую проблему, как смертная казнь. Усилиями Конституционного Суда, благодаря его решению применение смертной казни в России сейчас заблокировано. Возьмется ли наше государство действовать ныне так, как это сделал в свое время французский президент, когда он, вопреки результатам социологических опросов во Франции, добился ратификации Протокола к Европейской конвенции, запрещающего смертную казнь?

Верховенство права

Конечно, историческое время в XXI в. течет не так, как в XVIII, XIX или даже в XX в. Но и увеличение исторических скоростей тоже имеет свои пределы, в том числе и в развитии права.

Я уверен, если бы люди, которые стремятся к трансформации России в правовое, демократическое государство, сумели бы объединиться с силами мира, которые хотят того же, и пошли бы навстречу друг другу, результат был бы достигнут, поэтому в наше время против глобализации не только не нужно, но и чрезвычайно опасно возражать — это маргинализм. Особенно когда речь идет об отстаивании конституционных ценностей, как и общепризнанных в международном демократическом сообществе ценностей права, осознавая глубокую общность и вместе с тем обусловленные объективными причинами особенности и неравномерность темпов исторического развития.

ПЕРВЫЙ КРУГЛЫЙ СТОЛ
«ПРОБЛЕМЫ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ЕДИНСТВА СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ
И СУДЕБНОЙ СИСТЕМЫ»

27 ноября 2008 года, Москва

УЧАСТНИКИ

ТАМАРА ГЕОРГИЕВНА МОРЩАКОВА, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ, заслуженный деятель науки, судья Конституционного Суда РФ в отставке.

ВИКТОР МАРТЕНИАНОВИЧ ЖУЙКОВ, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, заместитель директора Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, заместитель Председателя Верховного Суда РФ в отставке.

АНАТОЛИЙ ВАЛЕНТИНОВИЧ НАУМОВ, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой уголовно-правовых дисциплин Юридического института Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации, член Научно-консультативного совета при Верховном Суде РФ;

АНДРЕЙ ГЕННАДЬЕВИЧ ФЕДОТОВ, кандидат юридических наук, адвокат Одинцовской городской коллегии адвокатов.

АНДРЕЙ ВИКТОРОВИЧ РАХМИЛОВИЧ, адвокат, партнер адвокатского бюро «Маргулян и Рахмилович».

АЛЕКСАНДР ВЛАДИМИРОВИЧ РОЗЕНЦВАЙГ, кандидат юридических наук, адвокат Алма-атинской городской коллегии адвокатов (Казахстан), член президиума Союза адвокатов Казахстана.

МИХАИЛ АЛЕКСАНДРОВИЧ СУББОТИН, кандидат экономических наук, руководитель экспертно-консалтинговой фирмы «СРП-Экспертиза», г. Москва.

Вильям **САЙМОНС**, профессор Лейденского университета (Голландия) и Университета Тренто (Италия).

ЕЛЕНА ВЛАДИМИРОВНА НОВИКОВА, доктор юридических наук, партнер юридической фирмы «Новиков и советники», г. Москва.

Е.В. НОВИКОВА: Дорогие коллеги, я хотела бы сказать несколько слов об истории этой идеи. В принципе необходимость обсуждения проблемы обеспечения единства судебной практики и судебной системы назрела давно и уже витала в воздухе, но все как-то не складывалось по разным причинам, и замечательная идея ждала своего часа и нового формата — международной коллективной монографии.

Для ее подготовки, как мне показалось, следовало бы пригласить самых авторитетных, небезразличных, высокопрофессиональных и способных к совместной работе специалистов, отечественных и иностранных. Причем, используя возможности круглого стола, провести дискуссию таким образом, чтобы сместить акцент с оппонирования, что стало, к сожалению, стилем нашей академической жизни, на совместную работу, где каждый участвует в решении проблемы как член команды, работающей на общий результат. Таким образом, появляется возможность, чтобы, в отличие от сборника сугубо описательных статей разных авторов, на свет появился бы действительно совместный продукт как значимое и заметное явление для российской правовой науки и правоприменительной практики.

И в результате удалось бы дать оценку систематическому искажению законодательства в правоприменительной практике — искажению, которое стало постоянно действующим фактором, разрушающим единство системы права и судебной системы, а также инициировать принципиальные предложения по совершенствованию законодательства и развитию теории права.

А.Г. ФЕДОТОВ: Отношение может быть криминализировано, только если оно вышло за рамки гражданского правонарушения. Но тогда оно, наверное, должно нарушать какой-то публичный интерес. Потому что если оно публичного интереса не нарушает, а имеются абсолютно частные правовые отношения, договорные и прочие, и вдруг, как у нас это часто бывает, приходит государство и говорит: «Здравствуйте, господа, один из вас преступник», для меня как цивилиста это странно. Вопрос: а какой публичный интерес нарушен? То есть надо ставить вопрос об этом — может быть, здесь где-то критерии есть.

А.В. РАХМИЛОВИЧ: А нельзя ли с такой стороны подойти, что общественная опасность возникает и публичная ответственность наступает тогда, когда лицо своим поведением препятствует применению мер гражданско-правовой ответственности, когда нельзя решить проблему применением мер гражданско-правовой ответственности?

Диалоги первого круглого стола

Например, лицо начинает скрываться, начинает вести себя злонамеренно, препятствуя реализации гражданско-правовой ответственности. Тогда, возможно, возникает общественная опасность, обуславливающая необходимость привлечения лица к уголовной ответственности.

Е.В. НОВИКОВА: То есть ее применение должно быть, по сути, субсидиарным.

А.В. НАУМОВ: Тогда, когда не хватает ответственности отраслевой, неуголовной.

А.В. РОЗЕНЦВАЙГ: Тогда в этой связи встает другой вопрос. Мы говорим сейчас о безосновательной криминализации каких-то отдельных составов. А если обратиться к широко известной практике, которая, я думаю, имеет место не только в России (я в основном опираюсь на знание практики казахстанской)? Ведь пытаются криминализовать любое действие в сфере экономики, вписать его в канву уголовного судопроизводства. И криминализуется практически любое действие, по усмотрению правоприменительного органа.

Т.Г. МОРЩАКОВА: Один тезис мне хочется все время поддерживать, но он у нас не популярен до сих пор. Это тезис о том, что от чего отстает. У нас с советских времен принято говорить, что теория отстает от практики. В действительности мы уже давно находимся в такой фазе, когда теория наша предложила нам все лучшие варианты. Но практика упорно отстает от этой теории. И если мы этот тезис сумеем показать, мне это представляется важным.

Второе — это тоже тезис совершенно общего свойства, а именно невозможность ограничения существующих и предоставленных законом прав через их толкование; последнее не может вести к сужению не только круга защищаемых прав, но и понимания их сути. Если какое-то толкование имеет место, оно может быть по отношению к тексту только расширительным. Мне кажется, это очень важно для всех: и для казуального толкования в общей судебной практике, и для официального толкования, так сказать, общенормативного, абстрактного, которое дает Конституционный Суд. Это у нас не всегда выдерживается. Между тем Анатолий Валентинович очень точно сказал относительно ч. 3 ст. 55 Конституции: ограничения возможны только федеральным законом, и это ограничение еще должно проверяться по многим другим параметрам, которым оно должно соответствовать: по признаку целенаправленности, по признаку

Верховенство права

соразмерности, по признаку выбора характера мер, о чем тоже говорилось, потому что характер мер, даже тех, которые имеют правильную цель, тоже должен быть адекватен этой цели.

И в связи с этим мне хотелось бы здесь обратить внимание (это третий тезис, он здесь прозвучал) на следующее. У нас уголовная ответственность часто используется под лозунгом защиты прав потерпевших (возьмем широкое понятие потерпевших), хотя гражданско-правовые методы защиты этих прав предоставляют им больше возможностей, даже если взять криминальную область. Ведь то, что предъявлено в рамках уголовного обвинения, ограничивает материальные возможности возмещения, в то время как в гражданских процедурах этот размер может быть установлен абсолютно иначе и в то время как в гражданских процедурах созданы гораздо более благоприятные условия даже в сфере распределения бремени доказывания при защите имущественных и немущественных интересов потерпевших, ущерб за нарушение которых возможен в материальной форме.

А.Г. ФЕДОТОВ: На мой взгляд, у нас ситуация разнонаправленная в толковании: с одной стороны, в толковании прав, в том числе установленных Конституцией, и гражданских прав вообще у нас существует тенденция к ограничению, а вот в толковании уголовной нормы у нас существует тенденция к расширению.

Т.Г. МОРЩАКОВА: А вот это как раз и недопустимо, потому что уголовная норма — это всегда именно ограничение по своей природе. Мы о чем говорим, когда говорим о норме уголовного права? Это запрет. Характер-то нормы — не дозволение, а запрет. Если мы анализируем методы правового регулирования, как они рассматриваются в теории права, то это метод запрета и метод дозволения и разные соотношения между общими дозволениями и частными запретами, между общими запретами и частными дозволениями. Существующий в уголовном законе частный запрет — а это всегда частный, а не общий запрет — никогда не может толковаться расширительно. И это полностью подпадает под требования ч. 3 ст. 55. А вот дозволения — и это очень важная область для судебного истолкования (все суды занимаются чаще всего истолкованием конкретных норм права в процессе их применения, не обязательно оно дается через постановление Пленума, хотя там это правило толкования, может быть, больше всего нарушается) - должны толковаться если и не расширительно, то во всяком случае без сужения. Для судебного правоприменения очень важен этот принцип: толковать

Диалоги первого круглого стола

уголовно-правовой запрет расширительно, как и любой частный запрет в других сферах права, нельзя. А вот дозволение можно толковать расширительно. Сфера же ограничений - это не область судебной практики и судебного толкования. Это область, где может действовать только законодатель, и при этом законодатель, конечно, тоже подлежит проверке с точки зрения соответствия закону праву в общем смысле.

В одном постановлении Конституционного Суда 1996 г. был сформулирован такой общий тезис, когда речь шла об ошибочном приговоре, который налагает на гражданина какие-то серьезные ограничения: поскольку права гражданина могут быть согласно Конституции ограничены только федеральным законом в соответствии с целями и принципами, которые предусмотрены в ч. 3 ст. 55, нельзя считать возможными и допустимыми ограничения другого свойства, т.е. когда они вводятся не законом, а приговором, т.е. судебным актом. Вот на этом потом может быть построена целая теория. Ведь суд не строит теорию ради теории. Он просто применительно к конкретному делу может рассмотреть какой-то частный вопрос. Рассматривая этот частный вопрос, на самом деле суд сформулировал имплицитно общий принципиальный подход.

В.М. ЖУЙКОВ: По поводу толкования. В постановлениях Пленума Верховного Суда в этих спорах — две позиции. В свое время, очень остро обсуждалось в начале 90-х годов, какое давать разъяснение: «А» или «Б», условно говоря, «А» — хуже для тех, кого будут судить, а «Б» — лучше. И было высказано такое предложение: «Давайте, коллеги, если есть сомнение очень серьезное, когда «и ты прав, и ты прав», давайте определимся сами и будем давать такое разъяснение, которое во благо тому, кого обвиняют, т.е. все сомнения толковать в пользу обвиняемого». Я помню, тогда многие коллеги возразили, сказали: «Нет. Этот принцип действует только в сфере доказательственного права, а к материальному праву это неприменимо». И, к сожалению, после этого принимались решения.

Т.Г. МОРЩАКОВА: Это конституционный подход, подтвержденный, кстати, решениями Страсбурга. Есть решения Европейского Суда по правам человека, в которых прямо указывается, что право не может ограничиваться в ходе его истолкования правоприменительной практикой.

А.В. РАХМИЛОВИЧ: Я хочу обратить внимание на то, что гражданское право предоставляет больше возможностей для возмещения вреда,

Верховенство права

для защиты потерпевшего, чем уголовное право. В постановлении Пленума Верховного Суда РФ о мошенничестве в качестве примера приводится невозврат кредита: если человек завладел чужим имуществом, взяв кредит, который он заведомо не хотел отдавать, то с точки зрения Верховного Суда это хищение. Что может влечь за собой хищение? Удовлетворение гражданского иска потерпевшего, т.е. присуждение потерпевшему суммы, которую у него похитили. А в соответствии с нормами гражданского права здесь возможны: выплата процентов, возмещение упущенной выгоды. То есть возникают совершенно другие отношения, которых нет в уголовном праве. Уголовное право предполагает возмещение реального ущерба и больше ничего.

А.Г. ФЕДОТОВ: Неадекватное применение уголовного права к гражданским правоотношениям одновременно означает — из того, что мы сказали, — лишение, искусственное ограничение средств защиты гражданского права.

Т.Г. МОРЩАКОВА: Вообще, с давних времен у нас существует эта идея фикс, что уголовно-правовая борьба с преступностью направлена на защиту прав потерпевших. Это, я бы сказала, абсолютно неправильная идея, потому что потерпевшие как раз лишаются многих возможностей для защиты при применении уголовно-правовых методов. Согласно общепризнанным идеям, господствующим в мировом сообществе, и не предполагается, что уголовно-правовыми методами потерпевшие защищаются, потому что тогда эта защита ставится в зависимость только от одного — найден преступник или не найден преступник. А потерпевшему, если он потерпел от преступления, защита должна обеспечиваться, в том числе и прежде всего не уголовно-правовыми методами. Она ему должна обеспечиваться и другими методами, именно тогда она более полная. И на этом стоит международное право.

К сожалению, эта идея у нас не действует. Мы каждый раз говорим: «Усилить борьбу с преступностью, потому что это в интересах защиты прав потерпевшего». Государство хочет обеспечивать защиту этих прав, упрощенно говоря, за счет средств преступников, что не дает полного возмещения практически никогда, и оно само не хочет взять на себя эту обязанность. А оно обязано обеспечивать эту защиту просто потому, что оно как публичная власть отвечает за то, чтобы преступлений не было или чтобы их было мало, т.е. за то, чтобы охранять интересы людей еще до того, как преступление было совершено.

А.В. НАУМОВ: Весь парадокс в том, что чем сильнее накажет государство, тем меньше получит потерпевший, потому что если, допустим, кого-то осудят на 10 лет, то сколько он будет из своего тюремного заработка выплачивать?

Т.Г. МОРЩАКОВА: Понимаете, у нас, с одной стороны, очень наивное общественное сознание, а с другой стороны, немного зараженное вот этой идеей мстительности, которая насаждается сверху. Все это прикрывает, я бы сказала, государство и позволяет ему продолжать не выполнять свою обязанность по защите интересов потерпевших от разного вида правонарушений прежде всего профилактической деятельностью, устранением возможностей для нарушения. А потом все списывается на того, кто причинил, и на его ограниченные возможности.

А.Г. ФЕДОТОВ: Тема нашего круглого стола в общем виде звучит как «Проблема единства судебной системы и единства системы права». Если будем ориентироваться на позитивное право, то вроде бы все у нас с этим обстоит хорошо: и законы неплохие, и написаны там правильные вещи. И вроде бы это единство системы права и единство судебной системы есть. Однако если воспринимать право как систему «живых» общественных отношений, урегулированных правом, то выясняется, что здесь у нас, к сожалению, существуют такие проблемы, которые, на мой взгляд, заставляют говорить о том, что ни единства системы права, ни единства судебной системы у нас в стране нет.

О чем я говорю? Я говорю прежде всего о той особой роли наших уголовных судов, которая имеется у нас в стране. И начать тут нужно с пресловутой ст. 90 УПК¹, о которой здесь уже в кулуарах говорилось и которую все прекрасно представляют и понимают, о чем идет речь. Эта статья называется «Преюдиция». Я бы назвал эту статью «Об уничтожении преюдиции». Она говорит, что обстоятельства, установленные вступившим в законную силу приговором, признаются судом без дополнительной проверки, если эти обстоятельства не вызывают сомнений у суда. Мы понимаем, что на самом деле вопрос преюдиции, который отдан на полное усмотрение судьи, никакой преюдицией не является. Эта проблема стала настолько серьезной, что по ней даже уже имеется определение Конституционного Суда от 15 января 2008 г., которое обращает внимание на эту проблему. В моем понимании

¹ Проблемы преюдиции, связанные со ст. 90 УПК, изложены в книге в том виде, в каком они имели место до принятия Федерального закона от 29 декабря 2009 г. № 383-ФЗ, которым ст. 90 УПК была изложена в новой редакции. — *Примеч. ред.*

Верховенство права

самое главное, что там написано, — это то, что если имеется по тем же обстоятельствам дела решение арбитражного суда, то уголовный суд не может его игнорировать. Я пока на этом останавлиюсь. Однако, говоря о том, что в нашей стране отсутствует единая система права и единая судебная система и что они разрушаются особой позицией уголовных судов, я имею в виду не только и даже не столько то, что уголовные суды руководствуются своим собственным процессуальным правом. Проблема в том, что они руководствуются своим собственным материальным правом, причем правом далеко не уголовным.

О чем идет речь? О бланкетности уголовных норм, все крутится вокруг этого. Уголовный кодекс устанавливает определенные нормы уголовного права. Однако они в большинстве своем носят бланкетный характер. Я прежде всего сейчас говорю о преступлениях имущественных, преступлениях в сфере предпринимательской деятельности. Казалось бы, уголовный суд, применяя нормы уголовного права, которые относятся к этим составам преступлений, и неизбежно тем самым квалифицируя действия тех или иных участников хозяйственного оборота с позиций гражданского права, должен руководствоваться гражданским правом. Однако уголовные суды руководствуются таким «гражданским правом», которое с действительным гражданским правом ничего общего не имеет. Я бы его назвал уголовным гражданским правом.

Чтобы не быть голословным, я хочу зачитать выдержки из постановления Пленума Верховного Суда от 27 декабря 2007 г. № 51 «О судебной практике по делам о мошенничестве». Здесь пишется: мошенничество признается совершенным с момента государственной регистрации права собственности на недвижимость, с момента заключения договора, с момента передаточной надписи на векселе, со дня вступления в силу судебного решения, которым за лицом признается право на имущество! Хотелось бы осознать, как вообще такое толкование может наш Верховный Суд давать? Каким образом преступление может быть законченным со дня вступления в силу судебного решения, которым за лицом признается право на имущество? Упрощая, можно сказать, что наш Верховный суд поставил знак равенства между преступлением и гражданско-правовыми отношениями - сделкой, векселем, оформлением прав на недвижимость и пр. Единственная оговорка, которую при этом Верховный Суд сделал, — он сказал, что да, конечно, при этом надо изучать вопрос о том, имелся ли в данном случае уголовный умысел, который должен возникнуть до того, как началось исполнение той или иной сделки. Но мы все прекрасно понимаем, какова наша судебная система, каков ее генезис. Мы понимаем, что если

нашим правоохранительным органам, сказав, что сделка отличается от преступления только тем, что там есть уголовный умысел, поставить задачу просто уголовный умысел обнаружить, будьте уверены — они этот уголовный умысел найдут в любой голове, в любой.

Давая такое толкование, Пленум Верховного Суда создает свое «уголовное гражданское право». Нельзя ставить между гражданско-правовым отношением и преступлением знак равенства, потому что это полное попрание всего, чего только можно, это абсолютная локальная смерть гражданского права — его здесь просто удушили, его нет. Это то, о чем уважаемый профессор Наумов говорил, — искусственная криминализация нормальной деятельности.

Что у нас происходит по имущественным делам, особенно связанным с предпринимательством? Берется любая компания. Все ее сделки объявляются преступными, причем никто не озабочен тем, чтобы на основании норм гражданского права сказать: «Да, гражданское правоотношение есть. Оно либо исполнено, либо существует. Оно должно прекратиться по основаниям, предусмотренным законом». Никто этим не озабочен — я говорю про уголовную юстицию. Достаточно объявить сделку фиктивной, юридическое лицо фиктивным, право собственности фиктивным, переход права собственности фиктивным, и все — можно про гражданское право забыть и создать свое новое уголовное гражданское право и жить в его рамках.

Здесь проблема в том, что это не является каким-то отдельным эксцессом, который возникает в правоприменительной деятельности отдельного правоприменителя. Это абсолютно продуманная, системная уголовная политика, которая существует в том числе на основании разъяснений Пленума Верховного Суда.

К чему мы приходим с таким уголовным гражданским правом? Речь прежде всего идет об имущественных преступлениях и преступлениях, связанных с хозяйственной деятельностью. Я хочу прочитать, как у нас в Уголовном кодексе сформулировано понятие хищения, и как цивилист задаться некими вопросами. Примечание 1 к ст. 158 Уголовного кодекса гласит: «Под хищением в статьях настоящего Кодекса понимаются совершенное с корыстной целью противоправное безвозмездное изъятие и (или) обращение чужого имущества в пользу виновного или других лиц...» У меня как цивилиста возникает первый вопрос: кто такие эти другие лица? Если речь идет о том, что это лицо, которое было объединено уголовным умыслом с похитителем, то, наверное, это соучастник, и не надо про него отдельно писать. А если это кто-то другой, посторонний, то это что — кража в пользу третьего лица?

Т.Г. МОРЩАКОВА: Дарение похищенного.

А.Г. ФЕДОТОВ: Совершенно верно. Но если это дарение похищенного, все равно, надо сначала похитить и потом уже совершить дарение. Что делают эти третьи лица в легальной дефиниции хищения? Мне не понятно. То есть понятно, что можно толковать как угодно.

Далее — тема безвозмездности изъятия. Это целая история, вокруг которой уже столько сломано копий, что о ней надо сказать отдельно. Наша уголовная юстиция трактует безвозмездность совершенно особым, отдельным образом, не так, как это понятие веками трактовалось в цивилистической теории и даже в законе. Говорится, что безвозмездность означает либо отсутствие эквивалента, либо недостаточность эквивалента. Что касается отсутствия, не будем в это вдаваться. Но что такое недостаточность эквивалента? Это значит, сидит конкретный правоприменитель, и он решает, достаточен ли этот эквивалент или нет. Это вопрос усмотрения конкретного лица, которое на практике приводит к тем примерам, о которых я далее скажу.

Проблема в том, что уголовная юстиция не желает знать, как безвозмездность, веками уже изучавшаяся в цивилистике, трактуется в науке (и трактуется совершенно не так, как это установлено уголовным правом, вернее, толкованием его). Когда специалисты по уголовному праву начинают толковать этот вопрос, они изучают все что угодно: этимологию слова, как это соотносится с корыстью — все мыслимое и неммыслимое. Единственное, что они не хотят, не могут сделать, я не знаю почему, — это взять и прочитать ст. 423 Гражданского кодекса, где дано легальное определение безвозмездности и сказано, что (здесь речь идет о договоре, но эти правила абсолютно применимы к любым гражданско-правовым отношениям) договор, по которому одна сторона должна получить плату или иное встречное предоставление за исполнение своих обязанностей, является возмездным. Все достаточно четко сказано, и о безвозмездности можно говорить, только если нет никакого встречного предоставления, потому что вымеривание слинейкой — достаточное оно или недостаточное — ведет к прямо противоположным результатам, и мы знаем к каким.

И тут мы возвращаемся к тому, что говорил уважаемый профессор Наумов. Если между потерпевшим и так называемым преступником было какое-то отношение, то уголовной квалификации должна предшествовать другая квалификация. Квалификация какой-то регулятивной отрасли права, скорее всего гражданского, как часто это бывает. И мы приходим к ситуации, когда понятие хищения, так, как оно

Диалоги первого круглого стола

описано нашим уголовным законом, не работает. Вернее, оно работает для того, чтобы посадить человека, который в действительности похитителем не является.

Хочу привести пример. Эта история с безвозмездностью особенно хорошо видна на примерах толкования нашей уголовной юстицией вопросов цены. Потому что чтобы доказать отсутствие или недостаточность безвозмездности, берется какой-то договор и говорится: «Нет, эта цена была недостаточная, здесь недостаточный эквивалент и поэтому имеется признак хищения». Есть совершенно удивительные примеры.

Есть история, про которую даже на самом высшем уровне уже сказано, история так называемых трансфертных цен. Речь идет о том, что компании, которые в смысле гражданского права являются зависимыми или основными, или дочерними юридическими лицами, у них есть между собой договор, внутри концерна они заключают договоры, и у них цена такая, какую они установили в договоре. Она называется трансфертной ценой. Тот сектор, где это всегда регулярно применялось, — сфера нефтяного бизнеса. Берем три компании: «ЮКОС», «Русснефть», «Роснефть». Что мы здесь видим? У «ЮКОСа» были трансфертные цены, как считает уголовная юстиция, ниже рыночных — Ходорковский и Лебедев сидят. У «Русснефти», как считает уголовная юстиция, трансфертные цены были выше рыночных — Гуцериев в бегах¹. И наконец, самое замечательное, поскольку самое законное, на мой взгляд. Имеется компания «Роснефть», в отношении которой действует постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда от 2002 г. № 6288/02, где совершенно законно, правильно говорится, что никакой уголовщины здесь нет, здесь даже нет основания для того, чтобы признать эти действия недействительной сделкой. И совершенно правильно Высший Арбитражный Суд ссылается при этом на ст. 424 Гражданского кодекса, где сказано, что цена в договоре определяется соглашением сторон.

Вопрос: при такой ситуации, при том, как это происходит, о каком единстве права и о каком единстве судебной системе мы вообще можем говорить? Это единство постоянно разрушается изнутри действиями нашей уголовной юстиции. Причем я еще раз говорю, что это не эксцесс какого-то отдельного правоприменителя. Это системная, планомерно осуществляемая уголовная политика, которая в том числе существует на основании разъяснений Верховного Суда. Проблема в том, что термин «сделка» употребляет в том числе и уголовный закон, в частности, для описания деятельности по легализации. Но если

¹ Дискуссия проводилась 27 ноября 2008 г., до прекращения уголовного дела в отношении М.С. Гуцериева. — *Примеч. ред.*

Верховенство права

мы ставим знак равенства между преступлением и сделкой, это путь в никуда. Это значит, любого участника гражданского оборота можно просто взять и подвергнуть уголовному преследованию.

Возвращаясь к вопросу о границе криминализации, на мой взгляд, пока есть гражданское правоотношение, пока оно не прекращено, ни о каком преступлении речи быть не может. Если, конечно, речь не идет о том, что это гражданское правоотношение, по которому возмещаются ущерб, убытки и т.п. Понятно, что это существует и в рамках уголовного дела. К сожалению, наша уголовная юстиция существует в совершенно особых рамках, и процессуальных, и материально-правовых, потому что другого «гражданского права» наша уголовная юстиция почти не применяет. Вот в чем беда. Но это выдуманное гражданское право. Оно, квазигражданское право, вообще нарушает суть и содержание гражданского законодательства.

Касаясь ст. 90 УПК, я должен сказать, что если в нее вчитаться, то становится ясно, что эта статья не устанавливает преюдицию для уголовного суда не только в отношении неуголовных судов, но даже и в отношении приговора другого уголовного суда. То есть получается, что у нас каждый уголовный суд сам по себе. Он может принимать любое решение, он вообще ничем не связан. Даже судебными актами, которые на тот момент уже есть. То, о чем мы говорили, фактура постановления Конституционного Суда, она в том, что лицо, привлеченное к уголовной ответственности, обратилось в Конституционный Суд и сказало: «У меня есть акты арбитражного суда, где установлено, что мои действия законны, а меня за это подвергают уголовному преследованию». Суть в этом, эта ситуация у нас постоянно воспроизводится.

Иногда уголовная юстиция совершает действия, которые не поддаются даже какой-то внутренней логике. К чему это на практике ведет? Обратимся к тому же делу «ЮКОСа». По первому делу Лебедев и Ходорковский осуждены за что? В том числе за налоговые преступления. Есть несколько решений арбитражного суда, где написано, что компании, входившие в структуру концерна «ЮКОС», совершили налоговые правонарушения, они должны заплатить недоимку, пеню, штраф, и все это было взыскано в пользу бюджета. Далее. По новому уголовному делу берутся те же самые фактические обстоятельства и говорят: «Нет, это было хищение». И сейчас следствие занято доказыванием того, что это хищение. У меня вопрос: если эти действия — хищение, то как можно было с них взыскивать налоги? Как это понять? У меня следующий вопрос: хорошо, а если Ходорковского и Лебедева сейчас по этому новому обвинению осудят, мы что, по вновь открывшимся

обстоятельствам должны отменять предыдущее дело? Затем отменять решения арбитражных судов и возвращать все эти налоги?

Мы говорим о том, что если система права есть, то она все-таки не выдуманная, ей веками занимались серьезные люди. Она есть, она реализуется. Если ее придерживаются, то вот этих диких противоречий не возникает. А если каждый уголовный суд считает, что он один и право начинается и заканчивается на нем и он не связан ни гражданским правом, ни решением каких-то уголовных, неуголовных судов, мы приходим к тому, о чем говорили.

Но если мы понимаем, что это постоянно воспроизводимая деятельность, что деятельность нашей уголовной юстиции такова, то мы должны признать, что у нас на бумаге написано одно, а реально у нас существует другое. И если у нас уголовные суды с кем-то и составляют систему, то составляют единую систему с правоохранительными органами. Но никак не с другими судами, чьи решения они даже не обязаны соблюдать.

Как говорить, что у нас есть единство системы права, если наиболее объемная регулятивная отрасль — гражданское право — полностью игнорируется уголовной юстицией? У нас эта ситуация, к сожалению, на стыке частного и публичного права существовала всегда. И она существует и сейчас. Она существует на стыке налогового права с гражданским правом и гражданского права с уголовным. Но если на стыке налогового права с гражданским правом все-таки есть арбитражные суды, которые до такого абсурда это не доводят, то наши уголовные суды применяют свое уголовное гражданское право, включая материалы Пленума Верховного Суда.

Возвращаясь к вопросу, что делать. В моем понимании, надо действовать в таком направлении, чтобы таких постановлений Пленума Верховного Суда, о которых мы говорили, где между преступлением и гражданским правоотношением стоит знак равенства, не было. Наверное, их надо как-то отменять тем, кто может это сделать. Наверное, надо как-то изменять ст. 90 УПК. Во всяком случае уже есть определение Конституционного Суда, которое позволяет взглянуть на эту статью по-другому. Наверное, надо в ст. 3 Гражданского кодекса внести дополнение, где будет написано, что институты, понятия, нормы гражданского права не могут применяться в других отраслях права и толковаться судами иначе, чем это установлено нормами гражданского права. Иначе мы каждый день будем иметь ситуацию, когда у нас гражданское право существует до первого милиционера. То есть есть бумажка под названием «постановление о возбуждении уголовного

Верховенство права

дела» и все — про гражданское право можно забыть, оно перестало существовать. Вот здесь локально его удушили. И оно здесь действовать не будет. Удивительно, что про это говорят все, кроме юристов. Это звучит в публицистике, этим на своем уровне возмущаются журналисты. Уже давно пора этому давать серьезную, профессиональную оценку, что-то с этим делать.

В.М. ЖУЙКОВ: В Уголовно-процессуальном кодексе что записано? Написано, что все законы, которые противоречат Уголовно-процессуальному кодексу, применению не подлежат. Даже федеральные законы.

А.В. РАХМИЛОВИЧ: Государство не может устанавливать интересы частных лиц. Не может устанавливать, нарушены частные интересы или нет.

Начнем с вопроса об эквивалентности. Вопрос безвозмездности сложен в том смысле, что возмездность может быть совершенно разная, совершенно разные интересы могут преследовать я, передавая вам имущество внешне безвозмездно. Я преследую свои экономические интересы. И никто, кроме меня, установить эти интересы не может. Потому что я распоряжаюсь своим имуществом, своими правами, своей волей и в своих интересах. И когда государство начинает говорить мне, что я поступил против своих интересов, оно вторгается в чуждую ему сферу. Особенно часто это проявляется, когда менеджеров или владельцев компании обвиняют в том, что они похищали имущество компании. Дело в том, что орган юридического лица выражает волю компании. Он защищает интересы этой компании. Существуют специальные юридические механизмы контроля за менеджментом. Крупная сделка или сделка с заинтересованностью, заключенная в обход существующего порядка, может быть оспорена акционерами. Акционеры, имеющие в совокупности более одного процента акций, могут предъявить иск к руководству компании о возмещении вреда, причиненного компании действиями ее руководства. Есть специальный гражданско-правовой, корпоративно-правовой механизм. За пределами этого механизма не существует контроля, и государство не может сказать, что президент компании заключал договор о продаже той же нефти по заниженным ценам. Если акционеры считают, что он действовал правильно, то никакое государство не может сказать: «Нет, он действовал неправильно, это было не в интересах компании». Потому что государство не защищает экономические интересы конкретных лиц. Оно защищает публичные интересы.

В.М. ЖУЙКОВ: Мы говорили о хищениях в пользу третьих лиц, есть такая формулировка, она вызывает массу вопросов. К сожалению, когда принимали действующий сейчас Уголовный кодекс, не учли нашу недавнюю историю. Имела место просто вопиющая практика в этом направлении. Помните, была ст. 152¹ Уголовного кодекса о приписках и других искажениях отчетности? Была объявлена борьба с приписками — отчетность должна быть достоверная. Что сделал Пленум Верховного Суда СССР? Он сказал, что все суммы, которые за перевыполнение плана выплачены коллективу предприятия, должны вменяться как хищение в пользу третьих лиц руководителю этого предприятия. И директору какого-то комбината, на котором десятки тысяч работников, получивших премию в 200 руб., вменяли хищения на десятки тысяч и осуждали по ст. 93¹, которая предусматривала максимальное наказание до 15 лет. И смертную казнь. Когда в конце 80-х годов обстановка в государстве изменилась, Верховный Суд Союза изменил, как сейчас помню, 10-е постановление Пленума, потому что мы на него ссылались. Я принимал участие в пересмотре всего этого. Десятки тысяч дел Президиум Верховного Суда пересмотрел и переквалифицировал. А вы представляете, люди сидели по 10, по 15 лет, кого и расстреляли. Вот хищение в пользу третьих лиц. Это гигантские последствия для всей страны, для Советского Союза. Произошел перелом по этой категории дел, а формулировка осталась и возможности ее применения сохранились.

Т.Г. МОРЩАКОВА: Даже если исходить из примеров, которые приводились, — о преследовании за одно и то же действие, поначалу как за налоговые преступления, которые далее превращаются в нечто другое, в преступления другого характера, в хищения. Конечно, практика может поменяться без изменения закона. Но это все остается в пределах усмотрения тех, кто организует эти изменения практики. Здесь роль личности или нескольких личностей в истории очень велика. Почему она велика? С моей точки зрения, просто потому, что общие принципы, общепризнанные правовые принципы, признание которых входит и в формулировку верховенства права, не сами по себе принимаются или не принимаются во внимание. Ведь этот конкретный пример с преследованием сначала за одно, а потом, по тем же фактам, за другое — это же прямое нарушение принципа «не дважды за одно и то же». Это прямое основание для обращения в Страсбург, здесь налицо нарушение. Это один момент. Здесь есть и другие нарушения, допустим, когда мы говорим, что в уголовном судопроизводстве не признается преюдиция, создаваемая другими вступившими

Верховенство права

в силу судебными актами, принятыми в других видах юрисдикции, здесь прямое нарушение принципа правовой стабильности. За это нас уже неоднократно, мягко выражаясь, журили в Европейском Суде по правам человека. Это нарушение принципа правовой стабильности, если в уголовном порядке опровергаются, будучи не опровергнутыми в должном виде судопроизводства, акты даже высших судов России, вступившие в законную силу, как это было в деле о преюдиции, которое рассматривал в этом году Конституционный Суд. Мы каждый раз выходим на соотношение двух вещей. Дискреция в области толкования норм, которая может быть на самом деле очень вредоносной в силу самого характера норм, если они, будучи так сформулированными, не обязывают суд придерживаться определенного толкования, а позволяют ему произвольно это делать от случая к случаю или от периода к периоду. Это первая проблема — дискреция, которая есть у суда. А с другой стороны, полное игнорирование в процессе толкования общеправовых принципов. На самом деле как общеправовые они являются общепризнанными, приверженность им мы заявили в Конституции, потому что мы не только нормам права обязались подчиняться, но и общепризнанным правовым принципам, признанным международным сообществом. И мы от раза к разу их игнорируем в нашем конкретном правоприменении. А почему они существуют? Они существуют именно для коррекции в таких случаях, когда сам по себе закон недостаточен, чтобы выявить подлинное его содержание. Закон недостаточен, но правоприменение, исходящее из этих общеправовых принципов, может и должно откорректировать даже сам закон. Именно в этом заключается принцип верховенства права. А между тем именно такие принципы, как принцип правовой стабильности, принцип «не дважды за одно и то же», не действуют. И это уже упрек, конечно, практике. Хотя здесь, может быть, нужно вспомнить и о том, что, согласно общеправовым принципам, нормы, устанавливающие ответственность, должны быть такими, чтобы они не позволяли эту необоснованную дискрецию каждый раз использовать. Они должны быть ясными, четкими, определенными, исключающими возможность противоречивого или произвольного истолкования. И на этот счет тоже много написал Конституционный Суд Российской Федерации, именно по поводу ясности, определенности, четкости правовой нормы. Прежде всего тех правовых норм, которые относятся к установлению ответственности, т.е. которые являются нормами запретительными. Мне кажется, что это очень красноречивая вещь, потому что нашу практику мы можем ориентировать в этом смысле и в отсутствие кор-

Диалоги первого круглого стола

рекции законодательства. Хотя это всегда для нас очень трудно, на таких пространствах и в таком громадном корпусе правоприменителей, какой имеем мы, ориентировать практику. Было бы лучше, если бы мы могли ориентировать на это законодателя. Но законодатель обязан, самой Конституцией, обязан соблюдать общепризнанные принципы и нормы, закрепленные в качестве международных и признаваемые всем мировым сообществом.

А.Г. ФЕДОТОВ: Вы сказали очень важную вещь, что правоприменительная практика должна ориентироваться на конституционные принципы. У меня вопрос: перед уголовным судом будут лежать постановления Конституционного Суда и будет лежать постановление Пленума Верховного Суда, о котором мы говорили. Что будет и что про это сказать в смысле единства судебной системы?

Т.Г. МОРЩАКОВА: Я Вам сразу скажу, что будет. Это вопрос ни для кого не трудный. Они и заявляют это, суды, когда гражданин приходит к ним с постановлением Конституционного Суда в руках, они говорят: «Уберите. Это нам не важно». И понятно, почему они это говорят. Потому что механизм, обеспечивающий исполнение постановления Верховного Суда, совершенно ясен. Если ты отклонился от этого постановления, ты получишь отмену. А если ты получил отмену, не будем говорить о других персональных последствиях, ты будешь иметь неприятности чисто служебные, если вообще не лишишься должности. А в части обеспечения исполнения постановления Конституционного Суда (я не сторонник того, чтобы создавать для этого особый механизм) просто нужно сказать, что в этой части наша исполнительная власть не работает вообще. Нет ни одного должностного лица, которое было бы привлечено к ответственности за стойкое нежелание исполнить постановление Конституционного Суда. Механизмы для этого существуют, есть разные виды ответственности. Никто никогда не понес ее.

А.Г. ФЕДОТОВ: Когда мы говорим о том, как наша уголовная юстиция понимает хищение, и начинаем говорить о том, где частный, где публичный интерес, это очень важная история, потому что, если не понимать, что преступление есть там, где нарушен публичный интерес, и его нет там, где частный интерес не нарушен, то мы приходим к такой ситуации, что в некоторых преступлениях нет потерпевшего, которого искусственно потом назначают. И, например, возвращаясь к показательному делу «ЮКОСа», получается, что они украли у себя.

Верховенство права

Им говорят, что этот договор — форма хищения. А у обеих компаний, заключавших этот договор («похитителя» и «потерпевшего»), собственники одни и те же. Вопрос: кто у кого украл? И если мы отказываемся от тех механизмов, которые прописаны в гражданском праве, в корпоративном праве, мы неизбежно приходим к такому юридическому абсурду. Потому что право — это не выдуманная система. Оно разрабатывалось веками не самыми глупыми людьми, оно имеет свою внутреннюю логику. И если вдруг в каждом конкретном случае каждый конкретный участник уголовной юстиции начинает придумывать свое право, мы к этому и приходим.

Т.Г. МОРШАКОВА: Я все про общее. На самом деле что происходит? Примеры, которые приводились относительно того, каким образом уголовное право у нас формулирует свои запреты, — ведь это на самом деле грубое нарушение общеправовых принципов. Каких, например? Известно, *nullum crimen sine lege*. Любые пробелы в уголовном праве не могут признаваться чем-то, что подлежит истолкованию, потому что нет закона — нет преступления. С этой точки зрения пробелы в уголовном праве в нашей системе уголовно-правового регулирования — это всегда хорошо. Нет такого преступления, которое не прописано в законе. И на это нужно указывать в том числе по уголовным делам, когда они служат поводом для обращения в наднациональную юрисдикцию. Нет прямого уголовно-правового запрета — не может быть уголовной ответственности. Это отражается в правоприменительной практике на наднациональном уровне. Это отражается в нашей уголовно-правовой теории, которой, казалось бы, должен следовать и законодатель. Не признается аналогия в уголовном праве. И именно в этом воплощен общий правовой подход: нет преступления, пока оно не прописано в законе. И мне кажется, что именно это очень важно все время везде показывать, в том числе и когда мы рассуждаем о том, какие методы должен использовать уголовный законодатель, формулируя составы преступления.

И по поводу системы общего права и системы континентального права, когда они формулируют уголовно-правовые запреты. Я бы хотела сказать, что в системе континентального права мы стоим на самых крайних позициях, защищающих возможность общих формулировок. Потому что если мы возьмем, допустим, немецкий текст, как пишется формулировка состава преступления? Кто забрал у кого-то такую-то вещь, тот отвечает. А мы что пишем? Мы, формулируя состав преступления, указываем абстрактно признаки объективной стороны, например:

изъятие или передача, присвоение, укрывательство. Это написано не так конкретно, как в формулировках, допустим, Уголовного кодекса ФРГ. Мы в этой системе европейского права остались на позициях самого абстрактного формулирования признаков состава преступления, а это недопустимо, потому что абстрактное формулирование всегда требует толкования и сохраняет более широкие возможности дискреции. Если говорить о методе уголовно-правового регулирования, то такое абстрактное формулирование нарушает и принцип *nullum crimen sine lege*, потому что непонятно, относительно чего закон говорит как о запрещенном.

М.А. СУББОТИН: Обычно когда говорят об инвестиционном климате, то выделяют социально-политические, правовые, фискальные и институциональные аспекты. То есть правовая среда встроена в сложную конфигурацию из других факторов, где каждый элемент может оказаться для предпринимателя ключевым. И правовые риски перевешивают, например, налоговые или наоборот. Наши премьеры часто говорили о том, что «да, мы понимаем, что у нас система, конечно, несовершенна, но зато у компаний и возможностей заработать больше». Получалось противопоставление, хотя понятно, что далеко не все компании готовы больше заработать при растущем риске. Обычно это свойство скорее авантюристов, жуликов, которые готовы идти на более рискованные условия. Поэтому есть стремление работать в нормальной правовой системе. А уж когда дело касается прямых контрактов государства с бизнесом, то чем больше инвестор в правовом отношении защищен, тем больше у государства возможности получать максимальные доходы, потому что снимаются риски.

Инвестиционный климат страны оценивается исходя из набора показателей, поскольку невозможно по какому-то одному показателю, одному критерию сделать какие-то определенные оценки. За исключением кредитных или инвестиционных рейтингов по другим параметрам у России положение намного более печальное.

В докладе Общественной палаты за 2007 г. о деловом климате были выбраны шесть очень важных индексов, и они были рассмотрены в динамике — за пять лет.

Понятно, что, скажем, по индексу устойчивости экономического роста, который был непосредственно связан с нефтяным бумом, с природными богатствами в стране и т.д., у России все в порядке. Однако примерно такие же темпы показывает та же Украина, которая является экспортером энергии. То есть на самом деле можно жить за счет

Верховенство права

экспорта, а можно просто нормально развивать экономику, и оценка международных институтов относительно перспектив экономического роста будет практически одинакова. Очень высоко оценивается динамика Китая, примерно один и тот же уровень у американцев, но они практически достигли потолка, т.е. нужно смотреть еще кто выше, кто ниже, и из таблицы понятно, где мы пока находимся.

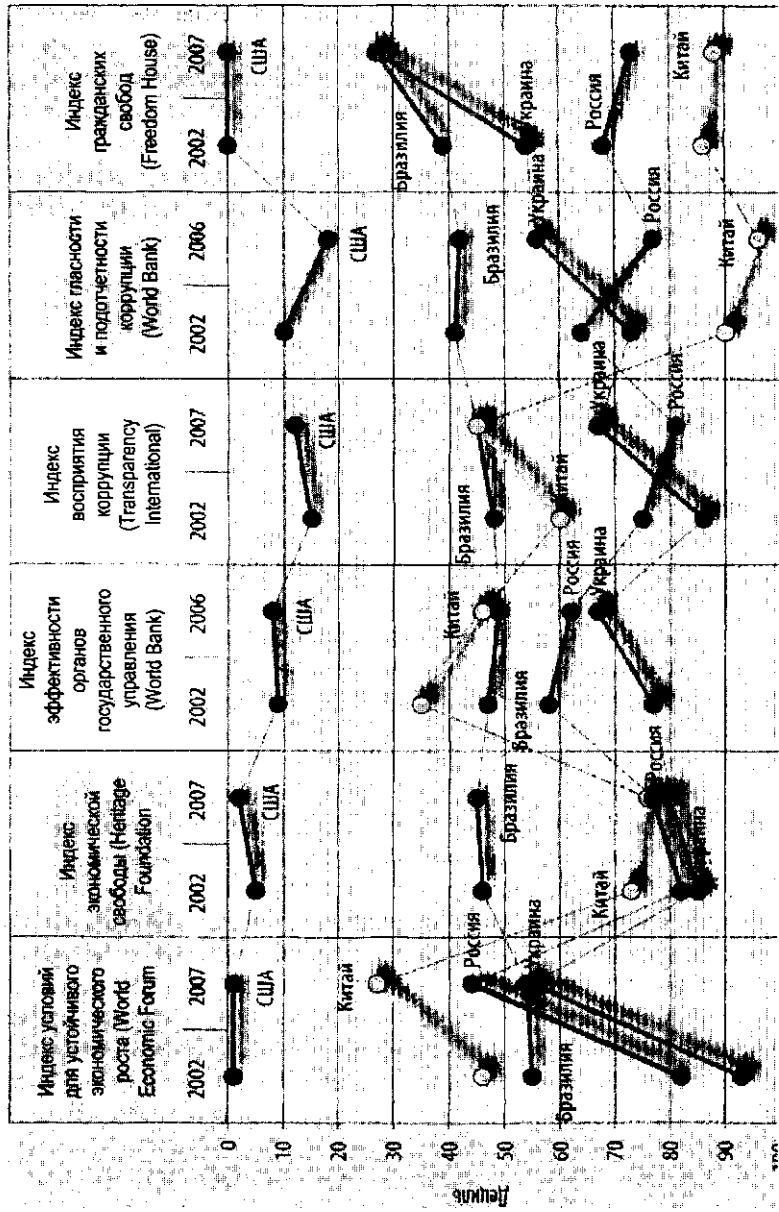
Индекс эффективности государственных органов, и вот дальше по всем четырем показателям — эффективность государственного управления, восприятие коррупции, гласность и подотчетность, гражданские свободы — мы видим, что Россия находится почти на дне, соревнуется только с Китаем по гражданским свободам, а что касается динамики, то мы видим, что за прошедший период все эти российские показатели падают. То есть по сравнению с тем, что мы имели в начале 2000-х годов, ситуация ухудшилась. У нас часто представляют эти оценки, рейтинги как какие-то политизированные оценки. Упаси бог — существуют отработанные методики, подчас для соответствующих расчетов требуется обработка порядка четырехсот показателей. У каждой компании свои методики, но это из года в год делается, это вполне серьезные вещи, т.е. я бы предложил все-таки относиться к этому достаточно серьезно и трезво смотреть на ту ситуацию, которая сегодня складывается.

Е.В. НОВИКОВА: Прошу прощения, а Вы не прокомментируете динамику снижения уровня коррупции в Украине?

М.А СУББОТИН: Уже много раз говорилось, что понятие коррупции в России — вещь достаточно скользкая, если говорить о критериях, потому что коррупция у нас специфическая — во многом она является краеугольным камнем всей системы управления, потому что эта система управления построена на конфликте интересов, когда ведущие государственные чиновники оказываются руководителями тех или иных компаний.

Тут по большей части оценивается то, сколько отвлекается ресурсов у предпринимателей на осуществление сделок, и получается, что коррупционные расходы все время растут. Причем коррупция в России меняется: мало того что она выросла в разы, теперь ее особенностью стала возможность неисполнения — если раньше ты заплатил и по крайней мере обязательства выполнялись, то теперь предприниматель может заплатить и ему потом скажут, что ничего не получилось.

Диаграмма 1



В. САЙМОНС: Я хочу сказать, что, например, рейтинг Transparency International — очень хороший, мне очень нравится. Что касается двух американских, Freedom House Foundation, наверное, вы сами знаете, что они весьма правые. Я их не очень люблю, потому что их методика, боюсь, для России, а может быть, и для Украины не может объяснить причины. Хотя я согласен, что рост уважения и обеспечения гражданских свобод — это весьма важно. Но я боюсь, что в этих организациях они как раз видят этот прогресс больше в Украине, потому что они очень хотят это увидеть. Не то чтобы я антиамериканец, нет.

М.А. СУББОТИН: Теперь — основные значения показателей делового климата в России. Понятно, эта серединка — это то, что более или менее может бизнес устраивать. По параметрам «возможность создания нового бизнеса», «защищенность частной собственности», «развитие законодательной базы предпринимательства», «свободные от коррупции отношения бизнеса и власти», «характер налогового администрирования», «деятельность системы лицензирования, надзора и контроля» — тут по нарастающей, но все хуже, чем требуется для более-менее нормального ведения бизнеса. Бизнес до недавнего времени устраивало направление развития политической ситуации. Однако это очень среднее значение и до максимума — до семи — еще очень далеко. А отношения в бизнес-сообществе оказались на первом месте.

Например, в апреле 2006 г. Консультативный совет по иностранным инвестициям обсуждал второй ежегодный опрос «Россия как объект инвестиций». Было выделено пять проблем, мешающих увеличению потока инвестиций в Россию. Это административные барьеры (на них указали 84% опрошенных), коррупция (78%), неадекватное и противоречивое законодательство (71%) и избирательная трактовка и применение законов (67%). В то же время незащищенность от агрессивного и неэтичного ведения бизнеса беспокоила всего 39% опрошенных инвесторов. Получается, что инвестор в России опасается государства «вдвое больше», чем конкурентов. В идеале именно конкуренция должна была бы быть самой опасной, а государство — занимать одно из последних мест.

«В какой деятельности со стороны государства, по вашему мнению, в первую очередь нуждается экономика?» Вы будете как юристы смеяться, но «формирование законодательства» дало вот этот фантастический первый результат — 64%, а, например, финансовая поддержка отраслей — в три раза меньше.

Теперь еще одна картинка, которую я для вас подготовил. «Как, по вашему мнению, власть не на словах, а на деле относится к бизнесу?» «Как к кошельку» — ответили 55% опрошенных бизнесменов.

Диалоги первого круглого стола

Ситуация может быть терпимой, когда платишь дань в условиях растущей экономики, — в доходах есть место и для взяток. Интересно, что будет, если экономика начнет загибаться... Эта проблема, можно сказать, циклическая, и компании во многих отношениях ведут себя по-разному на стадии экономического подъема и на стадии кризиса.

Я приведу не вполне, может быть, корректный пример, однако он позволяет поразмышлять над психологическими дилеммами, которые возникают при ведении бизнеса. Это история с «Сахалином-2», когда компания законтрактовала экспорт газа на 80%, т.е. будущий газ. И в том случае, если возникает приостановка проекта, то они должны покупать газ на мировых рынках и продавать своим покупателям, потому что они взяли на себя обязательства в определенное время начать поставки. И дальше у компании возникает развилка - либо они теряют деньги, но не идут на конфликт и каким-то образом «урегулируют» проблемы, вызвавшие эту приостановку, либо они втягиваются в длинный проект, где сутяжничество может обойтись очень дорого. Ситуация, в которой за компанией находятся десятки тысяч акционеров; понятно, какое решение они подчас вынуждены принимать. Это называется, по русской поговорке, «коготок увяз — всей птичке пропасть». Тем не менее этот «кошелек» произвел на меня сильное впечатление, мне хотелось это дело показать вам.

Т.Г. МОРЩАКОВА: А как же средства, с помощью которых этот «кошелек» открывается? Они же разные. Понимаете, это самое интересное. Потому что здесь как раз есть правовой аспект, и я думаю, что он мизерный, а есть неправовой аспект, и я думаю, что он максимальный.

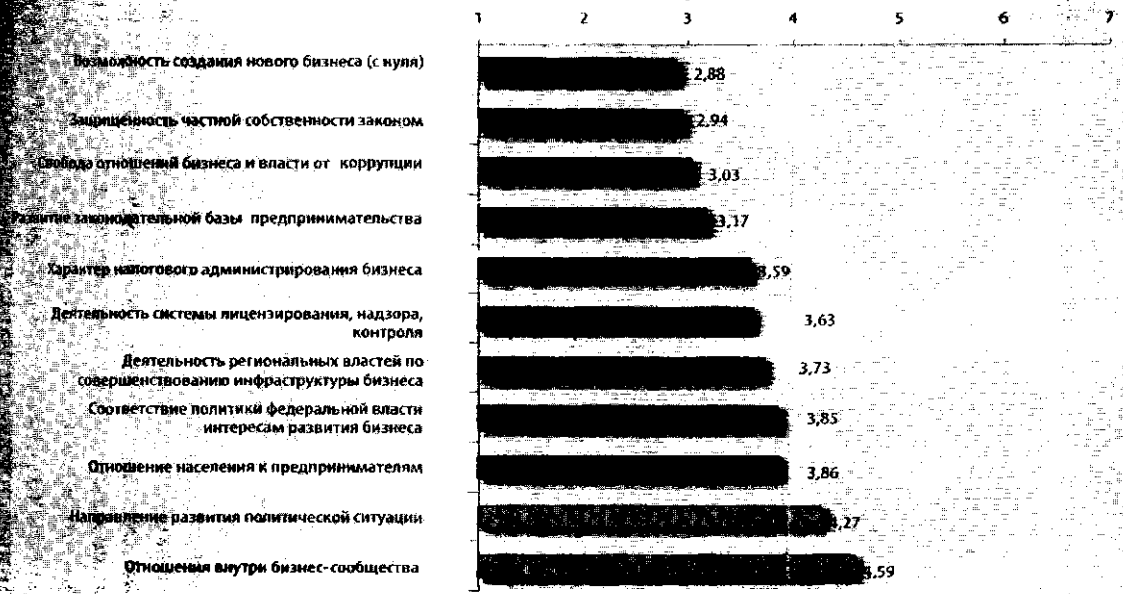
М.А. СУББОТИН: Я много раз встречал в книгах термин «ползучая национализация», которая состоит из неких неявных форм давления...

Т.Г. МОРЩАКОВА: Отобрания.

М.А. СУББОТИН: Да. И непонятно, каким образом это можно урегулировать законодательством. Например, предоставляется право на строительство завода, а когда он построен и начинает функционировать, вы говорите, что ремонт дороги к нему затянется на ближайшие лет пять и сюда рабочих вы завозить можете только на вертолете.

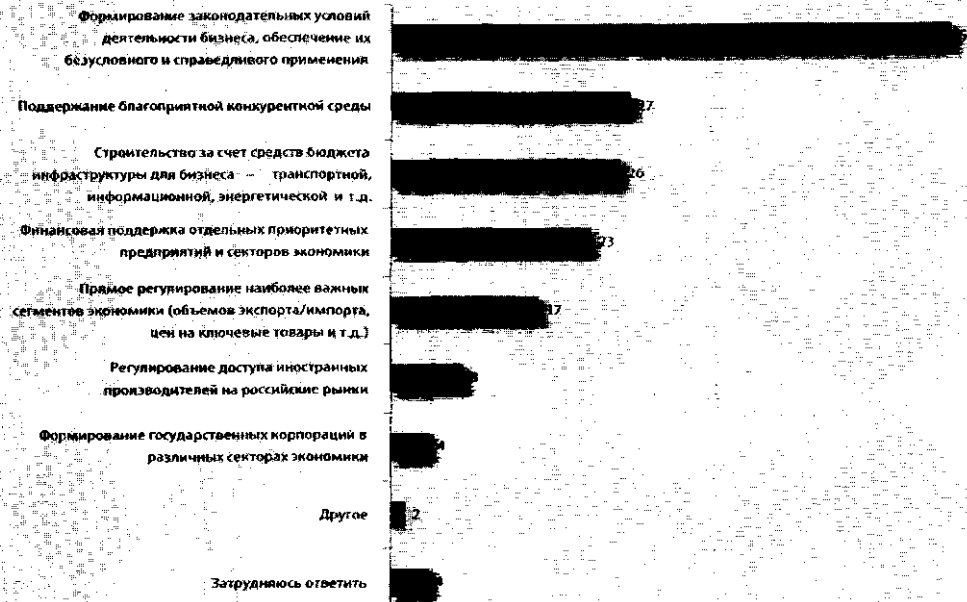
С точки зрения закона тут не видно, за что можно зацепиться. С точки зрения возможностей парализовать деятельность бизнеса и вот такого его шантажа — это запросто. Не так давно у меня вышла статья, в которой я говорил о том, что у нас вообще два инвестиционных климата в одной стране: с одной стороны, создаются чрезвычайно благоприятные условия для государственных компаний, а с другой — условия для всех

Значение основных показателей делового климата в России
(средние баллы от 1 – «очень плохо» до 7 – «очень хорошо»)



В какой деятельности со стороны государства, по Вашему мнению, в первую очередь нуждается сегодня российская экономика?

(закрытый вопрос, не более двух ответов)



Верховенство права

остальных. И в одном случае это вполне благоприятный, как вы понимаете, климат, а в другом случае он весьма непростой.

Представленные вашему вниманию опросы частично вскрывают эту проблему, потому что мы получаем «среднюю температуру по больнице». На самом деле разрыв в оценках коммерсантов еще больше. Если мы берем собственно частный бизнес, потому что если возьмем просто и будем говорить о «Газпроме», то в «Газпроме» 51 % у государства, а 49% у частного бизнеса, значит, формально он будет опрашиваться точно так же, как любой частный бизнес, хотя на самом деле, как вы понимаете, его ответ - что у нас с инвестиционным климатом все тип-топ.

В заключение две цитаты. Цитата первая из перепечатанного несколькими изданиями в России интервью журналу SPIEGEL в прошлом году члена совета директоров Газпрома, руководителя компании E-On Ruhrgas Брукхарда Бергмана, включенного в совет директоров. На замечание: «Крайне успешный концерн «ЮКОС» был попросту экспроприирован, глава управления и главный акционер Ходорковский отправился в тюрьму», последовал такой ответ: «Для оценки по существу у меня отсутствуют факты, но признать правомерным процесс нельзя»¹.

Это опять-таки не правозащитники говорят. Оценки защищенности бизнеса (есть организации, которые это оценивают), есть у меня доклад РСПП по деловому климату² - после 2004 г. уверенность бизнеса в собственной защите после дела «ЮКОСа» пошла вниз под углом в 45 градусов.

И вторая цитата. «При исполнении арбитражных решений в России могут возникнуть трудности, связанные с неопытностью российских судов в международных коммерческих транзакциях, официальным и неофициальным политическим сопротивлением исполнению решений против российских компаний... неспособностью российских судов обеспечить исполнение решений и коррупцией». Это уже из меморандума «Газпрома», когда он пытался разместить еврооблигации (Ведомости. 2006. 18 октября). А мне кажется, что это предмет для обсуждения юридическим сообществом, потому что здесь диагноз.

Т.Г. МОРЩАКОВА* Жутко интересно, но очень хочется посмотреть, как «кошелек» используется, какими методами он используется, — вот что самое интересное.

¹ Follath E., Schepp M. Der Konzern des Zaren // Der Spiegel. 2007. 5. März. S. 120 ff.; www.ngv.ru/article.aspx?articleID=24372.

² Инвестиционный климат в России (доклад к XV съезду РСПП). М., 2006. С. 8; Обзор состояния делового климата / Под ред. А.Е. Шаститко. М., 2007. С. 30.

Диалоги первого круглого стола

А.В. НАУМОВ: Возвращаясь к «кошельку», «ЮКОС» и др. — это очень большие этажи бизнеса, это на том уровне, все понятно. А если спуститься просто на землю, где мелкий и средний бизнес, то «кошелек» — это таким образом: «Плати, не то завтра посажу по 171-й статье».

Т.Г. МОРЩАКОВА: Но это ведь «кошелек» - не для власти, а для ее разрозненно действующих представителей. Они же не складывают свои личные карманные доходы.

А.В. РОЗЕНЦВАЙГ: Существует механизм участия. Это - пирамида, и на каждом уровне часть денег оседает в карманах представителей власти, часть поднимается вверх, но это единое целое.

Т.Г. МОРЩАКОВА: Да, но они поднимаются вверх по этой пирамиде, поступая действительно к тем, кто выше, но они поступают к ним не в качестве функционера, они поступают к ним в качестве «крыши», т.е. в их конкретном, частном, так сказать, качестве, а не публичном.

А.В. РОЗЕНЦВАЙГ: Я бы не стал разрывать две эти ипостаси, «крыша» — и в личном качестве, и в качестве функционера.

Т.Г. МОРЩАКОВА: Но в бюджет-то они не отдадут, даже когда до верха дойдут. А мы говорим о «кошельке» для власти. Это не поступление в бюджет. Значит, это уже не для власти. Это для персоналий власти. Это не общий «кошелек» государства, общества.

М.А. СУББОТИН: Персоналии не персоналии, но они как раз и олицетворяют власть как таковую.

Т.Г. МОРЩАКОВА: Да, эти личности во власти, но «кошелек» у них индивидуальный, это не «кошелек» власти. Это «кошелек» персон, сидящих во власти.

М.А. СУББОТИН: Точно так же как бизнес у нас есть крупный, мелкий и средний, есть власти федеральные, региональные, муниципальные и т.д. Поэтому на самом деле каждый «доит» по мере возможности то, что у него есть под руками. Поэтому в этом смысле я не вижу тут сильно разных подходов, наоборот, кто-то подает пример, и дальше все действуют примерно по одной и той же методике.

Верховенство права

Т.Г. МОРЩАКОВА: Давайте я приведу пример из нашей истории, совсем простой, чтобы мы эту ситуацию до конца могли понять. Представьте себе, идет продрозверстка — власть ездит, отбирает все, что только можно, и складывает у себя в амбары. Эти амбары не имеют личного предназначения, ими не пользуются те, кто собирал, и это один образец, это действительно «кошелек» для власти, только не с деньгами, а с соответственной продукцией. Здесь же что получается? Люди, используя свою позицию во власти, грабят чужие кошельки, но они не приносят это в общую финансовую базу для существования власти как таковой, как публичного института.

М.А. СУББОТИН: Есть и то, и другое. Приведу простой пример. На протяжении многих лет наполнялся Стабилизационный фонд, это то, о чем вы говорите, в принципе это продрозверстка в чистом виде, т.е. условно говоря, отбирались «лишние» деньги (решением Правительства и Минфина они рассматривались как лишние) и собирались в кубышку. Это так же, как продрозверстка, вы объезжаете и собираете деньги, вы вводите определенный критерий и собираете просто в некий общий «кошелек». После этого возникают кризисные явления. Кому идут эти деньги? Они идут государственным компаниям. То есть те люди, которые сели до этого на финансовые потоки в этих государственных компаниях, теперь получили из этого общего кошелька. И чем это отличается?

А.В. РОЗЕНЦВАЙГ: У меня есть пример, сейчас прямо отвечу на ваш вопрос. По Казахстану есть данные о том, что власть попросила и получила от большого бизнеса многие миллионы долларов для проведения избирательной кампании, формирования собственных структур. Вот ответ.

Т.Г. МОРЩАКОВА: Это понятный метод. Это действительно забрали из «кошелька» для организации публичной деятельности, это еще не так плохо, как если бы забрали из «кошелька» с помощью правовых методов, в том числе с помощью налогообложения, в персональный кошелек. Вот какие процессы нужно развести. Это тоже плохо, но тут забрали на публичные функции, а эти же - на свои частные.

А.В. РОЗЕНЦВАЙГ: Из этих денег потом потоки распределяются сверху вниз. И что такое «публичные функции»? Это скорее функция самовоспроизводства власти.

Диалоги первого круглого стола

М.А. СУББОТИН: Я знаю конкретных замминистров и министров, чьи жены обслуживали эти или соседние министерства, работая во главе своих компаний. Им закрывали контракты, платили из бюджета, из средств на НИРы и т.п.

А.Г. ФЕДОТОВ: Мы говорим о том, что, к сожалению, выстроена практически легальная ситуация, когда при наличии правовых оснований государственные деньги поступают не в казну, а к конкретным людям, которые, условно говоря, к казне не имеют отношения, хотя формально занимают государственные должности. Проблема в том, что формально это легально.

В.М. ЖУЙКОВ: Конфликт интересов заложен в основу функционирования государства.

А.Г. ФЕДОТОВ: Совершенно очевидно, что сначала эта система абсолютно легальна: собираются налоги и затем из бюджета эти деньги передаются в госкорпорации. Что такое госкорпорации, я, например, с трудом понимаю. А дальше эти деньги становятся небюджетными, и дальше они могут расходоваться по тому механизму, как описал Михаил Александрович, т.е. 94-й ФЗ о размещении госзаказов не нужен, и опять все легально. Отработан некий легальный механизм перераспределения средств, зарабатываемых всей страной, совершенно для частных интересов.

Т.Г. МОРЩАКОВА: Да. Средств, зарабатываемых всей страной для реализации публичных функций, а распределение как раз идет по личным карманам.

А.Г. ФЕДОТОВ: Но есть другой механизм, он больше внизу происходит, про который Александр Владимирович говорил. Строго говоря, этот механизм легальным можно назвать относительно, когда под угрозой уголовной репрессии просто отбирается имущество. У нас, к сожалению, есть и тот процесс, и другой.

М.А. СУББОТИН: Я бы еще все-таки одно слово сказал по поводу той формы огосударствления, которое происходит. Если посмотреть на историю российской приватизации, то у компании в ходе приватизации появлялся хозяин. И он начинал отсекал так называемые «боковики», потому что ему важно было дотянуть прибыль доверху

Верховенство права

и распределить дивиденды. Постепенно убиралась система боковых структур, через которые, грубо говоря, закупки осуществлялись более дорого, а продажа своих товаров — более дешево и тем самым создавались центры прибыли на стороне. Этот процесс очищения финансовых потоков шел постепенно, очень неравномерно, но тем не менее была очевидна динамика совершенствования финансового контроля.

С того момента, когда начались обратные процессы, когда компания переходит в государственную собственность, любой руководитель этой компании оказывается в двусмысленном положении: если он добивается максимальной эффективности этой компании, то все те деньги, которые он зарабатывает, прибыли компании, уходят в бюджет. Поэтому в государственной компании стремление ее топ-менеджеров заработать толкает к тому, чтобы опять начали быстро формироваться боковые структуры. Если вы посмотрите на эффективность этих компаний, как в разы сразу же выросли расходы на благотворительность и на прочие всякие такие мероприятия, то становится очевидным, что доход до верхушки, с которой платятся налоги, уже не доходит. В этом смысле мы начинаем возвращаться к началу 90-х...

А.Г. ФЕДОТОВ: У нас по закону, по АПК, для ВАС нет такого основания отмены решения, как несоответствие закону судебного акта, но есть отмена в порядке обеспечения единства судебной практики. То есть вопрос в том, а может ли высший судебный орган не иметь в своих полномочиях такого полномочия, как отмена судебного акта, не соответствующего закону?

А.В. РАХМИЛОВИЧ: Акт, соответствующий закону, противоречит судебной практике?

В.М. ЖУИКОВ: Я могу на этот вопрос ответить, просто я знаю историю этого развития, потому что здесь — влияние Европейского Суда, который сказал, что в основном все дела рассматриваются в двух инстанциях, третья инстанция - кассация во Франции, ревизия в Германии — только в исключительных случаях, когда это нужно для развития права. Ну, может быть, у них первая и вторая инстанции работают так, что достаточно этого? У нас же всегда было основанием для пересмотра в надзорной инстанции существенное нарушение норм материального или процессуального права. Когда решили отойти от этого, в ГПК сохранили пока эту формулировку, а ВАС сказал, что «мы будем рассматривать дела только тогда, когда это нужно для развития права,

Диалоги первого круглого стола

как мы его понимаем, а на все остальные нарушения мы не обращаем внимания», вот и все. А хорошо это или плохо, вот, ответить надо. Нарушил закон во всех инстанциях — ВАС видит, что закон нарушен, но он отменять не будет, потому что это не требуется для обеспечения единства практики.

А.Г. ФЕДОТОВ: А если такое решение принимают многие суды, то он будет отменять законные решения, которые нарушают единообразие судебной практики.

Т.Г. МОРЩАКОВА: Конечно, вот оно. Отрицательное значение единства.

А.В. НАУМОВ: Я хочу сделать дополнение касательно одного вопроса о юридической природе постановлений Пленума Верховного Суда РФ и судебном прецеденте. Ведь как у нас толкуется ст. 126 Конституции, в которой записана компетенция Верховного Суда? Там нет слова «руководящие», как это было в отношении постановлений Пленума Верховного Суда СССР, и из этого делается вывод: раз слова «руководящие» там нет, значит, это необязательное. А что такое необязательное? Это означает рекомендательное: если суд прислушиваться не хочет - ради бога и т.д. Но так ли это, если правильно толковать ст. 126 Конституции? Она же помещена в главе о судебной власти, и, следовательно, речь идет об одном из властных полномочий Верховного Суда. Причем там сказано, на основании чего это — на основании обобщения конкретной практики, т.е. само обобщение — вне процесса, но практика-то вся была в рамках уголовного процесса, в рамках его властных полномочий. Это есть одно из его властных полномочий, поэтому я считаю, что можно опираться на ст. 126 Конституции и говорить о том, что постановления Пленума носят обязательный характер. Вспомним американскую социологическую юриспруденцию. Там все упирается в реальную, фактическую функцию предписаний правового характера (в первую очередь судебных). В случае с постановлениями Пленума Верховного Суда получается нечто сходное. Зададимся вопросом: регулируют ли фактически такие постановления Пленума или не регулируют? Ясно, что регулируют, во многом регулируют. Много ли найдется судей, которые в «пику» этим постановлениям Пленума примут другое решение? Конечно, не много. Фактически они регулируют. Я думаю, что исходя из места этой ст. 126 в самой Конституции, а именно в главе о судебной власти, это является проявлением властных полномочий Верховного Суда.

Верховенство права

Теперь о судебном прецеденте. Применительно к Конституционному Суду вопрос не вызывает никаких сомнений. Я только приведу один пример. В 1995 г. мне пришлось выступать экспертом в Конституционном Суде по вопросу признания неконституционной одной части ст. 64 УК об измене Родине, где было сформулировано, что бегство за границу и отказ возвратиться из-за границы есть признаки измены Родине. Защитником по этому делу был Игорь Леонидович Петрухин, мы с ним занимали единую позицию. Конституционный Суд признал, что эта формулировка является неконституционной. Как же можно не признать это постановление Конституционного Суда источником уголовного права? С одной стороны, формулировку ст. 64 УК никто не изменял, она изменилась только 1 января 1997 г., когда вступил в силу новый УК, т.е. речь шла буквально о двух годах. Чем руководствовались суды в этом случае? Статьей 64 УК, действующей, формально не отмененной, или решением Конституционного Суда? Конечно решением Конституционного Суда.

Т.Г. МОРЩАКОВА: Это вопрос об обязательности, но не о прецеденте.

А.В. НАУМОВ: Своеобразный, конечно, это ясно. А с другой стороны, если бы, предположим, суду пришлось бы отказывать в этом отношении, выносить приговор оправдательный, что в этом случае при бегстве за границу нет состава преступления, на что бы он сослался? Он сослался бы на решение Конституционного Суда. Это решение Конституционного Суда было по конкретному делу, и при рассмотрении конкретного дела он был бы обязан так сослаться. Другое дело, что таких дел не было, но не было потому, что было ясно, что нет перспективы, раз Конституционный Суд по этому поводу высказался.

Поэтому большой разницы между классическим судебным прецедентом и этим я не вижу. Различия, конечно, по формальным признакам мы найдем, но принципиальной разницы в этом отношении я не вижу.

И закончу я тем, что мы немного преувеличиваем различие систем. В 1997 г. мне пришлось в соавторстве с профессором Колумбийского университета Дж. Флетчером написать большую книгу «Основные концепции современного уголовного права», где основополагающая идея была следующая и основная мысль книги была такая (мы по главным институтам уголовного права прошли, выделив 12 институтов), что между нашими системами континентального права и общего права больше сходства, чем различий.

Т.Г. МОРЩАКОВА: Нужно различать прецедент и нормоконтроль. В области нормоконтроля о прецеденте говорить нельзя, если мы говорим с точки зрения юридических последствий. Нормоконтроль должен иметь общее значение. Это не прецедент, это явление другого порядка, это особенная преюдиция, установление факта несоответствия закону другой, нижестоящей, нормы, так же как и с решением Конституционного Суда. На самом деле очень интересный вопрос.

Очевидно, юристы должны быть более занудливыми в чисто юридической квалификации любой проблемы. В частности, сейчас я это адресую вопросу о прецеденте. В чем мы здесь все едины? То, что решают суды, не может отбрасываться, т.е. оно должно иметь какое-то универсальное значение. Но важно ответить на вопрос о том, каковы будут юридические последствия и по каким вопросам то или иное решение суда имеет для всех обязательное значение.

Когда мы говорим о прецеденте и об обязательности судебных актов для других, допустим, судов, ясно, что акт суда, вынесенный по какому-то определенному вопросу, если этот вопрос в дальнейшем рассматривается другим судом, не может быть отброшен. Но речь идет еще и о том, какое ему будет придано значение. Это по-разному должно решаться в разных видах юрисдикции. Можно обратиться к утверждению, что решение Верховного Суда должно иметь прецедентное значение. Нет, не о том речь. Решение этого суда обязательно, можно сказать, что оно имеет квазинормативное значение. Опять же квазинормативное потому, что нормы создает законодатель.

Я сейчас не говорю о дилемме: источник права, не источник права, — потому что тогда потребуется определить, что есть источник, все зависит от самого понятия источника. Если речь идет о решениях Конституционного Суда — да, написано прямо в Конституции и в законе, что они имеют обязательное значение и действуют непосредственно, нас это юридическое последствие интересует. Но по юридическому своему характеру что представляет собой тот факт, который установил Конституционный Суд? Он установил только один-единственный факт, что какое-то нормативное положение — не номер статьи, не закон под таким-то названием, а содержательно нормативное положение — не соответствует Конституции. И это установление определенного факта. Это особенный факт, потому что он касается нормативного регулирования. Это не тот факт, который мы устанавливаем, когда по уголовному делу исследуем обстоятельства убийства, это факт другого рода, это установление факта несоответствия нормативного положения более высокому акту, а именно Конституции. И когда такое

конкретное содержание признано не соответствующим Конституции, дальше уже не важно, где мы можем найти другой, следующий, факт такого же юридического содержания, важно, что любым фактам такого же юридического содержания — в законе субъекта, в другом федеральном законе, в другом процессуальном кодексе — относится вывод Конституционного Суда о том, что данное положение по своему содержанию не соответствует Конституции. Лично я рассматриваю это как особый вид преюдиции. Он особый только потому, что речь идет об установленном факте, касающемся нормативного содержания.

Что есть преюдиция? Один суд установил факт, другие суды не «переустанавливают» его. Вот и все. Поэтому по отношению к решению Конституционного Суда мы имеем дело с преюдицией: факт неконституционного содержания определенного положения уже установлен, и он должен приниматься во всех других случаях без переоценки. Иначе было бы, что, допустим, Конституционный Суд должен 88 раз 88 субъектам Федерации сказать: «Нет, это у вас неконституционно», хотя речь идет об одном и том же — «я хочу иметь свою судебную систему, могу я или не могу». Вот о каких фактах мы и говорим. Точно такое же рассуждение относится, с моей точки зрения, к тому, что уже приводили в качестве примера, когда говорили о проверке нормативного содержания, а не об установлении фактов совершения деяния. Да, когда суды установили, что это нормативное содержание не годится, этот факт должен признаваться независимо от того, в каком документе это нормативное содержание вновь и вновь повторяется. Далее посмотрим. Мы говорим об обязательности прецедента. Нельзя не согласиться с Анатолием Валентиновичем: безусловно, то, что решили суды в отношении установления соотношения между установленными фактами и тем, как это должно квалифицироваться, — это содержание прецедента. И речь идет уже не об установлении факта какого-то, а о том, каким образом надо оценивать сходное фактическое обстоятельство в различных делах. Если установлено, что эти юридические обстоятельства должны влечь за собой привлечение таких-то правовых категорий и таких-то правовых норм для их правовой квалификации, то, конечно, такое решение суда имеет колоссальное значение: если суды изучают практику, если, допустим, высшие судебные органы эту практику в обзорах судебной практики освещают, это прямое руководство к действию для судов всех других. Но имеет ли здесь место прецедент?

Прецедент в системе англосаксонского права по содержанию может быть таким же, как наши нормы закона плюс судебная практика. Но он

там другой механизм действия обнаруживает. Там механизм отказа (отступления) от прецедента будет совсем другим. У нас не требуется специального механизма отступления от прецедента. Да, мы знаем, что так в большинстве случаев решаются дела, при таких обстоятельствах наступают такие правовые последствия в виде правовой квалификации, но это не факт, установленный одним судом, который должен связывать все другие суды, обращающиеся к исследованию этого факта, это нечто другое, и для того, чтобы отступить от сложившегося подхода, не нужно специально опровергать имевший ранее место квазипрецедент, а вернее, сложившуюся нашу судебную практику.

И я позволю себе, не останавливаясь на каких-то еще общих положениях, перейти к тому, что с изложенным тесно связано, а именно, к постановлениям Пленума. Раньше они были обязательными, а теперь обязательными быть перестали. Почему? Потому что десятилетия работы судов в советское время показали, что десятилетиями нельзя было «поломать», простите мне это слово, неправильные руководящие указания Пленума Верховного Суда. Я помню до сих пор председателя Ивановского областного суда, которая в 1988 г. говорила: «Мы 10 лет не могли поломать постановление Пленума Верховного Суда, потому что оно обязательное»; если суды выносили решения другого рода, значит, была отмена и, значит, это записывалось им в качестве отрицательного показателя. Поэтому ушли от этого. Я могу даже, например, согласиться с тем, что какие-то акты руководящего свойства, принимаемые высшими судами, могут приобрести обязательное значение, но в системе права это должно быть чем-то уравновешено. Если это имеет обязательное значение — пожалуйста, предоставьте право заинтересованным субъектам спорить с этими актами. У нас все оспоримо, даже федеральный конституционный закон можно оспорить в Конституционном Суде, а акты высших судов, такие как акты Пленума Верховного Суда и Пленума Высшего Арбитражного Суда, неоспоримы. Возможно такое в правовой системе? Только по отношению к рекомендательным актам, только по отношению к тому, от чего можно отступить, но не по отношению к тому, что нельзя проверить. Вот в чем загвоздка. Лично моя позиция, если вы меня спросите (это я давно Конституционному Суду предлагала, он на это никак не осмеливается): да, согласимся с тем, что эти акты имеют обязательное значение, они же важные, но признаем, что мы можем их проверять в нашей процедуре, в конституционном правосудии (я уж не говорю о возможной также проверке на соответствие федеральному закону, а хотя бы в конституционном правосудии), на соответствие федеральной Конституции так,

Верховенство права

как это сделали венгры. И тогда Пленум венгерского Верховного Суда отказался от обязательности своих директив. Почему? Он боялся, что они будут оспорены, он этого не хотел. А пока они не неоспоримы, что у нас, что в Венгрии, у судей нижестоящих судов остается возможность слушаться.

Почему я, например, всегда возражаю против того основания, которое закрепил АПК для приведения в единство всей своей судебной практики: нарушение единства практики — основание отмены? Я возражаю: тогда нарушение постановлений Пленума — основание отмены. А если они неправильные, эти постановления? Вот почему я против этого возражаю.

Теперь позвольте мне сформулировать уже тезис о значении того, что мы называем единством практики, хорошо это или плохо, и как это связано с верховенством права. На самом деле, хотя судебные системы представляют собой строгую вертикаль — этого институционального аспекта обеспечения единства мы сегодня еще не касались, — в судебную систему заложен элемент, обратный управляемости, а именно определенной энтропии. Суд внизу должен принимать решения по своему убеждению и в соответствии со своим правосознанием. Мы сейчас исходим из должного, хорошего уровня правосознания. Это правосознание определяется очень важными конституционными моментами. Об этом тоже говорил Виктор Мартенианович. Я его очень поддерживаю, когда он выдвигает идею: судья не может принять решение, которое, с его точки зрения, не соответствует закону, и не может принять решение, если закон, который ему надлежит применять, с его точки зрения не соответствует акту более высокого уровня, не соответствует Конституции. Это общая идея так называемого судебного контроля. Эта функция принадлежит не только Конституционному Суду. Понимаете, не должен судья следовать инструкции. Он должен сначала проверить эту инструкцию на соответствие правовым принципам. Мы же с вами говорим о верховенстве права, а не о чисто позитивистской позиции.

Так вот, категорий, которые интересуют нас в этой теме, две: верховенство права и чисто позитивистская позиция обеспечения единства практики с точки зрения ее соответствия нормам позитивного права. Нормы позитивного права могут быть не очень хороши. Мы же постепенно приходим к чему — к тому, что закон мы тоже оцениваем. Судебная власть — вообще не власть, пока она не оценивает закон. И это должны делать все суды, не только Конституционный Суд, но и другие суды. Просто у решений таких разных судов, как Конституционный

и суды других юрисдикции, разные юридические последствия. Если суд анализирует закон и в процессе правоприменения своего находит, что он не соответствует Конституции, он принимает решение в соответствии с тем, что ему велит Конституция, но при этом то, как он решил, не может иметь универсального значения. Он не отменяет юридическую силу того акта, от применения которого сам отказался. Этот акт может исчезнуть — в силу определенного построения нашей правовой системы - только после того, как он попадет на рассмотрение Конституционного Суда и Конституционный Суд скажет: «Да, это не соответствует Конституции».

Почему спор был довольно долго и в общем он остается неразрешенным между Верховным Судом и Конституционным Судом? А спор был по вопросу о том, обязательно ли суду обращаться в Конституционный Суд, если он полагает, что какой-то закон не является соответствующим Конституции, или не обязательно. Так вот, для того, чтобы разрешить конкретное дело, ему не обязательно обращаться в Конституционный Суд. Он может сам решить: «Да, этот закон не соответствует Конституции, я его не применяю, я основываю свое решение на конституционных нормах». Конкретное дело он таким образом разрешил. А далее наступает нечто другое, второй вопрос, тоже связанный с нашей темой. Все суды обязаны обеспечивать равенство перед законом и судом, и исходя из этого принципа, а не из какого-то неопределенного по окраске единства судебной практики, любой суд, который отказался от применения нормы как неконституционной, должен сказать Конституционному Суду: «Решите это для всех». Вот в чем смысл этих обращений и в чем отличие судебного контроля, который осуществляется всеми судами, от судебного контроля, который осуществляется Конституционным Судом. Поэтому и условием для обращения других судов в КС является не сомнение в конституционности закона, а уверенность судьи в этой неконституционности — сомнения-то он должен устранять путем истолкования нормы.

А теперь от этого мне очень легко перейти к тому, о чем я хотела сказать. Следовательно, речь идет не о единстве практики, не о единстве любого окраса и любого содержания, а о единстве с точки зрения каких-то общепризнанных критериев. И тогда нам нужно разобраться в том, каковы эти критерии. Я считаю, что эти критерии — это общепризнанные принципы права. Такие общие принципы права существуют. Они существуют в теории, они существуют в законодательстве, когда законодательство отражает эти принципы права, и у нас они прежде всего закреплены в Конституции. Я знаю, что теперь не очень

Верховенство права

уже вроде бы настаивают на стабильности нашей Конституции, но я буду говорить о ней только в той части, в которой она имеет значение, прежде всего для судебной деятельности. А она имеет значение для судебной деятельности в трех ее частях: в основах конституционного строя, в основных правах и свободах граждан (это первая и вторая главы) и в седьмой главе, которая касается непосредственно организации самой судебной власти. В этих трех главах она имеет абсолютно бесспорное, я считаю, стабильное значение для всего, что мы имеем в сфере правосудия и в сфере судебной практики. Если мы проверим конституционные акты разных стран с точки зрения решения названных вопросов, то, поскольку мы говорим о демократических, правовых государствах (не важно, в какой форме, республика ли это или монархия, как Великобритания), в этих вопросах все акты современного уровня развития конституционализма по существу совпадают. Они все признают права и свободы высшей ценностью, они все исходят из единых стандартов прав человека, и они исходят из единых стандартов организации судебной власти, потому что история доказала, что власть, организованная на других началах, не может играть роль судебной власти в соответствии с тем, как это ей надлежит в демократическом, правовом обществе. Вот и все, что должно, с моей точки зрения, быть исходными посылками для обеспечения верховенства права посредством правосудия или посредством судов как органов судебной власти. Конечно, это очень общая характеристика, но на самом деле можно абсолютно ко всем принципиальным положениям права найти эквиваленты в законодательном регулировании разных стран, касается ли это институциональной организации судебной власти, статусных характеристик судей как носителей судебной власти или регулирования процессуальной деятельности, потому что без процессуальной формы судебная власть неосуществима, и это тоже ее общепризнанный признак. Правосудие не вершится, если орган, на который оно возложено, не имеет таких признаков, какими должен обладать суд. Страсбург иногда говорит: «Суд или квазисудебный орган», просто потому, что он исходит из того, что не все органы, основанные на таких же принципах, как суды, носят название «суд». Где-то это, может быть, называется «трибунал». Но это суд по существу тех принципов, которых он придерживается.

Как же это все связано с таким понятием, как «обеспечение верховенства права», которое мы иногда можем где-то рассматривать через обеспечение судами и единого масштаба прав и свобод для каждого, кто обращается в суд за судебной защитой, включая не только лиц

физических, но и юридических, поскольку во многих случаях именно они осуществляют те права и свободы, которые Конституция рассматривает как основные.

Дальше мы должны, очевидно, посмотреть: если мы стремимся к верховенству права, то всегда ли оно будет обеспечиваться за счет терминов, которые для нас достаточно привычны? Я вам сейчас их назову, они все связаны с понятием единства — речь может идти о единстве практики, единстве судебной системы, единстве процедур. Могут ли единство практики, единство судебной системы, единство процедур всегда обеспечивать справедливое правосудие? На самом деле единое обеспечение верховенства права, т.е. просто верховенства права, как главной сущности, которой должна следовать судебная власть, вовсе не обязательно требует единства практики, единства структур, единства судебной системы и единства процедур. Вот это — самая спорная, может быть, часть моего выступления в связи с тем, что мы здесь обсуждаем. Конечно, я несколько не оспариваю тот тезис, что в вопросах толкования определенного закона суды, независимо от того, какие это суды (конституционная юрисдикция, арбитражная юрисдикция или общая юрисдикция), в вопросах толкования одного и того же закона никакие юрисдикции не могут позволить себе разноречивую в употребляемых понятиях. И здесь очень важное значение, конечно, имеет единое толкование закона. У нас нет официального механизма выработки универсального, единого толкования закона.

Я сказала, почему для этого механизма не годятся постановления пленумов высших судов. Если бы реконструировать этот инструментарий, то они бы тоже годились. Но пока единственный механизм единого толкования закона, который мы сейчас знаем, — это то, что делает Конституционный Суд, когда он выявляет конституционный смысл нормы. Да, ему приходится иногда признать, и, наверное, это положительно, а не отрицательно, что если коллизия в истолковании разными судами одних и тех же норм приводит к коллизии основных прав, закрепленных в нормах закона, а не только в Конституции, то это становится проблемной конституционной. У Конституционного Суда — такая аргументация: коллизия в понимании, в истолковании норм является предметом конституционного правосудия, если приводит к коллизии прав, закрепленных не только Конституцией, потому что в Конституции указано, что перечень прав, перечисленных в ней, ни в коей мере не может служить умалению других прав, в том числе и предоставленных законом. И основанный на этом подходе процесс конституционного судебного контроля, конечно, выступает как инструмент устранения разночтений

Верховенство права

и обеспечения единства в толковании закона, единства, связанного с выявлением конституционного смысла норм, и, следовательно, как механизм обеспечения верховенства права, потому что никакого другого критерия у Конституционного Суда, кроме верховенства Конституции с ее требованием верховенства права, не должно быть. Я сейчас не разбираю его отдельные решения. Я смотрю на это как на должное, не как на сущее. Никакого другого механизма у Конституционного Суда быть не должно. Он выявил конституционный смысл, этот смысл для всех является обязательным, и это такой достаточно — в технико-юридическом отношении — надежный механизм обеспечения верховенства права в судебной системе. Но он работает у нас только тогда, когда эти решения выполняются другими судами, что пока у нас неосуществимо и очень редко является возможным.

Теперь вопрос такой: а должны ли у нас быть единые процедуры для того, чтобы мы всегда обеспечивали верховенство права? В каких-то вещах, где речь идет о защите одних и тех же прав, безусловно. Известно, например, решение Конституционного Суда о том, что нельзя исходить из того, что в арбитражном судопроизводстве интересы сторон могут представлять только адвокаты, в то время как в гражданском судопроизводстве у тех же самых лиц и по поводу тех же самых спорных объектов, предметов спора, это могут делать не только адвокаты. Теперь предлагается это вообще все изменить, признав возможным только профессиональное представительство, но тогда остается нерешенной еще одна задачка: а как обеспечить равный доступ к юридической помощи для тех, кто не способен так, как юридические лица и более или менее крупные или средние предприниматели, обратиться за юридической помощью к специалисту — юристу, адвокату? Государство это не решило, и оно тем самым не обеспечивает именно верховенство права, хотя внешнее единство вот этими изменениями, о которых вы говорите, установлено, оно введено, а по сути нет единого доступа, обеспечения равного доступа к судебной защите. Поэтому каждый раз, когда мы говорим об обеспечении верховенства права, это не вопрос формальной сходимости регулирования и формально одинаковых судебных решений, а это вопрос содержательный — одинаковой справедливости судебных решений.

И здесь я перехожу к тому, что есть обеспечение верховенства права в судебных процедурах, чтобы у них был единый масштаб. На самом деле этот масштаб существует, и именно из него мы должны исходить, когда говорим о едином процессуальном порядке обеспечения судами прав и свобод. В чем этот масштаб? Очень просто:

все — в ст. 6 Европейской конвенции, которая говорит о справедливом правосудии. Какими бы ни были процедуры, они всегда будут обеспечивать верховенство права и в этом смысле единство в процедурах, если они не будут отступать от критериев справедливого правосудия, закрепленных в ст. 6 Европейской конвенции. Кстати, надо сказать, что это, по сути, не требование разрешения материально-правового спора по справедливости, а требование именно обеспечения каждому справедливых процедур рассмотрения его конфликта.

Теперь мне хочется остановиться на вопросе (этот вопрос для меня очень больной, и я думаю, что он для всех нас может стать очень болезненным) о единстве (видите, у меня так получается, что единство все время с какой-то негативной коннотацией, т.е. как какое-то отрицательное свойство, звучит), так сказать, институциональном или, как это у нас в законе о судебной системе написано, о единстве судебной системы. Правда, единство судебной системы разворачивается через ряд показателей, и они в общем-то все приемлемые. Но этот тезис о единстве судебной системы начинает у нас все более эксплуатироваться, и мне бы не хотелось, чтобы он эксплуатировался в таком смысле, что разные юрисдикции нам не очень нужны.

В связи с этим надо подумать, что создает больше оснований для обеспечения верховенства права: дифференциация в юрисдикциях или создание единого суда «по американскому образцу» (как у нас часто любят это называть, хотя это абсолютно не точно)? Я это лично слышала и от нашего действующего Президента на заседании Комиссии при Президенте по правам человека. Он сказал, что только в юности полагал, что развитие разных юрисдикции создает некие преимущества. А сейчас он полагает, что лучше единый суд, возглавляющий единую же судебную систему. Но я представляю себе, что бы это могло быть в наших привычных стереотипах построения всего по единой вертикали. Я считаю, что дифференциация процедур по видам юрисдикции как раз дает нам большее обеспечение верховенства права. Объясню почему.

Во-первых, происходит какая-то специализация. Я сейчас не говорю о том, что арбитражные суды тоже рассматривают гражданские дела, как суды общей юрисдикции, и рассматривают также и административные дела. Я говорю вообще о значении дифференциации юрисдикции. Дифференциация юрисдикции работает у нас на единство в судебной системе и на единство судебной практики, или она работает против? Я считаю, что дифференциация в процедурах в принципе работает на верховенство права. Потому что какая-то выделенная категория дел, по которой отслеживается внутри выделенной же системы

Верховенство права

судов рассмотрение споров, дает больше гарантий для обеспечения равного подхода к защите одних и тех же прав для всех граждан или предпринимателей.

Далее, давайте посмотрим на процессы дифференциации в судебной системе не только с точки зрения равенства, но и с точки зрения справедливости, в том числе с точки зрения требования к справедливым процедурам. В арбитражном процессе к сторонам можно предъявить такие требования: больше профессионализма, вы должны быть только профессионалами, у нас не должно быть разговора на языке, доступном публике на улице, у нас должен быть чисто юридический разговор, где мы можем пользоваться свертыванием всех правовых терминов в один, мы должны понимать друг друга как специалисты-юристы. И тогда мне понятно требование представительства сторон только адвокатами и т.д. А мы можем с такими же требованиями подойти к другому процессу, к суду присяжных? Мы не можем. В процедурах у нас есть границы для обеспечения единства. Но, повторяю, всегда в рамках единых требований ст. 6. Их устранить при дифференциации процедур никак нельзя.

Построение единой судебной системы в смысле единой вертикали органов, которая будет завершаться одним судом, лично я абсолютно отрицаю. И на самом деле европейский континентальный опыт и опыт стран общей системы права не подтверждают, что все суды должны быть выстроены в такую линейку. Даже если мы возьмем американскую судебную систему. Каких судов там только нет! Военные, транспортные, налоговые. Разные. Я уже не говорю о том, что там существует система судов штатов и система федеральных судов. Я могу объяснить, почему мы выстраиваем систему судов в России только как систему федеральных судов. Именно исходя из общей цели обеспечения единого стандарта прав и свобод. И здесь нельзя следовать таким утверждениям, что принцип разделения властей обязательно диктует наличие в каждом субъекте федерации своей судебной системы. Нет, потому что судебная власть, как обеспечивающая баланс, являющаяся противовесом двум другим властям, на федеральном уровне служит противовесом в отношении и законодательной, и исполнительной федеральной власти и ее представительств на местах и в отношении законодательной и исполнительной власти самих субъектов Федерации. Это связано с тем, что ценность единого стандарта прав и свобод, безусловно, выше любых претензий на самостоятельность регионов как государственно-территориальных образований. Кстати, то, как фондируют сейчас мировые суды, когда уже поставлен вопрос о том, что

они должны свое материальное обеспечение получать из федерального бюджета, тоже показывает, что с их обеспечением из региональных бюджетов возникают связи очень опасные для независимости этих судов. А для нас все-таки единый стандарт обеспечения каждому человеку независимого правосудия по его делу гораздо важнее, чем какие бы то ни было другие организационные принципы, лежащие в основе конституирования действующей власти.

Теперь то, на чем нельзя не остановиться. Это вопрос о недопустимых способах и субъектах обеспечения единства судебной практики. Не знаю, отторгаете ли вы эту формулировку. Мне кажется, что существует определенный набор таких средств, которые и сейчас используются для обеспечения единства судебной практики, являясь негодными. Некоторые из них я назвала.

Постановления Пленума не годятся, потому что они не подлежат обжалованию. Запрет судам отклоняться от постановлений Пленума не годится, потому что он противоречит праву и обязанности суда любой акт проверять на соответствие закону и Конституции. Значит, каждый суд должен проверять любое постановление Пленума на соответствие законам и Конституции. Я думаю, что ценность ст. 120 Конституции, которая говорит, что судья независим и подчиняется только закону и Конституции, является гораздо большей, чем ценность обеспечения следования всеми судами указаниям вышестоящего суда. Хотя в организационном плане это легче, легче скомандовать всем и построить всех в одну шеренгу. Но с сущностной точки зрения существование независимого суда, проверяющего все на соответствие правовым принципам, закрепленным в высших законах государства, представляется гораздо большей ценностью, потому что без этого защита прав и свобод правосудием невозможна. Я могу привести массу постановлений Пленума, которые не соответствуют этому, и Виктор Мартенианович их может привести. И никак нельзя менять независимость на единство. Процедуры исключения отклонений от какой-то сложившейся практики (а мне больше нравится говорить не о единстве практики, а о сложившейся практике, от которой могут существовать какие-то отклонения в разные стороны — в отрицательную и положительную), процедуры исключения этих отклонений тоже должны иметь в виду, что отклонения могут быть как отрицательного свойства, так и положительного. Потому что если в судебной системе существует полная управляемость и никогда нижестоящий суд не может настоять на правильности своей позиции, значит, у нас нет механизма для исправления неправильной судебной практики. Кроме одного — когда

Верховенство права

Верховный Суд осознает, что все, что он раньше решал по конкретным делам или в своих постановлениях, оказалось неправильным. Но этого, боюсь, очень долго пришлось бы ждать.

Теперь следующий механизм. Что совершенно недопустимо, так это отрицание преюдиции. В том числе и для уголовного суда. Это абсолютно недопустимый механизм разрушения единой судебной практики. Потому что, конечно, можно «поломать» преюдицию. Но ее нужно ломать в совершенно определенных процессуальных формах. Я не говорю, что преюдиция — это последнее слово и никто никогда не троньте ничего из фактов, установленных одним судом. Но речь идет о том, что допустимой формой для того, чтобы «поломать» преюдицию, прийти от единства практики, от сложившейся практики, к отклонению, является опровержение ранее состоявшихся судебных решений, а не выбрасывание их в корзину. Далее надо рассуждать на тему, в какой процедуре, каким образом, какие средства являются допустимыми для опровержения уже принятых судебных актов. А допустимыми являются только такие средства опровержения этих актов, которые согласуются с конституционным принципом законного суда для каждого дела. Значит, «всяк сверчок знай свой шесток». Не положено рассматривать этим судам такие вопросы — они не имеют права. На это есть ст. 47 Конституции, законный суд для каждого дела — это необходимая составная часть справедливого правосудия. При этом и по этому требованию законного суда, как это толкуется в Конституции, в ст. 6, возникает масса правовых сложных вопросов: какой суд является законным? Но это решаемые вопросы. Главное — исходить из этой идеи: «поломать» судебный акт может только законный суд, компетентный суд, который предусмотрен специально для этого дела, в соответствии с тем, как сконструирована у нас судебная система на основе Конституции, Федерального конституционного закона о судебной системе. А другие способы отрицания преюдиции не годятся. Вот почему, если мы возвращаемся к решению Конституционного Суда по поводу преюдиции, я считаю важным не только то, что нельзя выбросить решение Высшего Арбитражного Суда в корзину.

Я считаю самым важным, что сторона, поддерживающая уголовное обвинение в уголовном судопроизводстве, не может думать, что она опровергла все сомнения в отношении правильности своего обвинения до тех пор, пока существуют судебные акты, утверждавшие, что лицо, обвиняемое по уголовному делу, действовало правомерно. Значит, это задача стороны обвинения в другом процессе, не в уголовном. А эта сторона у нас кто? Это прокуратура. Она имеет свои

Диалоги первого круглого стола

функции участника процесса во всех видах процедур. А теперь представьте себе: она в арбитражном судопроизводстве проиграла снизу доверху. Она имеет право, более того, она обязана отстаивать интересы государства как собственника. Это ее прямая функция. Она не выиграла в арбитражном процессе. Ты сторона обвинения здесь, ты уполномочена на отстаивание государственных интересов там. Если хотите, это единый подход к обеспечению верховенства права. И его никак нельзя обойти. Если ты там проиграла, тебе придется смириться с тем, что ты в уголовном процессе не докажешь, что сомнения в виновности устранены. А раз они не устранены, они уже будут толковаться по правилам уголовного судопроизводства в уголовном процессе, а не по каким-либо другим правилам. Самое главное в этом решении: только законный суд может опровергнуть уже состоявшиеся, вступившие в силу акты в законных же для этого материального права приспособленных процедурах. На самом деле, с моей точки зрения, это та взаимосвязь, которая обеспечивает именно верховенство права в судебных процедурах.

Хотелось бы сказать, в частности, о ВАСовском разъяснении, о котором уже говорил Виктор Мартенианович. Здесь очень показательный пример — это разъяснение ВАС, согласно которому любые отклонения от правовой позиции Высшего Арбитражного Суда, даже если она сложилась позже, должны приводить к пересмотру судебных актов, ранее принятых нижестоящими арбитражными судами, причем они сами себя, как унтер-офицерская вдова, должны высечь. Потому что возобновление в этих судах дел в силу новых обстоятельств должно осуществляться именно тем судом, который ранее принял законное решение, кстати, уже исполненное. Это еще и поворот исполнения, это полное отрицание принципа правовой стабильности, причем не за счет решения вышестоящего суда, не за счет самого ВАС, который является единственной надзорной инстанцией, уполномоченной для восстановления единства судебной практики что-то рассматривать. А он просто мультиплицировал это свое право.

Мы говорим, что он создал у нас судебный прецедент. Да не судебный прецедент он создал, это что-то совершенно другое. Потому что то, что он создал, это правило, по которому каждый должен сам отменить свое решение. Это уже никак не согласуется с принципом правовой стабильности. Хотя вроде бы кажется, что тем самым будет насаждаться единство судебной практики. А в судебных делах кто не успел, тот опоздал. Решения приняты, нельзя задним числом их без конца менять. Нас именно за это Страсбург ругает. Как бы мы ни поднимали наше

Верховенство права

знамя с лозунгом единства судебной практики. Поэтому для меня он не является столь несомненным.

В.М. ЖУЙКОВ: В Высшем Арбитражном Суде знаю людей, которые просто святым считают принцип правовой определенности.

Т.Г. МОРЩАКОВА: На словах они так считают.

В.М. ЖУЙКОВ: Да, а делают наоборот.

Т.Г. МОРЩАКОВА: Виктор Мартенианович, они когда его считают совершенно святым? Как говорили наши модераторы, они тогда его считают святым, когда они не хотят отменять незаконное решение, вступившее в законную силу, и не находят, что одна только незаконность решения свидетельствует о том, что единства в практике нет. Потому хотя бы, что это решение отклонилось от какого-то стандарта.

В.М. ЖУЙКОВ: Я хочу вспомнить решение Европейского Суда, оно касалось судов общей юрисдикции, по делу Праведной, где по вновь открывшимся обстоятельствам было пересмотрено решение, которое было вынесено в ее пользу, потому что орган пенсионного обеспечения изменил свою позицию и издал другое письмо. Ситуация аналогичная, только в системе арбитражных судов. Европейский Суд говорил, что решение окончательное, и как бы вы его ни пересматривали, все равно вы его пересматриваете, какие формы вы ни найдете. А сейчас, по вновь открывшимся обстоятельствам, можно и через 10 лет при этом подходе пересмотреть. Европейский Суд считает это нарушением принципа правовой определенности.

Т.Г. МОРЩАКОВА: На самом деле есть и другие аспекты, кроме того, что это нарушение принципа правовой определенности, у нас модно ссылаться на него, так как это признано, допустим, Европейским Судом по правам человека. Но в то же время эта мода почему-то не распространяется на рассмотрение всех решений и позиций ЕСПЧ в совокупности. Мы говорим, что здесь должен действовать принцип правовой определенности, и арбитраж его любит. А в практике ЕСПЧ и в Протоколе № 7 к Европейской конвенции написано, что возобновление дела в силу новых или вновь открывшихся обстоятельств не только допустимо, но и необходимо. Но когда? Когда причиненный неправильными, связанными с существенными нарушениями

Диалоги первого круглого стола

судебными решениями ущерб не может быть возмещен иным способом. И мы забыли про это.

Вернусь к своему основному тезису. Да, я хочу, чтобы верховенство права обеспечивалось на основе единых стандартов. Но при этом отправными пунктами, определяющими эти стандарты, должны быть общие правовые принципы, как они сформулированы международным сообществом и являются в этом их виде общепризнанными принципами международного права и как они сформулированы в Конституции Российской Федерации. Если мы будем выстраивать единство судебной практики на любой другой основе — не надо такого единства. Да, оно бывает. Есть такие недопустимые способы обеспечения единства, о которых даже страшно говорить. Вычищение всех судей, которые принимают решение, негодное вышестоящей инстанции. В нарушение, кстати, основополагающего для статуса суда момента, такого как ответственность судьи за содержание решения по делу. Это не значит, что решение не надо исправлять. Его надо исправлять, если оно ошибочное. И нужно восстановить права тех, кого затронуло это неправильное судебное решение. Но нельзя каждый раз это решение рассматривать как основу для того, чтобы покончить с судьей. Потому что тогда мы теряем такое важное положение для обеспечения верховенства права в судебной деятельности, как независимый суд. И если мы его теряем, а у нас единая практика зависимых судов, то не надо ни такой единой практики, ни такого правосудия и такого суда вообще не нужно.

ГЛАВА 1

ПРОБЛЕМЫ ИСКУССТВЕННОЙ КРИМИНАЛИЗАЦИИ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Актуальность проблемы эффективной правовой защиты собственности и свободы экономической деятельности в Российской Федерации всегда была весьма значимой, а в условиях наступившего глобального экономического кризиса она еще более возрастает¹. Одной из «болевых точек» в этом отношении является, на наш взгляд, существование в российском уголовном законодательстве норм, являющихся по сути дела выражением искусственной криминализации экономической деятельности. Свою «лепту» в это иногда вносят и официальное судебное толкование и вообще судебная практика по применению соответствующих уголовно-правовых норм.

Часть 1 ст. 171 УК РФ предусматривает ответственность за незаконное предпринимательство, т.е. осуществление предпринимательской деятельности без регистрации или с нарушением правил регистрации, а равно представление в орган, осуществляющий государственную регистрацию юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, документов, содержащих заведомо ложные сведения, либо осуществление предпринимательской деятельности без специального разрешения в случаях, когда такое разрешение (лицензия) обязательно, или с нарушением условий лицензионных требований и условий, если это деяние причинило крупный ущерб либо сопряжено с извлечением дохода в крупном размере².

Согласно официальным данным о регистрации преступности, незаконное предпринимательство является одним из самых распространенных преступлений в сфере экономической деятельности. Так, в 1997 г.

¹ В своей речи в Вашингтоне на Совете по международным отношениям (16 ноября 2008 г.) Президент РФ Д.А. Медведев признал: «Мы еще не создали той системы, которая охраняла бы нашу экономику. Как юрист по базовому образованию я не могу не согласиться с теми, кто считает, что мы пока не создали эффективную защиту права собственности и не создали эффективный суд» (Российская газета. 2008. 17 ноября).

² Содержание ст. 171 УК РФ и иных статей уголовного закона здесь и далее в книге излагается без учета изменений, внесенных в УК РФ после выхода первого издания книги. — *Примеч. ред.*

было зафиксировано 3882, в 1998 г. - 5306, в 1999 г. - 6415, в 2000 г. - 8538, в 2001 г. - 7428, в 2002 г. - 4972, в 2003 г. - 1999, в 2004 г. - 942, в 2005 г. - 2716, в 2006 г. - 3200, в 2007 г. - 3340 таких преступлений.

Уголовное законодательство США (как федеральное, так и штатов) не знает самостоятельного состава незаконного предпринимательства в российском понимании. Уголовная ответственность устанавливается там лишь за определенные случаи мошеннических способов предпринимательской деятельности. Так, например, в Примерном уголовном кодексе в ст. 224⁷ установлена ответственность за обманные приемы коммерческой деятельности. Следует отметить, что нормы об ответственности за незаконное предпринимательство как таковое (т.е. осуществляемое без регистрации или специального разрешения - лицензии) отсутствуют и в уголовном законодательстве развитых рыночных стран континентальной Европы (например, в УК Франции, ФРГ, Испании). Думается, что это не случайно. Для развитой рыночной экономики проблемой является не регистрируемость бизнеса, а именно его мошеннические способы, а также неверные сведения, предоставляемые предпринимателем в соответствующие официальные органы (последнее напрямую связано с совершением разного рода налоговых преступлений).

Обычно необходимость криминализации незаконной предпринимательской деятельности мотивируется тем, что ее регистрация, установленная в гражданском законодательстве, вызвана необходимостью предупреждения «фактического перехода предпринимательской деятельности в сферу незаконной, или «теневой», экономики, и соответственно ее выхода из сферы контроля государства, что, как правило, влечет невыполнение законных обязательств предпринимателя перед государством и гражданином»¹. Статья 51 ГК РФ устанавливает обязательность государственной регистрации юридических лиц, в том числе и коммерческих организаций, а ст. 48 ГК РФ — лицензирование отдельных видов деятельности. Однако, по нашему мнению, из этих гражданско-правовых установлений вовсе не вытекает, что их нарушение должно подкрепляться уголовно-правовым запретом. И смысл указанных норм гражданского права и правовых санкций за их нарушение совсем иной, достаточно четко определяемый в самом гражданском законодательстве. Часть 1 ст. 23 ГК РФ устанавливает, что гражданин вправе заниматься предпринимательской деятельностью без образования юридического лица с момента государственной регистрации

¹ См., например: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации. Особая часть / Под ред. Ю.И.Скуратова и В.М.Лебедева. М., 1997. С. 167.

Верховенство права

в качестве индивидуального предпринимателя. Гражданский кодекс признает предпринимательскую деятельность без государственной регистрации незаконной, но в этом не содержится и намек на необходимость уголовно-правового регулирования рассматриваемых специфических гражданско-правовых отношений.

Гражданское законодательство запрещает такую деятельность, но это вовсе не причина для объявления этих отношений (интересов) сферой уголовного права. Учебники по особенной части уголовного права и комментарии к УК РФ при обосновании криминализации в УК РФ незаконного предпринимательства делают упор на то, что уголовный закон (ч. 1 ст. 171 УК РФ) связывает при этом ответственность с причинением крупного ущерба гражданам, организациям или государству либо с извлечением дохода в крупном размере. Однако как возмещение ущерба, так и противодействие неосновательному обогащению вполне вписываются в рамки гражданско-правовых отношений.

Как уже отмечалось, условием уголовной ответственности за незаконную предпринимательскую деятельность является причинение деянием крупного ущерба гражданам, организациям или государству либо извлечение дохода в крупном размере.

Крупный размер дохода (как и размер крупного ущерба) от незаконного предпринимательства определен в примечании к ст. 169 УК РФ. Им признается доход, сумма которого превышает 250 тыс. рублей. Правда, такая конкретизация крупного размера дохода не разрешила спорный в теории уголовного права и судебной практике вопрос о понятии дохода от предпринимательской деятельности.

Вначале (после вступления в действие УК РФ 1996 г.) судебная практика чаще всего под доходом от незаконной предпринимательской деятельности понимала всю сумму выручки, полученную предпринимателем, без учета расходов, которые он при этом понес. Однако впоследствии Верховный Суд РФ занял иную позицию. Так, например, Президиум Верховного Суда РФ в своем постановлении по делу К. указал, что предусмотренный диспозицией ч. 1 ст. 171 УК РФ (незаконное предпринимательство) квалифицирующий признак данного состава преступления — извлечение дохода в крупном размере — составляет выгоду, полученную от незаконной предпринимательской деятельности, за вычетом расходов, связанных с ее осуществлением¹. Такой подход к решению данного вопроса вызвал в теории уголовного права неоднозначное отношение. Многие авторы (А.Э. Жалинский,

¹ См.: Бюллетень Верховного Суда РФ. 2000. № 7. С. 14.

Н.А. Лопашенко, Т.Д. Устинова, В.И. Тюнин и др.) в своей трактовке понятия дохода от незаконной предпринимательской деятельности исходили из такого же его понимания (некоторые из них - независимо от позиции Верховного Суда). Другие, например П.С. Яни, Б.В. Волженкин, не согласились с такой трактовкой.

Однако доводы последних кажутся нам далеко не бесспорными. Как уже отмечалось, нарушение правил государственной регистрации или лицензирования отдельных видов деятельности, установленных в гражданском (и административном) законодательстве, — по нашему мнению, еще не основание для криминализации соответствующих нарушений. Уголовно-правовые нормы с бланкетными диспозициями никогда не предусматривают уголовно-правовой санкции за само нарушение нормы другой отрасли права, а обязательно связывают уголовную противоправность деяния с каким-то дополнительным обстоятельством (условием, признаком), повышающим опасность соответствующего нарушения до общественной опасности как обязательного признака, образующего понятие преступления. И в данном случае, следовательно, суть дела заключается не в указанном уклонении от регистрации (лицензирования), а в наличии дополнительных признаков (крупный ущерб, получение дохода в крупном размере), которые (и только они) делают такое уклонение преступным и наказуемым.

К сожалению, в своем постановлении от 18 ноября 2004 г. № 23 «О судебной практике по делам о незаконном предпринимательстве и легализации (отмывании) денежных средств или иного имущества, приобретенных преступным путем» Пленум Верховного Суда РФ вернулся к своей исходной позиции, понимая в ст. 171 УК РФ под доходом выручку от реализации товаров (работ, услуг) за период осуществления незаконной предпринимательской деятельности без вычета произведенных лицом расходов, связанных с осуществлением такой деятельности¹.

Лично мне такая рекомендация напомнила один из рассказов О. Генри, в котором в мягкой юмористической манере описывается попытка североамериканского индейца заняться торговым бизнесом. С помощью своего белокожего «наставника» он приобрел необходимый товар и начал торговлю им. Его «наставник» обнаружил, что тот продает купленный товар (приобрели они его вместе) за ту же цену, по которой этот товар был приобретен. На замечание «наставника», что так не торгуют, начинающий «бизнесмен» ответил, что продавать товар по повышенной цене будет нечестно и он не может так поступать.

¹См.: Бюллетень Верховного Суда РФ. 2005. № 1.

Заметим, что применительно к другим экономическим преступлениям — налоговым — Пленум Верховного Суда в постановлении от 4 июля 1997 г. № 8 «О некоторых вопросах применения судами Российской Федерации уголовного законодательства об ответственности за уклонение от уплаты налогов», действовавшем до 28 февраля 2006 г., предлагал учитывать *расходы*, т.е. понесенные лицом затраты, влекущие в предусмотренных налоговым законодательством случаях уменьшение налогооблагаемой базы. Однако с принятием постановления Пленума Верховного Суда РФ от 28 декабря 2006 г. № 64 «О практике применения судами уголовного законодательства об ответственности за налоговые преступления» произошел отказ от такого понимания дохода. Очевидно, что позиция, изложенная в постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 4 июля 1997 г. № 8, в точности отвечающая налоговому законодательству, является логичной и соответствует сути рыночной экономики и предпринимательской деятельности как направленной на систематическое получение прибыли (ч. 1 ст. 2 ГК РФ), а позиции постановлений Пленума Верховного Суда РФ 18 ноября 2004 г. № 23 и от 28 декабря 2006 г. № 64 — не соответствуют.

Указанное толкование уголовного закона вполне можно отнести и к *ограничению* прав и свобод человека и гражданина. Часть 3 ст. 55 Конституции РФ гласит: «Права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства». В соответствии со ст. 8 Конституции РФ в Российской Федерации гарантируется *свобода экономической деятельности*. Статья 34 Конституции право на свободу занятия предпринимательской деятельностью относит к правам и свободам человека и гражданина. В соответствии со ст. 2 Конституции «человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина — обязанность государства». Толкование уголовного закона, в том числе и судебное (а толкование Пленума Верховного Суда особенно), должно следовать конституционным принципам.

Анализ соответствующих норм Конституции РФ, гражданского и уголовного права, их судебного и доктринального толкования позволяет сделать вывод о том, что можно вести речь о декриминализации деяний, предусмотренных ст. 171 УК РФ, а первым шагом в этом направлении может быть признание Конституционным Судом РФ (на основании ст. 125 Конституции РФ) ст. 171 УК РФ не соответствующей

Конституции РФ. И какого-либо пробела пресечении общественно опасных проявлений незаконной предпринимательской деятельности в уголовном законодательстве при этом не появится. В силе останутся такие уголовно-правовые средства, как применение в соответствующих случаях уголовно-правовых норм об ответственности, например, за мошенничество (ст. 159 УК РФ), за незаконное использование товарного знака (ст. 180 УК РФ), за налоговые преступления (ст. 198 и 199 УК РФ), за производство, хранение, перевозку либо сбыт товаров и продукции, выполнение работ или оказание услуг, не отвечающие требованиям безопасности (ст. 238 УК РФ), за подделку документов (ст. 327 УК РФ).

Мы сознаем, что даже положительное решение вопроса о декриминализации незаконного предпринимательства (впрочем, как и любого другого уголовно наказуемого деяния) требует значительного времени (хотя бы с учетом устоявшихся законотворческих процедур).

Существует и еще один аспект обсуждаемой проблемы: регистрационный и лицензионный порядок осуществления предпринимательской деятельности есть неиссякаемый источник для незаконного обогащения чиновников различного ранга, осуществляющих такие регистрацию или лицензирование. Так, по данным социологического исследования, 78% опрошенных сотрудников правоохранительных органов (заметим, не самих предпринимателей) считают, что предприниматель не может обойтись без того, чтобы платить чиновникам за получение лицензии¹. То есть вот та коррупционная основа, которая позволяет чиновнику, как неоднократно указывал Президент РФ Д.А. Медведев (в том числе и в своем Послании Федеральному Собранию РФ¹), «кошмарить» предпринимателя и бизнес. К тому же количество разновидностей деятельности, подлежащей лицензированию, все еще неоправданно велико. Степень такого «кошмара», которому подвергаются бизнес и предприниматели, например, со стороны правоохранительных органов, можно доказать даже статистически. Мы уже приводили данные о регистрации преступлений (ГИАЦ МВД РФ), предусмотренных ст. 171 УК РФ. Сопоставим их с данными (за последние три года) судебной статистики (форма 10а) и проанализируем соотношение соответствующих статистических показателей (как говорится, есть статистика и *статистика*). В 2005 г. зарегистрировано 2716 рассматриваемых преступлений, а осуждено 408 человек; в 2006 г. - 3200/702; в 2007 г. - 3340/849. Получается, что

¹ См.: Коррупция и борьба с ней. М., 2000. С 274.

² См.: Российская газета. 2008. 6 ноября.

если исходить из того, что большинство преступлений были зарегистрированы как совершенные одним лицом (что чаще всего и бывает), то, например, в 2007 г. таких преступлений регистрировалось почти что в 4 раза больше, чем было осуждено лиц за их совершение; в 2006 г. — более чем в 4,5 раза; в 2005 г. — почти что в 7(!) раз (отметим, что наш допуск — минимальный, с учетом же того, что такие преступления регистрируются и как совершенные двумя и более лицами, указанное противоречие, естественно, усиливается). Куда же делись тысячи зарегистрированных «преступлений» и «преступников»? Разумеется, существуют законные виды освобождения от уголовной ответственности и наказания. Так, например, в 2005 г. прекращены по нереабилитирующим основаниям дела 194 (16,9%) привлеченных к уголовной ответственности, в 2006 г. — 223 (12,8%), в 2007 г. — 258 (13,8%). В 2005 г. освобождено от наказания — 19 (4,7%), в 2006 г. — 31 (4,4%) и в 2007 г. — также 31 (3,7%) человек. Оценивая последние цифры, можно предположить, что в отношении тысяч предпринимателей уголовные дела возбуждались незаконно, а сколько при этом было невозбужденных уголовных дел (а было лишь небескорыстное давление на предпринимателя), можно лишь догадываться. В связи с этим наше предложение о декриминализации незаконного предпринимательства или хотя бы (на первых порах) внесение соответствующих на этот счет изменений в официальное толкование уголовно-правовой нормы об ответственности за незаконное предпринимательство способны, по нашему мнению, внести свой вклад в борьбу с коррупцией.

Проанализированные аспекты искусственной криминализации экономической деятельности требуют выяснения причин такого явления на правотворческом и правоприменительном уровне — причин не столько социально-политического характера, сколько заложенных в *специфически правовых* (в том числе и технико-правовых) составляющих правотворческой и правоприменительной деятельности (хотя, разумеется, и эти причины в конечном счете социально обусловлены). Для этого необходимо попытаться выделить факторы, приемы или способы (негативного плана), заложенные в формулировании законодательных оснований соответствующих уголовно-правовых (и вообще правовых) норм как таковых и проявившие себя аналогичным образом на правоприменительном уровне, в первую очередь в рамках судебного толкования, хотя, опять-таки по большому счету, недостатки толкования есть продолжение таковых (увы, не достоинств, а именно недостатков), присущих *непосредственно* самому толкуемому закону.

В соответствии с этим представляется возможным указать на следующие просчеты законодателя (непосредственно правового характера) при формулировании им многих уголовно-правовых запретов (и не только в сфере экономики):

1) *недопустимость* при конструировании соответствующих правовых норм *забвения* (пренебрежения, неучета) *общеправовых принципов*, в том числе и зафиксированных в Конституции Российской Федерации и общепризнанных принципах и нормах международного права;

2) *смешение законодателем сфер правового регулирования* (в первую очередь сфер действия уголовного и гражданского права);

3) *«увлечение» законодателя использованием абстрактного способа формулирования уголовно-правовых запретов в ущерб их законодательной конкретизации.*

Особенность *первого* фактора можно проиллюстрировать соотношением ряда уголовно-правовых норм и их конституционных аналогов, например явным противоречием ст. 174¹ УК РФ об ответственности за легализацию (отмывание) денежных средств или иного имущества, приобретенных лицом в результате совершения им преступления, ст. 50 Конституции РФ (а также ч. 2 ст. 6 УК РФ) о запрете повторного осуждения за одно и то же преступление, а также мнимым международно-правовым основанием конструирования такого уголовно-правового запрета.

Следует признать юридически ошибочным объяснение (распространенное в учебниках по особенной части уголовного права и в комментариях к УК РФ), что к принятию ст. 174¹ УК РФ Российскую Федерацию обязывали Конвенция об отмывании, выявлении, изъятии и конфискации доходов от преступной деятельности (Страсбург, 8 ноября 1990 г.) и Конвенция Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности (Палермо, 12 декабря 2000 г.). Первая Конвенция действительно в п. 1 ст. 6 («Правонарушения, связанные с отмыванием средств») предложила государствам — членам Совета Европы (и другим государствам, подписавшим Конвенцию) криминализировать в своем внутреннем законодательстве (т.е. предусмотреть уголовную ответственность) в том числе и следующие действия: конверсию или передачу имущества, если известно, что это имущество является доходом, полученным преступным путем, с целью скрыть незаконное происхождение такого имущества или помочь любому лицу, замешанному в совершении основного правонарушения, избежать правовых последствий своих деяний; утаивание или сокрытие действительной природы, происхождения, местонахождения,

Верховенство права

размещения или движения имущества или прав на него, если известно, что это имущество представляет собой доход, полученный преступным путем (аналогичная норма содержится и в ст. 6 указанной Конвенции ООН против транснациональной организованной преступности).

Если исходить *только* из этих формулировок конвенций, то все просто. В соответствии с ч. 4 ст. 15 Конституции Российской Федерации общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы и, таким образом, уголовно-правовой запрет, установленный в ст. 174¹ УК РФ, является соответствующим как Конституции Российской Федерации, так и ч. 2 ст. 6 УК РФ («настоящий кодекс основывается на Конституции Российской Федерации и общепризнанных принципах и нормах международного права»). Все было бы действительно так, если бы не одно существенное «но», сформулированное в п. «б» ч. 2 той же ст. 6 Страсбургской конвенции. В нем четко *прописано*: «Для целей выполнения или применения п. 1 настоящей статьи может быть предусмотрено, что правонарушения, указанные в этом пункте, не применяются к лицам, совершившим основное правонарушение» (это же правило дословно включено и в Палермскую конвенцию — п. «е» ч. 2 ст. 6). В ст. 1 Страсбургской конвенции (ст. 2 Палермской конвенции) разъясняется, что «основное правонарушение» означает любое уголовное правонарушение, в результате которого были получены доходы, которые могут стать объектом правонарушения в соответствии со ст. 6 настоящей Конвенции» (т.е. речь идет о преступлении, в результате которого появляются имущество и вообще доходы, в дальнейшем «отмываемые»).

Данная оговорка означает, что указанные конвенции обязывают государства, подписавшие их, предусмотреть в своем уголовном законодательстве уголовную ответственность *только за легализацию* (отмывание) денежных средств или иного имущества, приобретенных преступным путем, *другими* лицами. В отношении же введения во внутреннее уголовное законодательство норм об уголовной ответственности за легализацию (отмывание) денежных средств или иного имущества, приобретенных лицом в результате совершения им преступления, обе конвенции носят рекомендательный характер, оставляя решение этого вопроса полностью на усмотрение самого государства. Таким образом, наличие в УК РФ ст. 174¹ не является для Российской Федерации выполнением ее якобы международно-правового обязательства (в действительности, как было сказано, не существующего).

Такой вывод позволяет рассмотреть поставленную проблему с чисто внутренних (отечественных) принципов криминализации соответствующих деяний и вообще принципов уголовного права. Что такое (по своей юридической, уголовно-правовой сути) легализация (отмывание) денежных средств или иного имущества, приобретенных преступным путем? Для *других* лиц (не для самого преступника, который приобрел эти средства или имущество преступным путем) это классическая разновидность так называемой в теории уголовного права *прикосновенности* к преступлению в виде заранее не обещанного укрывательства. Если обобщить достаточно обширную литературу по вопросам прикосновенности к преступлению, то можно сформулировать следующее: прикосновенность к преступлению — это умышленная деятельность не участвовавших в совершении преступления лиц, направленная на способствование сокрытию преступления, следов, орудий или предметов преступления или реализации плодов преступления (М.Д. Шаргородский, В.Г. Смирнов, И.А. Бушуев и др.). От соучастия в преступлении прикосновенность отличается отсутствием причинной и виновной связи с деянием исполнителя, почему «прикосновенные» к преступлению лица и не являются соучастниками преступления. Действующий УК РФ предусматривает ответственность за прикосновенность к преступлению в виде заранее не обещанного укрывательства особо тяжкого преступления в ст. 316.

Прикосновенность к преступлению возникает исключительно и в связи с преступлением, совершенным *другими* лицами. И это является нормативной основой конструирования уголовно-правового запрета, сформулированного в ст. 174 УК РФ. Статья же 174¹ УК РФ нарушает этот принцип, устанавливая уголовную ответственность за прикосновенность к *собственному* преступлению. Следует отметить, что существование в УК РФ такой нормы (статистика показывает ее по сути дела «мертвый» характер) порождает в судебной практике непреодолимые трудности в квалификации соответствующих деяний. Так, в уже упоминавшемся постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 18 ноября 2004 г. № 23 вопрос о разграничении легализации преступных доходов и сбыта имущества, добытого преступным путем, решается лишь применительно к ст. 174 УК РФ: «Сбыт имущества, которое было получено в результате совершения преступления (например, хищения) иными лицами, не образует состава легализации (отмывания) денежных средств или иного имущества (ст. 174), если такому имуществу не придается видимость правомерно приобретенного. В зависимости от конкретных обстоятельств дела указанные действия

Верховенство права

могут содержать признаки состава преступления, предусматривающего ответственность за хищение (в форме пособничества), либо состава преступления, предусмотренного ст. 175 УК РФ» (приобретение или сбыт имущества, заведомо добытого преступным путем).

Очевидно, что свой вывод Пленум Верховного Суда не распространил на сбыт имущества, которое приобретено самим преступником в результате совершения им «первичного» преступления, по вполне понятным причинам. Привлекать его за сбыт имущества, добытого им самим преступным путем, — это юридический «нонсенс». Но такой же «нонсенс» есть и привлечение его к ответственности за легализацию (отмывание) такого имущества. Любая реализация, допустим, похищенного имущества самим похитителем (например, вором) есть следствие совершенного им преступления (той же кражи), не образующее самостоятельного преступления. Один украл чужие деньги и растратил их на себя (на еду, одежду и пр.). Другой продал похищенное имущество. Третий положил наворованные деньги в «сундук». Четвертый положил их на расчетный счет в банк и т.д. и т.п. Уголовно-правового различия между всеми этими вариантами не существует. И осуждение преступника за любую из названных форм реализации похищенного есть повторное осуждение за первоначально совершенное им преступление, а это противоречит как ст. 50 Конституции РФ, так и ч. 2 ст. 6 УК РФ. Но если это так, то каким образом возможно бороться с легализацией (отмыванием) денежных средств или иного имущества, приобретенных лицом в результате совершенного им преступления? Не только возможно, но и нужно, и уголовный закон предоставляет такую возможность. В соответствии с п. «б» ч. 1 ст. 104¹ УК РФ является обязательной конфискация имущества, т.е. его принудительное безвозмездное обращение по решению суда в собственность государства, в том числе денег, ценностей и иного имущества, в которое имущество, полученное в результате совершения преступления, и доходы от этого имущества были частично или полностью превращены или преобразованы. Таким образом, если в результате совершения преступления (получение взяток, наркобизнес, торговля оружием и т.д. и т.п.) лицо получило определенное имущество (денежные средства) и попыталось их легализовать, это имущество подлежит конфискации. В этом случае будут выполнены даже «мягкие» рекомендации указанных международно-правовых конвенций о борьбе с такими преступлениями и организованной преступностью.

Вторая из указанных ошибок законодателя — *смещение им сфер правового регулирования* и в первую очередь *сфер действия уголовного*

и гражданского права — была проанализирована на примере ст. 171 УК РФ. Если же говорить о «причине причин» такой криминализации, то необходимо указать на следующие факторы. В первую очередь *нуждается в опровержении* распространенное не только среди судей и работников правоохранительных органов, но и среди законодателей *мнение о том, что уголовно-правовые способы защиты прав потерпевших являются едва ли не самыми надежными для охраны таких прав*. Если этот тезис применить, например, к особо тяжким и тяжким посягательствам на жизнь и здоровье человека, а также к насильственно-корыстным посягательствам на чужое имущество (грабеж, разбой), то это действительно так. В этом случае изначально отсутствует альтернатива уголовно-правовой охране соответствующих объектов. Другое дело, когда речь идет об экономических преступлениях и некоторых насильственных преступлениях против собственности. В делах об этих преступлениях «интерес» потерпевшего заключается в возмещении ему ущерба от преступления и в первую очередь в размере такого возмещения. И уголовно-правовой способ защиты его интересов может существенно *снижать* размеры такого возмещения. Например, как уже отмечалось, при этом не принимается во внимание «упущенная» выгода, что учитывается в гражданском праве. Но главное даже не в этом, а в самой сути уголовно-правового возмещения ущерба от преступления. Здесь все зависит от того, задержан и наказан преступник или нет. В гражданском праве такая жесткая зависимость отсутствует. В связи с этим, во-первых, в правотворческой деятельности по введению тех или иных уголовно-правовых запретов необходимо исходить из презумпции *отсутствия обязательной корреляции между установлением уголовного наказания за соответствующее деяние и уровнем реальной защиты прав потерпевшего от правонарушения*. Во-вторых, законодателю следует иметь в виду, что искусственная криминализация в действительности (по своей юридической природе) не уголовно-правовых (гражданско-правовых, административно-правовых) отношений способна *ограничивать возможности гражданско-правовых способов защиты интересов потерпевшего*.

Наконец, как уже отмечалось, к правотворческим издержкам, вызывающим порой искусственную криминализацию правонарушений экономического характера, относится и «увлечение» законодателя *использованием абстрактного способа формулирования уголовно-правовых запретов в ущерб их законодательной конкретизации*. В ходе правотворческой деятельности при формулировании уголовно-правовых предписаний обязательно должна обеспечиваться связь конкретного и абстрактного.

Верховенство права

Абстрактное знание выделяет существенное в каком-либо отношении свойство (сторону), отвлекаясь от других свойств (сторон) предмета (объекта). Например, диспозиция ч. 1 ст. 158 УК РФ об ответственности за кражу имущества, которая определяется как *тайное* хищение чужого имущества, представляет собой собирательный образ всех возможных тайных хищений имущества (их абстракцию). Конкретное проявление тайного способа таких хищений может быть самым разным в зависимости от места, времени и обстановки совершения преступления, но любое из них, отличаясь специфичностью тайного, совпадает со всеми другими, так как содержит признаки, заключенные в диспозиции ч. 1 ст. 158 УК РФ. В связи с этим без абстрактных формулировок не обойтись при конструировании уголовно-правовых норм. Все дело лишь в масштабе этой абстрактности и ее соотношении с также необходимой (и также - в меру) казуистичностью (конкретностью)¹. Например, анализ судебных ошибок, допущенных при квалификации преступлений, свидетельствует о том, что на практике чаще всего допускаются ошибки в толковании оценочных понятий, не конкретизированных законодателем². Этот недостаток особенно наглядно проявляется и в конструкции ряда составов экономических преступлений, например, как отмечалось, в формулировке ст. 171 УК РФ об ответственности за незаконное предпринимательство. Законодатель при создании УК РФ 1996 г. и при внесении в него изменений сделал значительный шаг в направлении конкретизации оценочных понятий, например крупного и особо крупного размера дохода от предпринимательской деятельности, конкретизировав такие размеры в денежной форме. Тем не менее он «уклонился» от конкретизации этих понятий в определении того, *что (а не только сколько!)* надо понимать под незаконным доходом (так как это сделано, например, в Налоговом кодексе РФ), что и повлекло возможность формулирования Верховным Судом РФ критикуемой нами его позиции, выраженной в том числе и в указанном постановлении Пленума Верховного Суда,

¹ Известный румынский юрист — специалист в области законодательной техники А. Нашиц по этому поводу справедливо замечает: «Законодатель должен правильно определить, в какой мере отражение общественных отношений в правовых нормах может иметь абстрактный, типизирующий характер, с тем чтобы эти нормы могли, с одной стороны, полностью охватить всю сферу регулируемых ими отношений, не поднимаясь, однако, до уровня, при котором отражение было бы чересчур общим, а с другой - приспособляться к различным жизненным ситуациям и их разнообразным особенностям и оттенкам, не опускаясь при этом до уровня, на котором отражение становится слишком частным или даже индивидуализированным» (*Нашиц А. Правотворчество: теория и законодательная техника. М., 1974. С. 142*).

² См., например: *Кобзева Е.В. Оценочные признаки в уголовном законе. Саратов, 2004.*

вступившем в противоречие с нормами и Конституции, и гражданского права.

Как уже отмечалось, указанные просчеты законодателя негативно усиливаются на правоприменительном уровне при *толковании* соответствующих правовых норм. И здесь можно также выделить причины такого явления. К таким факторам отрицательного для законности и правосудия характера, подчас грубо искажающим смысл соответствующих уголовно-правовых предписаний (и относящимся к толкованию и применению не только уголовно-правовых норм экономического «блока», но и иных уголовно-правовых норм), следует, по нашему мнению, отнести следующие:

1) *недопустимость путем толкования устранения пробелов в праве, что является грубым нарушением принципа nullum crimen sine lege и нарушением общеправовых (и отраслевых) принципов права.* К сожалению, такое явление достаточно распространено и порой «освящается» рекомендациями, зафиксированными в постановлениях Пленума Верховного Суда РФ. Так, в п. 9 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 18 ноября 2004 г. № 23 указано: «Если федеральным законом разрешено заниматься предпринимательской деятельностью только при наличии специального разрешения (лицензии), но порядок и условия не были установлены, а лицо стало осуществлять такую деятельность в отсутствие специального разрешения (лицензии), то действия этого лица, сопряженные с извлечением дохода в крупном или особо крупном размере либо с причинением крупного ущерба гражданам, организациям или государству, следует квалифицировать как осуществление незаконной предпринимательской деятельности без специального разрешения (лицензии)». Очевидно, что в случае реализации такой рекомендации при привлечении «нарушителя» к уголовной ответственности нарушаются основополагающие уголовно-правовые и общеправовые принципы. Во-первых, получается, что определенная деятельность является «как бы» «в принципе» «вообще» преступной, однако точно не определенной законодателем. При этом не принимается во внимание тот факт, что потенциально обвиняемый не мог выполнить требование закона о лицензировании соответствующей деятельности, так как лицензировать ее было невозможно в силу отсутствия определенных законом условий этого лицензирования. И в этом случае законодатель перекладывает «вину» с себя (собственную нерасторопность) на соответствующего предпринимателя (т.е. в сущности имеет место то, что на языке «сермяжной правды» называется «переложить вину с больной головы на здоровую»). С этим напрямую

Верховенство права

связано и забвение такого общеправового принципа, как установление *виновности* лица, совершившего предусмотренное уголовным законом преступление. Как доказать в этом случае *преступный умысел* того же предпринимателя? В соответствии с требованиями УК РФ и УПК РФ - невозможно (однако практика показывает, что *«доказывают»*);

2) *тенденция к расширительному толкованию уголовного закона*. Как уже отмечалось, ч. 1 ст. 50 Конституции РФ и ч. 2 ст. 6 УК РФ формулируют принцип, в соответствии с которым никто не может нести уголовную ответственность дважды за одно и то же преступление. Казалось бы, все ясно, однако это тот случай, когда возможность обойти эти конституционные и уголовно-правовые запреты на практике выразилась, например, в расширительном толковании понятия совокупности преступлений (и, будучи «изгнанной через дверь» законодателем, она «возвращается через окно» судебной практикой). Под совокупностью преступлений УК РФ 1996 г. (в редакции, действовавшей на момент его принятия) понимал совершение двух или более преступлений, предусмотренных различными статьями или частями статьи Уголовного кодекса, ни за одно из которых лицо не было осуждено (ст. 17). Но что понимать под указанной предусмотренностью соответствующих преступлений *различными* статьями Кодекса? Самый известный пример: лицо совершает убийство, сопряженное с разбоем, вымогательством или бандитизмом (п. «з» ч. 2 ст. 105 УК РФ). Если, допустим, убийство сопряжено с бандитизмом, то здесь два преступления или одно? Ответ, казалось бы, однозначен. Конструкция п. «з» ч. 2 ст. 105 УК РФ такова, что объективная сторона убийства при отягчающих обстоятельствах *включает* в себя и бандитизм (или разбой, или вымогательство). И в этом случае совокупность превращается в двойную ответственность, запрещенную не только Уголовным кодексом, но и Конституцией. Один раз виновный будет наказан за убийство, сопряженное с бандитизмом, разбоем или вымогательством, а второй раз непосредственно за бандитизм (ст. 209 УК РФ) либо за разбой (ст. 162 УК РФ) или за вымогательство (ст. 163 УК РФ). Пленум Верховного Суда РФ занял иную позицию. В своем постановлении от 27 января 1999 г. № 1 «О судебной практике по делам об убийстве (ст. 105 УК РФ)» (с изменениями, внесенными постановлением Пленума от 6 февраля 2007 г. № 7) он разъяснил: «Как сопряженное с разбоем, вымогательством или бандитизмом следует квалифицировать убийство в процессе совершения указанных преступлений. Содеянное в таких случаях квалифицируется по п. «з» ч. 2 ст. 105 УК РФ в совокупности со статьями УК РФ, предусматривающими ответственность за разбой, вымогательство или

бандитизм». Чтобы внести в этот вопрос большую определенность, законодатель внес следующее уточнение в формулировку понятия совокупности преступлений. Первое предложение ч. 1 ст. 17 УК РФ он дополнил словами «за исключением случаев, когда совершение двух или более преступлений предусмотрено статьями Особенной части настоящего Кодекса в качестве обстоятельства, влекущего более строгое наказание» (в ред. Федерального закона от 21 июля 2004 г. № 73-ФЗ). Логика законодателя безупречна. Лицо в приводимом нами случае будет осуждено за убийство при отягчающих обстоятельствах *только* в связи с тем, что оно при убийстве совершило бандитизм, разбой или вымогательство (или наоборот). И признание здесь совокупности преступлений означает не что иное как то, что лицо будет дважды осуждаться за разбой, вымогательство или бандитизм. Один раз — в пределах повышенного наказания за убийство при отягчающих обстоятельствах и второй — при осуждении непосредственно за разбой, вымогательство или бандитизм. Все, казалось бы, ясно. Однако формулировка постановления Пленума Верховного Суда о совокупности в этом случае преступлений так и осталась неизменной. Следует отметить, что мы привели лишь частный случай понимания в судебной практике совокупности преступлений.

Тенденция к расширительному толкованию уголовного закона (в сущности тенденция *обвинительная*) связана и с тем, что при этом не учитывается, что в содержание бланкетных диспозиций многих уголовно-правовых норм включается и содержание нормативных актов иных отраслей права, и в этом случае состав соответствующего преступления конструируется при помощи запретов из других отраслей права, превращающихся в рамках диспозиции *уголовного* закона в обязательное условие уголовной ответственности. Бланкетность эта может быть явной (например, при формулировании ст. 143 или ст. 264 УК РФ) и не явной. Наглядным в последнем случае примером являются определение порога уголовно наказуемого хищения путем кражи, мошенничества, присвоения или растраты и соответственно отграничение составов, предусмотренных ст. 158—160 УК РФ, от административно наказуемого мелкого хищения (указанными способами), предусмотренного ст. 7.27 КоАП РФ. Как известно, законодательство об административных правонарушениях за последние годы несколько раз меняло стоимостные критерии состава административно наказуемого мелкого хищения. В КоАП РСФСР — до одного МРОТ, в КоАП РФ 2001 г. — до пяти МРОТ, в редакции федеральных законов: от 31 октября 2002 г. № 133-ФЗ — до одного МРОТ, от 22 июня 2007 г.

Верховенство права

№ 116-ФЗ - до 100 рублей, от 16 мая 2008 г. № 74-ФЗ - до 1000 рублей. Очевидно, что всякий раз фактически изменялся и порог уголовно наказуемых мелких хищений (без формального внесения изменений в УК РФ). Обратим лишь внимание на то, что около года (!) уголовной ответственности и соответственно уголовному наказанию подлежали лица, совершившие мелкое хищение чужого имущества на сумму свыше 100 рублей. Увы, имелись случаи возбуждения уголовных дел по таким фактам. Но никто ведь не отменял ч. 2 ст. 14 УК РФ, в соответствии с которой «не является преступлением действие (бездействие), хотя формально и содержащее признаки какого-либо деяния, предусмотренного настоящим Кодексом, но в силу малозначительности не представляющее общественной опасности». Забвение этой нормы было свидетельством так пока и не изжитого в правоприменительной практике обвинительного уклона, к сожалению, так и не превратившегося окончательно в историю;

3) *тенденция судебной практики к ограничительному толкованию прав граждан.* В этом плане заслуживает внимания сравнение конституционных формулировок и соответствующих формулировок Уголовного кодекса об охране права неприкосновенности частной жизни. В ч. 1 ст. 137 УК РФ установлена уголовная ответственность за незаконное собирание или распространение сведений о частной жизни лица, составляющих его личную или семейную тайну, без его согласия (а также за распространение этих сведений в публичном выступлении, публично демонстрирующемся произведении или средствах массовой информации). Однако в Конституции соответствующие права человека и гражданина сформулированы несколько иначе. В ч. 1 ст. 23 Конституции провозглашается, что «каждый имеет право на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защиту своей чести и доброго имени», а ч. 1 ст. 24 устанавливает: «Сбор, хранение, использование и распространение информации о частной жизни лица без его согласия не допускается». В Уголовном кодексе законодатель ограничил предмет преступления не всеми сведениями о частной жизни лица (в Конституции в ракурсе охраны прав человека и гражданина вопрос стоит именно так), а лишь такими, которые составляют его личную или семейную *тайну*. Следует согласиться с теми авторами, которые считают такое ограничение существенным недостатком рассматриваемой уголовно-правовой нормы¹.

¹ См.: *Красиков А.Н. Уголовно-правовая охрана политических, гражданских и иных конституционных прав и свобод человека и гражданина в России. Саратов, 2000. С. 37-38.*

Глава 1. Проблемы искусственной криминализации экономической деятельности

Во-первых, это создает серьезные процессуальные трудности (сложность доказывания). Тайна — это прежде всего сведения или информация определенного характера. Но как решить вопрос о том, какие сведения о частной жизни составляют *тайну* лица, а какие — не составляют? По крайней мере нормативно это можно установить лишь в отношении охраняемой законом профессиональной тайны: например, медицинской, судебной, адвокатской, предварительного следствия, нотариальных действий, денежных вкладов, исповеди. А как быть с остальными сведениями?

Но главное даже не в этом. А в том, что Конституция, как уже отмечалось, *дважды* говорит о праве на неприкосновенность частной жизни (ч. 1 ст. 23 и ч. 1 ст. 24) *вне* контекста личной и семейной тайны (последняя в ст. 23 рассматривается лишь как разновидность сведений о частной жизни). Учитывая же «деликатность» этой материи и то, что содержание частной жизни достаточно широко и многообразно, снятие такого уголовно-правового ограничителя как «тайна» с информации о частной жизни лица, конечно же, будет больше соответствовать указанным конституционным нормам.

Таковы, на наш взгляд, основные причины искусственной криминализации экономической деятельности правотворческого и правоприменительного характера, в конечном счете существенно ограничивающей принцип верховенства права.

ГЛАВА 2

ПРИМЕНЕНИЕ ИНСТИТУТОВ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА В ИНЫХ ОТРАСЛЯХ ПРАВА

1. Гражданское право в системе законодательства

Проблема применения и толкования институтов одной отрасли права или законодательства в другой отрасли права или законодательства достаточно традиционна. Применительно к гражданскому праву эта проблема в некоторых случаях урегулирована действующим законодательством, содержащим нормы о порядке и границах применения норм гражданского права применительно к отношениям, регулируемым какой-либо иной отраслью законодательства.

Определяя предмет своего регулирования, большинство действующих кодексов устанавливают нормы о применении к отношениям, регулируемым теми или иными отраслями законодательства, гражданского законодательства (права) и его институтов. Разграничение с институтами гражданского законодательства содержат такие кодифицированные нормативные акты, как Водный (ст. 4), Градостроительный (ст. 4), Жилищный (ст. 7 и 8), Земельный (ст. 3), Лесной (ст. 3), Налоговый (ст. 11), Семейный (ст. 4), Таможенный (ст. 11) кодексы Российской Федерации.

Все указанные выше кодексы по-разному устанавливают разграничение сфер регулирования с гражданским законодательством. Например, Семейный кодекс Российской Федерации допускает наиболее широкое применение гражданского законодательства к имущественным и неимущественным отношениям членов семьи: гражданское право применяется здесь во всех случаях, когда семейное законодательство не содержит норм, регулирующих соответствующие отношения.

Отсылка к терминам, нормам и институтам гражданского законодательства характерна не только для отраслей, относящихся к частному праву (как это обычно принято считать), но и для отраслей, составляющих публичное право. При этом среди кодифицированных нормативных актов (за исключением «функциональных»¹) кодексами, которые

¹ Как, например, Кодекс торгового мореплавания, Кодекс внутреннего водного транспорта, Воздушный кодекс, которые по своей юридической сути являются скорее формами инкорпорации, а не кодексами.

Глава 2. Применение институтов гражданского права в иных отраслях права

никак не регулируют применение терминов и институтов гражданского законодательства, являются только КоАП и УК РФ. Попытки объяснения такого положения дел просто пробелом в законодательстве представляются не только легковесными, но и по существу неверными. Нам видится следующее объяснение «стерильности» КоАП и УК РФ в вопросах коллизии с иными отраслями права.

КоАП и УК РФ представляют собой нормативные акты, которые содержат только охранительные нормы права. При этом УК РФ — это кодифицированный нормативный акт отрасли законодательства, которая является *исключительно охранительной* (а не регулятивной) отраслью. Охранительные отрасли законодательства не регулируют охраняемые ими общественные отношения, которые регулируются иными, «своими» регулятивными отраслями законодательства. Попросту говоря, уголовное право не регулирует те отношения, которые оно охраняет¹.

М.Д. Шаргородский и О.С. Иоффе указывали: «Обладатель блага, охраняемого уголовным законом, совершает определенные положительные действия, но он совершает их как участник не уголовных, а других правоотношений, поскольку уголовное право лишь охраняет его благо, но не регламентирует принадлежащих ему правомочий»². Такой же точки зрения придерживаются и специалисты в области уголовного права. Так, например, В.Г. Смирнов писал: «Норма уголовного законодательства никогда не выступает самостоятельно, а формулирует только угрозу применения наказания в случае нарушения общественных отношений, организуемых нормами иных отраслей советского права»³.

Именно поэтому УК РФ не содержит и не может содержать «коллизийной» нормы, регулирующей соотношение уголовного законодательства и законодательства, относящегося к регулятивным отраслям права.

Уголовный кодекс в ст. 2 определяет, что задачами Кодекса являются охрана (а не регулирование) прав и свобод человека и гражданина, собственности, общественного порядка и общественной безопасности, окружающей среды, конституционного строя. Для осуществления этих задач Кодекс устанавливает основания и принципы уголовной

¹ Эта принципиальная идея была сформулирована классиками российской (советской) цивилистики и теории права еще в 50-е годы прошлого века (см.: Шаргородский М.Д., Иоффе О.С. О системе советского права // Советское государство и право. 1957. № 6. С. 108).

² Иоффе О.С., Шаргородский М.Д. Вопросы теории права. М., 1961. С. 216.

³ Смирнов В.Г. Функции советского уголовного права. Л., 1965. С. 301.

Верховенство права

ответственности, определяет, какие деяния признаются преступлениями, и устанавливает виды наказаний и иные меры уголовно-правового характера за совершение преступлений.

Исключительно этим предмет уголовного права и исчерпывается. Никаких иных задач, в том числе задач регулирования охраняемых отношений, уголовный закон не устанавливает, не решает, да и не может и не должен устанавливать и решать. Специалисты по теории уголовного права указывают, что законодатель при определении того, какой отрасли права отдать предпочтение в регулировании тех или иных видов ответственности, стремится соблюдать следующее правило: в пограничных случаях приоритет имеют не уголовное право, а иные отрасли права: гражданское, административное, налоговое и пр.¹

Взгляд на уголовное право как на исключительно охранительную отрасль права, которая не регулирует охраняемые общественные отношения, а также мнение о том, что «о роли уголовно-правовых санкций порой высказываются преувеличенные представления»², являются традиционными истоявшимися как в общей теории права, так и в теории уголовного права³.

Даже те авторы, которые усматривают в механизме действия уголовного права некую «регулятивную» функцию⁴, не могут не признать, что она сводится к устрашению⁴ (превенции)⁵ либо к нормам, освобождающим от уголовной ответственности при наличии обстоятельств, исключающих преступность деяния⁶, и не связана с каким-то существенным регулированием охраняемых общественных отношений. В теории уголовного права признается, что не уголовное право регулирует охраняемые общественные отношения, а, наоборот, иные отрасли

¹ Курс уголовного права: Учение о преступлении. Общая часть: Учебник. Т. 1 / Под ред. Н.Ф. Кузнецовой, И.М. Тяжковой. М.: Зерцало, 1999. С. 11-12.

² *Лейст О.Э.* Санкции и ответственность по советскому праву (теоретические проблемы). М., 1981. С. 22.

³ См., например: *Лейст О.Э.* Санкции в советском праве. М., 1962. С. 105—106; Теория государства и права / Отв. ред. А.И. Королев, Л.С. Явич. Л., 1987. С. 407; Курс советского уголовного права / Под ред. А.А. Пионтковского, П.С. Ромашкина, В.М. Чхиквадзе. Т. 1. М., 1970. С. 12; *Смирнов В.Г.* Правоотношение в уголовном праве // Правоведение. 1961. № 3. С. 89.

⁴ См., например: Уголовное право. Общая часть: Учебник для вузов / Отв. ред. И.Я. Козаченко, З.А. Незнамова. М., 1997. С. 12-13).

⁵ *Начкебия Г.И.* Предмет науки уголовного права: Автореф. дис.... докт. юрид. наук. Тбилиси, 1997. С. 45.

⁶ *Астемиров З.А.* Проблемы теории уголовной ответственности и наказания. Махачкала, 1987. С. 51; *Наумов А.В.* Российское уголовное право. Общая часть: Курс лекций. М., 2000. С. 5—15; *Похмелькин В.В.* Социальная справедливость и уголовная ответственность. Красноярск, 1990. С. 70.

Глава 2. Применение институтов гражданского права в иных отраслях права

законодательства и содержащиеся в них запреты применяются при квалификации деяний как преступных либо не преступных¹.

При этом авторы указывают, что «при использовании в уголовном законе терминов других отраслей права, их понимание и, соответственно, применение при квалификации преступлений должно основываться на их отраслевом определении»², «если в уголовном законе используются правовые категории, понятия о которых даны в других отраслях законодательства, то они должны пониматься в соответствии с их определением»³.

Таким образом, уголовное право охраняет, но не регулирует охраняемые, в том числе гражданско-правовые, отношения. Именно поэтому УК РФ не содержит и не может содержать нормы о коллизии уголовного и гражданского законодательства, о порядке применения терминов, понятий и институтов гражданского законодательства в Уголовном кодексе. Термины, понятия и институты гражданского законодательства могут применяться и пониматься в УК РФ *только и исключительно* так, как они применяются и понимаются в гражданском законодательстве.

При этом «коллизии» между уголовным и гражданским правом не существует и существовать не может. В противном случае мы приходим к такому недопустимому положению вещей, когда уголовное право не только охраняет, но и, откровенным образом выходя за рамки своего предмета, регулирует отношения, являющиеся предметом гражданского права. На практике это приводит к тому, что, образно говоря, охранник вместо того, чтобы ходить вокруг дома и охранять его, начинает перестраивать его по своему вкусу и усмотрению, чтобы «было легче охранять». Однако после таких «усовершенствований» домом эти «конструкции» уже вряд ли назовешь, да и жить в этих развалинах права тоже затруднительно. Подобный подход неизбежно приводит к тому, что объектом охраны уголовного права фактически становятся не нормальные гражданско-правовые отношения, а какие-то другие, реально не существующие, так сказать, гибридные криминально-гражданские отношения, представляющие собой искусственно созданных мутантов, появившихся в результате «урегулирования» нормальных гражданско-правовых отношений уголовным правом.

¹ Наумов А.В. Нормы других отраслей права как источник уголовного права // Законность. 2002. № 7. С. 38–43; Ибрагимов М.А. Нормативные акты иных отраслей права как источники уголовного права: Дис.... канд. юрид. наук. Ставрополь, 2004. С. 25.

² Ибрагимов М.А. Указ. соч. С. 37.

³ Устинов В.С. Техника конструирования дефиниций в уголовном законодательстве // Законодательная техника современной России: состояние, проблемы, совершенствование: Сб. ст. Т. II / Под ред. В.М. Баранова. Н. Новгород, 2001. С. 207.

Верховенство права

Большинство кодексов и значительное число иных законодательных актов содержат специальные нормы о применении к регулируемым отношениям гражданского права. Однако практика применения норм и институтов гражданского права в рамках иных отраслей законодательства (иногда опирающаяся на официальное толкование и даже норму законодательства) такова, что она крайне далека от действительного содержания и характера норм и институтов гражданского права. Это зачастую приводит к тому, что для правоприменителей, работающих в иной, не гражданско-правовой сфере, существует какое-то «свое» гражданское право, с настоящим гражданским правом не имеющее ничего общего. Применение такого «своего гражданского права» приводит к тому, что взамен единой системы права возникает некоторое число не связанных друг с другом «заповедников», где активно применяется, например, «уголовное гражданское право» или «налоговое гражданское право»¹, ознакомление с которыми у цивилиста может вызвать только недоумение. Особенно остро эта проблема стоит в правоприменительной практике, основанной на публичном праве, в частности в практике правоохранительных органов и судов, рассматривающих уголовные дела.

II. Преступление с точки зрения гражданского права

Казалось бы, вопрос поставлен неверно и даже юридически безграмотно. Ведь только уголовный закон определяет, какие деяния являются преступлением. Однако было бы весьма странным, если бы деяние, рассматриваемое уголовным правом (вернее — уголовной юстицией) в качестве преступления, с точки зрения гражданского права было бы легальным гражданским правоотношением. Если понимать, что, устанавливая уголовную ответственность за имущественные преступления, уголовное право охраняет главным образом гражданские права (прежде всего право собственности), то ситуацию, когда уголовная юстиция квалифицирует в качестве преступления отношения, которые с позиций гражданского права признаются легальными гражданскими правоотношениями, трудно назвать иначе, как юридическим абсурдом. Между тем в практике уголовной юстиции такое положение дел вовсе не является экзотикой.

Для того чтобы понять, каковы атрибуты деяний, которые и уголовное, и гражданское право рассматривают в качестве преступления (в частности, в качестве кражи как «классической модели» преступления),

¹ С присущими правоприменительной практике налоговых органов и даже судов «налоговыми обязательствами», «договором как формой ухода от налогов», «ценой» договора, устанавливаемой не сторонами договора, а налоговым органом, и пр.

Глава 2. Применение институтов гражданского права в иных отраслях права

весьма полезно обратиться к тому состоянию права, в котором такие деяния еще существовали в рамках права, не разделенного на гражданское и уголовное. Таково было состояние права в эпоху римского права, когда правоотношения, впоследствии ставшие либо преступлением (публичным деликтом), либо гражданским деликтом, существовали еще в рамках единого института *furtum* (кража).

И. Б. Новицкий обращал внимание на то, что «*furtum* не совпадало полностью с современным понятием *кражи*», *furtum* не ограничивалось похищением вещи, можно было совершить *furtum usus* (кража пользования), *furtum possessionis* (кража владения, которую, например, совершал собственник вещи, если отбирал у кредитора переданную ему в залог вещь), поэтому «*furtum* относилось всякое противозаконно корыстное посягательство на чужую вещь»¹. Д. В. Дождев указывает, что «с определением новых деликтов... значение «*furtum*» сужалось, но по-прежнему было значительно шире современного», для состава кражи существенно, чтобы изъятие полезных свойств вещи производилось вопреки воле ее собственника, с целью получения выгоды, а также намеренно²

Изучение института *furtum* было традиционным для цивилистики³, поскольку этот институт не столько обозначал некие «внешние границы» гражданского права, сколько устанавливал правовую регламентацию имущественных отношений, существующих уже в режиме преступления (кражи), так как кража не означает прекращения имущественных прав потерпевшего и не является основанием для возникновения прав похитителя⁴.

В частности, довольно обширная литература по вопросам *furtum* имеется в немецкой цивилистике. Немецкими учеными были детально установлены признаки отношений, которые позволяли квалифицировать их

¹ Новицкий И. Б. Основы римского гражданского права. М., 1956. С. 206.

² Дождев Д. В. Римское частное право: Учебник для вузов. М., 2004. С. 614.

³ См., например: Азаревич Д. Система римского права: Университетский курс. Т. 2. Ч. 1. Варшава, 1888. С. 191-196; Гримм Д. Д. Лекции по догме римского права. М.: Зерцало, 2003. С. 402; Hitzig H. F. Beiträge zur Lehre vom Furtum // Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung). 1902. B. XXIII. S. 315-336; Holtius A. C. Abhandlungen civilistischen und handelsrechtlichen Inhalts. Utrecht, 1852. S. 75-82; Keller E. L. von. Institutionen. Grundriss und Ausführungen. Leipzig, 1861. S. 134-141; Schirmer. Zur Lehre vom furtum // Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung). 1884. B. V. S. 207-219.

⁴ Формальным выражением того, что гражданское право и после совершения преступления не «прекращает свое существование» (как это зачастую трактует уголовная юстиция в целях упрощения уголовной квалификации), а продолжает регулировать имущественные отношения между преступником и потерпевшим, является гражданский иск в уголовном деле.

как *furtum*. Так, Шлоссман обращал внимание на то, что для определения отсутствия или наличия *furtum* важно, имеется ли при односторонних действиях «правомерность перенесения владения»¹. Ю. Барон писал, что «*furtum* совершает тот, кто тем, что посягает на движимую вещь, намеренно причиняет другому вред и обогащает себя» (*sich einen Gewinn verschafft*)¹. А. Бринц указывал, что при *furtum* имеет место присвоение чужих вещей без правового основания (*rechtslos*) и без ведома и помимо воли хозяина вещи¹. Э. Бёкинг определял *furtum* как «присвоение владения»⁴.

Суммируя, можно сказать, что с точки зрения гражданского права кражей являются совершаемые без правовых (гражданско-правовых) оснований и помимо воли собственника (законного владельца) односторонние действия, которыми лицо приобретает фактическое владение на чужую вещь и тем самым обогащается и причиняет ущерб собственнику (законному владельцу) вещи, лишая его владения вещью. Конечно, стыдно повторять такие азбучные истины, но этот стыд в значительной мере сходит на нет в процессе ознакомления с легальной дефиницией кражи (примеч. 1 к ст. 158 УК РФ), которая определяет: «Под хищением в статьях настоящего Кодекса понимаются совершенные с корыстной целью противоправные безвозмездное изъятие и (или) обращение чужого имущества в пользу виновного или других лиц, причинившие ущерб собственнику или иному владельцу этого имущества».

Как видим, по сравнению с цивилистическим пониманием кражи из легальной дефиниции исчезают такие атрибуты, как односторонность действий помимо воли собственника (что в некоторых случаях приводит к фактическому признанию уголовной юстицией того, что «потерпевший» может быть «участником преступления»). Кроме того, такой атрибут кражи, как отсутствие гражданско-правовых оснований для завладения вещью, оказывается «спрятан» в таком общем признаке преступления, как противоправность. На практике это приводит к тому, что установление противоправности хищения сводится к формальной ее констатации на основании той или иной статьи УК РФ. Вопрос же о том, действительно ли обвиняемый получил вещь во владение без каких бы то ни было гражданско-правовых оснований, как правило, уголовной

¹ Schlossmann. Zur Erklärung von 1. 33 de a. v. o. poss. 41, 2. Ein Beitrag zur Lehre vom *furtum* // Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung). 1897. B. XVIII. S. 202.

² Baron J. Pandekten. Leipzig, 1896. S. 569.

³ Brinz A. Lehrbuch der Pandekten. B. 2. Abteilung 2. Erlangen, 1882. S. 804.

⁴ Bocking E. Römisches Privatrecht. Institutionen des römischen Civilrechts. Bonn, 1862. S. 149.

юстицией либо не исследуется вовсе, либо «разрешается» тем, что любое гражданско-правовое по своей сути действие (выдача доверенности, сделка, договор, передача имущества и т.д.) определяется как «фиктивное», «подложное», что на практике означает «локальную смерть» гражданского права, которое попросту игнорируется уголовной юстицией¹.

Однако наибольшее удивление (если не сказать - недоумение) в легальной дефиниции хищения вызывает та ее часть, которая говорит об обращении чужого имущества не в пользу похитителя, а в пользу «других лиц». Иначе говоря, законодатель полагает, что фактическое владение похищенной вещью может возникнуть не у похитителя, а у иных лиц. Кто такие эти таинственные «другие лица», понять невозможно. Ведь если фактическое владение похищенной вещью возникает не у исполнителя хищения, а у иных лиц, действовавших с ним совместно в целях хищения, то этот случай разрешается уголовным правом через институт соучастия и никакой отсылки к «другим лицам» не требует. А если речь идет о том, что эти другие лица — не соучастники, а какие-то посторонние похитителю лица, которым похититель передал краденое (т.е. уже фактически владея им), то либо мы имеем дело уже с другим составом преступления (например, приобретение и сбыт имущества, полученного преступным путем), либо перед нами не похититель, а альтруист а-ля Юрий Деточкин, и тогда исчезает такой признак преступления, как корысть (обогащение). Тем самым легальная дефиниция хищения такова, что мы *вынуждены* признать существование в российском уголовном праве таких видов «хищений», как хищение в пользу третьего лица и бескорыстное хищение.

Внутренние противоречия, заложенные в легальной дефиниции хищения, усугубляются еще и способом толкования уголовной юстицией такого признака хищения, как безвозмездность. Масштабы и глубина этой проблемы таковы, что требуют детального рассмотрения.

Проблема трактовки безвозмездности в уголовном и гражданском праве является актуальной в первую очередь потому, что в правоприменительной практике уголовной юстиции безвозмездность хищения толкуется отлично от понимания безвозмездности в гражданском праве. В следственной и судебной практике устоялось определение безвозмездности как изъятия (обращения в свою пользу или пользу иных лиц)

¹ К сожалению, в правосознании работников российской уголовной юстиции устоялась «неопровержимая презумпция» того, что после вынесения постановления о возбуждении уголовного дела применение к фактическим обстоятельствам дела иного права, кроме уголовного, невозможно. А между тем действующее законодательство не дает никаких оснований полагать, что к имущественным отношениям между обвиняемым и потерпевшим гражданское право применяться не должно.

Верховенство права

чужого имущества без предоставления эквивалента (возмещения) или без предоставления достаточного (равного по стоимости) эквивалента.

Подобное понимание безвозмездности хищения основано не на законе (так как легальное определение хищения не дает никаких оснований для такого толкования безвозмездности), а исключительно на толковании, данном еще Верховным Судом РСФСР¹. Так, комментарий к Уголовному кодексу РСФСР (являвшийся на тот момент, по сути, источником, публикующим официальное толкование) разъяснял: «Под безвозмездностью понимается как незаконное получение социалистического имущества совсем бесплатно, так и по заниженным ценам, например по оптовым ценам, путем незаконной искусственной уценки товаров, выбраковки промышленных изделий, скота и т.п.»². Данное толкование в силу его жесткой привязки к реалиям именно государственной собственности в условиях социалистического хозяйства было фактически неприменимо к хищениям личной собственности. Показательно, что, описывая состав кражи личного имущества, тогдашние толкователи ограничились указанием на то, что признаки ст. 144 (кража личного имущества) «совпадают» с признаками ст. 89 (хищение государственного или общественного имущества)³, так как повторение таких атрибутов «безвозмездности», как покупка по оптовым ценам (!), уценка и пр., обнаружило бы полную абсурдность такого толкования безвозмездности применительно к хищениям личного имущества.

Нынешние толкователи УК РФ оказались социалистами больше, чем сами социалисты: при социализме рассматриваемое толкование по своим основаниям было практически неприменимо к хищениям личной (фактически — частной) собственности, однако сегодня это толкование уголовная юстиция считает возможным применять к «хищениям» частной собственности.

Таким образом, безраздельно господствующее в настоящее время в следственной и судебной практике толкование безвозмездности хищения, в том числе как «недостаточности эквивалента», развивалось следующим образом: появившись исключительно как признак хищения, пригодный при квалификации хищений только государственной или общественной социалистической собственности (поскольку «хищение» в виде покупки по оптовым ценам или уценки применительно к иным формам собственности было попросту невозможно), как признак исключительно описательный и казуальный (применение оптовых

¹ Бюллетень Верховного Суда РСФСР. 1977. № 2. С. 2; 1979. № 6. С. 8.

² Комментарий к Уголовному кодексу РСФСР. М., 1980. С. 172.

³ Там же. С. 275.

Глава 2. Применение институтов гражданского права в иных отраслях права

цен, выбраковка, уценка и т.п.), как признак, применимый исключительно к тем «похитителям», у которых похищенное имущество уже находилось, поскольку они являлись работниками юридических лиц, осуществлявших (по тогдашней терминологии) правомочия собственника, в результате и уже в условиях отсутствия государственной и общественной социалистической собственности данное толкование совершенно бесосновательно получило универсальный характер и стало применяться к любым хищениям любой собственности любыми лицами, в том числе (и прежде всего) теми, которые приобрели так называемое похищенное имущество у собственника по предусмотренным законом основаниям и возмездно¹.

Это свидетельствует о том, что толкование безвозмездности хищения как недостаточности предоставленного эквивалента перекочевало в современное российское уголовное право механистически, обретя при этом абсолютную самостоятельность, и полностью оторвалось от тех юридических, экономических и социальных оснований, которые это толкование породили. Общественные отношения, породившие указанное толкование, канули в Лету, а толкование, причем никак не основанное на законе, продолжает существовать, получив при этом всеобъемлющий универсальный характер и определяя правоприменительную практику уголовной юстиции.

Понимание безвозмездности уголовной юстицией крайне далеко от понимания безвозмездности в гражданском праве². Безвозмездность приобретения исторически воспринималась правом как, так сказать, «пограничный случай», находящийся на стыке между основательным и бесосновательным приобретением имущества. В римском праве безвозмездность воспринималась как особый, не характерный для имущественных отношений признак, который представлял собой очевидное исключение. Р. Иеринг указывал, что если более поздняя форма перехода собственности (*traditio*) допускала дарение как экономическое (но не юридическое) основание, то более ранняя форма (*manipatio*) признавала в качестве каузы исключительно куплю-продажу: «...древнее право не имело формы дарственного предоставления права собственности... идея дарения была совершенно чужда древнему праву, древний римлянин не дарил!»³.

Следствием этого было то, что в Древнем Риме дарение (*donatio*) не признавалось в виде самостоятельного договора, а воспринималось

¹ Но, по мнению следственных органов и суда, «недостаточно возмездно».

² Что в результате неизбежно приводит к осуждению за «бескорыстные хищения».

³ Иеринг Р. фон. Избранные труды. Т. I. СПб., 2006. С. 263.

Верховенство права

как *causa* какого-либо иного договора, когда лицо осуществляло предоставление, руководствуясь нематериальным интересом (из щедрости, из благодарности и т.п.). При этом весьма обширны были нормы об обратимости дарения, когда по тем или иным основаниям даритель или его наследники могли истребовать подаренное обратно¹. С развитием права «экзотичность» дарения как института гражданского права была в основном преодолена, но и до настоящего времени среди правоведов продолжают споры по различным вопросам дарения, в том числе касательно того, может ли дарение вообще признаваться договором² или его нужно рассматривать как элемент или каузу, присущие различным гражданско-правовым отношениям³.

Случаи безвозмездности в гражданском праве не сводятся к договору дарения и ссуды (безвозмездного найма), как это иногда излагается исследователями этого вопроса. Степень распространения элемента безвозмездности в гражданском праве значительно шире и существеннее, чем принято полагать. Действующее законодательство содержит легальное определение безвозмездности: «Безвозмездным признается договор, по которому одна сторона обязуется предоставить что-либо другой стороне без получения от нее платы или иного встречного предоставления» (п. 2 ст. 423 ГК РФ). Закон в качестве основного признака безвозмездности отношений указывает получение какого-либо предоставления без осуществления встречного предоставления. Хотя данное определение относится к договорам, представляется, что принципиально оно применимо к гражданско-правовым отношениям в целом.

Поскольку гражданско-правовые отношения имеют сложный характер, который даже применительно к договорам (обязательствам) не исчерпывается только предоставлением и встречным предоставлением, легальная дефиниция безвозмездности должна быть существенно уточнена в том смысле, что наличие безвозмездности не означает, что лицо, которое приобретает что-либо безвозмездно, вообще не должно осуществлять никаких, в том числе имеющих денежное или имущественное выражение, действий.

А.А. Симолин в своей фундаментальной работе по вопросам безвозмездности писал: «...мы имеем целый ряд случаев, где существование обязанностей на сторонах обоих контрагентов не превращает сделку

¹ Подробнее см., например: *Дождев Д.В.* Указ. соч. С. 679-681.

² См., например: *Савельев В.А.* Дарение в римском праве и в современном законодательстве // *Журнал российского права.* 2007. № 3. С. 41–48.

³ См., например: *Savigny EC. von.* System des heutigen römischen Rechts. B. IV. Berlin, 1841. S. 6, 8, 13-280.

в возмездную»¹. В числе таких случаев автор называет прежде всего *modus*² (например, обязанность не использовать подаренную лошадь на тяжелых работах и кормить ее, обязанность предоставить семье дарителя право пользования садом в подаренном имении, дарение собрания картин с запретом разъединять это собрание и т.д.)³, а также, например, обязанность ссудополучателя хранить предмет ссуды и вернуть его ссудодателю⁴.

А.А. Симолин убедительно показал, что безвозмездность имеется и в том случае, когда получающая выгоду сторона производит некие действия (в том числе даже и материальные траты), которые, однако, должны отвечать следующим требованиям: эти действия не должны составлять приращения материального состояния лица, совершившего безвозмездное предоставление, и объектом действий контрагентов должен быть один и тот же предмет, т.е. должна иметься тождественность объекта действий сторон (например, подаренная лошадь, которую следует кормить и не использовать на тяжелых работах, а не лошадь и деньги, как это было бы в случае купли-продажи), что, однако, не означает, что лицо, получившее выгоду, обязательно должно осуществлять указанные действия только за счет или в пределах этой выгоды⁵ (например, одаряемый тратит свои деньги на прокорм подаренной лошади, что не делает сделку возмездной, поскольку действия и дарителя и одаряемого направлены на один объект — лошадь). При этом А.А. Симолин справедливо указывает, что в ряде случаев затраты на исполнение модуса могут оказаться даже больше, чем стоимость безвозмездно приобретенного, что тем не менее не будет означать утрату этими отношениями характера безвозмездности⁶.

Следует добавить, что свойства безвозмездности, указываемые А.А. Симолиным, представляются верными и основательными уже потому, что все действия, которые лицо, безвозмездно приобретшее

¹ Симолин А.А. Влияние момента безвозмездности в гражданском праве. Казань: Типо-литография Императорского университета, 1916. С. 40.

² Г.Ф. Дормидонтов писал: *modus* — «это побочное определение, присоединяемое к безмездной сделке, дарению, завещанию или отказу, налагающее по воле лица благодетельствующего на того, кто получает дар или отказ, обязанность употребить даримое или отказываемое имущество в целом или части для определенных целей, какие он указывает, или обязанность исполнить что-либо другое, что ограничивает или уменьшает ценность дара или отказа» {Дормидонтов Г.Ф. Система римского права. Общая часть. Казань, 1910. С. 233}.

³ Подробнее о модусе см.: Барон Ю. Система римского гражданского права. Вып. 1. Кн. 1: Общая часть. М., 1898. С. 131-135.

⁴ Симолин А.А. Указ. соч. С. 43.

⁵ Там же. С. 41-43.

⁶ Там же. С. 44-45.

Верховенство права

имущество, осуществляет в отношении этого имущества, являются действиями, которые совершает уже состоявшийся собственник (или законный владелец), который в силу требования закона (например, ст. 210 ГК РФ) о несении бремени содержания имущества должен производить все требующиеся действия в отношении этого имущества в том его фактическом и юридическом состоянии, каковое имеется.

Помимо дарения, безвозмездной ссуды, поклажи и доверенности, А.А. Симолин относил к безвозмездным сделкам и иные договоры, «где нет уменьшения имущества на стороне дающего или обогащения на стороне получающего», например обещание бесплатно предоставить квартиру для проживания, бесплатно исполнить работу¹.

Р. Иеринг относил к безвозмездным (бескорыстным) сделкам не только безвозмездные пользование вещью и хранение, но и безвозмездное заведование чужими делами, а дарение называл «формой имущественно-правового отречения» и в доказательство распространенности и значимости безвозмездных сделок для оборота приводил небольшую таблицу, где большинству наиболее распространенных возмездных договоров (купля, мена, аренда и т.д.) находится «пара» в виде безвозмездного договора (дарение, ссуда и пр.)².

В целом следует отметить, что взгляды на безвозмездные гражданско-правовые отношения весьма обширны и не ограничиваются исключительно договорами (сделками). Например, профессор Ю.С. Гамбаров указывал в качестве случаев безвозмездности (альтруизма) безвозмездные товарищества, ассоциации и союзы³.

Таким образом, элемент безвозмездности может проявляться в различных гражданско-правовых отношениях и сложившееся в гражданском праве понимание безвозмездности применимо не только к сделкам, но и к любым имущественным отношениям, и при этом легальная дефиниция безвозмездности не дается через категорию эквивалента, как это имеет место в толковании безвозмездности уголовной юстицией.

Поскольку толкование хищения как отношения, при котором потерпевший не получает достаточного эквивалента, существенно отличается от понимания в цивилистике того, что есть эквивалент, необходимо рассмотреть трактовку эквивалента в гражданском праве более подробно.

¹ Симолин А.А. Указ. соч. С. 326, 329.

² Иеринг Р. фон. Указ. соч. С. 130, 158.

³ Гамбаров Ю.С. Добровольная и безвозмездная деятельность в чужом интересе. Вып. 2. Социологическое основание института *neg. gestio*. М.: Типография А.И. Мамонтова и К°, 1879. С. 34.

Работа, в которой, вероятно, наиболее глубоко и детально был исследован вопрос об эквиваленте в имущественных отношениях, — это уже цитировавшийся выше классический труд Р. Иеринга «Цель в праве». В этой работе Р. Иеринг пишет: «Понятия платы (Lohn) и эквивалента не тождественны: эквивалент может заключаться не в плате, а в чем-либо другом (например, при реальном исполнении, *Realleistung*)»; «эквивалент есть осуществление идеи справедливости в области оборота»¹. И далее задает вопрос: «Как разрешает общество эту задачу? Посредством закона?» И отвечает: «...это не так: в действительности даже когда интерес *всех* требует установления того или другого порядка, необходимо еще сообразить, не в состоянии ли будет этот интерес сам установить требуемый порядок...»²

Еще ранее Р. Иеринг замечает: «...определение исполнения договора противной стороной (*Gegenleistung*)¹ как эквивалента — как бы ни было справедливо подобное определение с точки зрения оборота... — с точки зрения сторон представляется совершенно неверным. Исполнение договора противной стороной, представляющее собой только и единственно эквивалент того, что сделано с нашей стороны, психологически не в силах вызвать изменение в существующем положении сторон; для этого необходим перевес (*Plusvalent*), конечно, не в объективном, а в субъективном смысле — необходимо, чтобы обе стороны были убеждены в личных для них выгодах обмена»⁴.

Таким образом, речь идет о том, что эквивалентность имущественных отношений, которая существует в общественном сознании как идея справедливости оборота, может быть достигнута (реализована) только через интересы сторон конкретной сделки, у каждой из которых свое особое представление об интересе и эквиваленте. В этом и состоит объективное противоречие, которое снимается лишь путем учета воли сторон, заключивших сделку на таких условиях, по такой цене (или бесплатно) и в таких для себя обстоятельствах, а не путем навязывания этим сторонам внешней воли и внешнего (т.е. не принадлежащего стороне по сделке) интереса государства или общества, основанного на абстрактном и не имеющем отношения к данной сделке представлении о «неэквивалентности» отношений, каковой путь по своей

¹ Иеринг Р. фон. Указ. соч. С. 178, 179.

² Там же. С. 180. В качестве исключения, когда допустима возможность государства вмешиваться в содержание сделок, Р. Иеринг называет ростовщические сделки (см. там же. С. 181-182).

³ Здесь имеет место неудачный перевод, в действительности речь идет о встречном предоставлении (*Gegenleistung*).

⁴ Иеринг Р. фон. Указ. соч. С. 171.

Верховенство права

экономической, социальной и правовой сути ничем бы не отличался от государственного регулирования цен и иных существенных условий сделок в условиях социалистической экономики.

Принципиально позиция Р- Иеринга состояла в том, что сделка не может рассматриваться как «обмен эквивалентами», поскольку в таком случае она никогда не была бы совершена, так как сделка заключается только тогда, когда каждая из сторон считает, что сделка дает ей выгоду, а не то, что у нее уже есть (в том числе и в стоимостном выражении). И если сделка совершена, то должна существовать как минимум презумпция того, что каждая из сторон заключала ее к выгоде для себя, и соответственно ни о какой «недостаточности эквивалента» не может быть и речи. При этом даже при безвозмездной сделке может идти речь не только о некоем «альтруистическом эквиваленте» (в виде удовлетворения родительской любви, чувств приязни, щедрости и пр.) или, по выражению Ю.С. Гамбарова, ссылающегося на Спенсера, об «эго-альюизме» (например, при товариществе)¹, но и о вполне материальных интересах (например, стремление снять с себя тяготы по содержанию имущества при безвозмездном предоставлении в пользование пустующего помещения).

Концепция Р. Иеринга об эквиваленте как идее справедливости оборота, реализующейся только и исключительно через волю участников сделки, была широко воспринята² и была подвергнута критике (при этом иногда без упоминания автора этой концепции) только с появлением работ, связанных со становлением социалистического гражданского права. В частности, нарком юстиции и в дальнейшем Председатель Верховного Суда РСФСР П.И. Стучка писал со ссылкой на В.И. Ленина: ««Равное за равное» - это принцип буржуазного права вообще. Но в чем заключается этот эквивалент? Право этого не поясняет, оно само не знает, забыло это. С эквивалента товаров оно переносит это равенство на волю товаровладельцев и предоставляет свободной воле договаривающихся сторон установить этот эквивалент. Мы уже

¹ Гамбаров Ю.С. Указ. соч. С. 34.

² Конечно, было бы неверным полагать, что это была «голая идея» Р. Иеринга, носившая чисто теоретический характер, «придуманная» им и не имевшая под собой никакой юридической практики. Например, для английской судебной системы прецедентным является решение по делу *Bolton v. Madden*, 1873: «Встречное удовлетворение может быть выгодой для должника или для третьей стороны или может не представлять какой-либо очевидной выгоды для кого бы то ни было и быть лишь ущербом для кредитора. В любом случае «эквивалентность» встречного удовлетворения должна рассматриваться сторонами во время заключения соглашения, а не судом, когда испрашивается его принудительное исполнение» (Ансон В. Договорное право. М., 1984. С. 74).

показали, что на такую точку зрения мы целиком согласиться не можем, что мы и в гражданском праве возвращаемся к объективному эквиваленту продуктов, хотя и разрешаем договорные уклонения от этого объективного (простого или развернутого трудового) эквивалента»¹.

Представляется, что никакая особая критика этой точки зрения не требуется, та часть цитаты, которая говорит о «разрешении договорных уклонений» (!!!) от «простого или развернутого трудового эквивалента», говорит сама за себя ярче любой критики.

Какие-либо авторитетные цивилистические исследования, не имевшие целью продемонстрировать «борьбу с буржуазным правом», никогда доказательно и по существу не оспаривали изложенные положения учения Р. Иеринга об эквиваленте². Что касается серьезных исследований в области уголовного права, которые опровергали бы эту теорию или предлагали бы свою собственную обоснованную теорию эквивалента, то они попросту отсутствуют (или по крайней мере неизвестны). Понятие эквивалента используется при толковании в уголовном праве как «голая категория» и аксиома, которой нужно «просто верить», никакого действительного обоснования для определения безвозмездности через категорию эквивалента в работах по уголовному праву не дается, а цивилистическое учение об эквиваленте для специалистов по уголовному праву остается «неизвестным» или игнорируется.

Таким образом, следует признать, что уголовно-правовое толкование хищения, основанное на идее «недостаточного эквивалента», не имеет под собой серьезного научного основания³, основано на понимании эквивалента в духе вульгарной политэкономии социализма и на искусственной подмене категорий безвозмездности и эквивалентности, которая активно воплощается в толковании и правоприменительной практике продолжателями идей П.И. Стучки.

К сожалению, толкование безвозмездности хищения как изъятия имущества без предоставления эквивалента или с предоставлением «недостаточного эквивалента» стало в российском уголовном праве

¹ *Стучка П.И.* Курс советского гражданского права. Т. 2: Общая часть гражданского права. М.: Изд-во Коммунистической академии, 1929. С. 12.

² Например, Ю.С. Гамбаров критикует Р. Иеринга применительно к этому учению только в смысле «преувеличения значения эгоизма», но не по сути трактовки Р. Иерингом категории эквивалента, отмечая при этом исключительную силу и глубину исследования Р. Иерингом чисто юридических вопросов (см.: *Гамбаров Ю.С.* Указ. соч. С. 46-47, 48).

³ Если не считать таковым идею о «простом или развернутом трудовом эквиваленте товара», который существует помимо и независимо от участников оборота и их интереса (поэтому, например, «хороший» телевизор должен стоить «дорого» даже на необитаемом острове, где нет электричества и телевизионного сигнала).

Верховенство права

практически хрестоматийным. Определения, даваемые признаку безвозмездности при хищении, похожи одно на другое, как близнецы: «...изъятие считается безвозмездным, если оно производится без соответствующего возмещения, т.е. бесплатно или с символическим либо неадекватным возмещением»¹.

Следует еще раз обратить внимание на то, что такое понимание безвозмездности основано исключительно на толковании и не имеет под собой легального основания. При этом специалисты по уголовному праву для выяснения того, что есть безвозмездность, готовы исследовать этимологический смысл слова «безвозмездный», соотношение безвозмездности с корыстью и реальным ущербом² и т.д. и т.п. Единственное, к чему не готовы специалисты в уголовном праве при исследовании такого признака хищения, как безвозмездность, это прочесть п. 2 ст. 423 ГК РФ, который дает *легальное* определение безвозмездности как отношения, при котором одно лицо получает имущество от другого лица без уплаты или иного встречного предоставления (т.е. не передавая за полученное имущество деньги, или иное имущество, или иной объект гражданского права).

Возникает вопрос: чем толкователей уголовного права не устраивает *легальное* определение безвозмездности, существующее в гражданском праве? На наш взгляд, прежде всего тем, что в основе уголовного толкования безвозмездности лежат идеи наркома юстиции П.И. Стучки, а в основе ст. 423 ГК РФ — научные концепции профессора Венского и Геттингенского университетов Рудольфа фон Иеринга и прочих буржуазных профессоров. К сожалению, мы имеем дело со случаем, когда эксцессы социалистического правосознания официальных толкователей и правоприменителей³ определяют карательную уголовную

¹ Российское уголовное право / Под ред. проф. А.И. Рарога. Т. 2: Особенная часть. М.: Профобразование, 2001. С. 173.

² См., например: Семенов В.М. Признаки объективной стороны хищения // Российский следователь. 2005. № 4. С. 15—17.

³ Чтобы не быть голословными, приведем цитату из работы В.И. Ленина, которая не только постоянно и в различном объеме приводилась, но и неуклонно воплощалась в жизнь в социалистический период истории страны: «Идет подготовка нового гражданского законодательства. НКЮ ст «плывет по течению»; я это вижу. А он обязан бороться *против* течения. Не перенимать (вернее, не дать себя надуть тупоумным и буржуазным старым юристам, кои перенимают) старое, буржуазное понятие о гражданском праве, а создавать новое. Не поддаваться Наркоминделу, который «по должности» тянет линию «приспособления к Европе», а *бороться* с этой линией, выработать *новое* гражданское право, новое отношение к «частным» договорам и т.п. Мы ничего «частного» не признаем, для нас все в области хозяйства есть публично-правовое, а не частное. Мы допускаем капитализм только государственный, а государство — это мы, как сказано выше. Отсюда — расширить применение государственного вмешательства в «частноправовые»

практику и даже уголовную политику, при этом в действительности не имеющую под собой легального основания.

Такое «уголовное» толкование безвозмездности приводит к тому, что действительная безвозмездность отношений может быть подменена (и в практике уголовной юстиции действительно подменяется) отношениями возмездными, которые, однако, по мнению того или иного официального правоприменителя, «недостаточно возмездны». При этом абсолютно игнорируется то, что между безвозмездностью и возмездностью не существует никакой «общей территории»¹.

Оставляя в стороне порок определения безвозмездности через «недостаточный эквивалент», необходимо обратить внимание наследующее. Даже если условно согласиться с таким толкованием безвозмездности, нельзя не видеть, что речь о «недостаточном эквиваленте» если и может вестись, то только как «довод номер пять», потому что до этого нужно сначала ответить на следующие (вернее, предшествующие) вопросы.

Первое. Можно ли вести речь о «недостаточном эквиваленте» при *изъятии* имущества? Очевидно, что нет, так как если имеет место изъятие, то никакой вообще (достаточный или недостаточный) эквивалент невозможен. Это свидетельствует о том, что концепция «недостаточного эквивалента» совершенно безосновательно рассматривается как общая, «родовая», поскольку ее применение для определения безвозмездности хищения в форме изъятия невозможно. Иначе нужно будет отдаться во власть юридических фантазмагорий, когда карманник, вытаскивая бумажник, в качестве «недостаточного эквивалента» засовывает в карман обворованного лица мелкую монетку. Таким образом, теория «недостаточного эквивалента» *мыслима* только для случаев хищения путем *обращения* в пользу «похитителя» имущества, которое у него уже находилось.

Второе. Если при «недостаточности эквивалента» хищение мыслимо только как обращение имущества в пользу «похитителя», то возникает вопрос: как «похититель» получил это «похищенное» имущество?

отношения; расширить право государства отменять «частные» договоры; применять не *corpus juris romani* к «гражданским правоотношениям», а наше революционное правосознание; показывать систематически, упорно, настойчиво на ряде образцовых процессов, как это надо делать с умом и энергией; через партию шельмовать и выгонять тех членов ревтрибуналов и нарсудей, кои не учатся этому и не хотят понять этого» (Ленин В.И. О задачах Наркомюста в условиях новой экономической политики // Ленин В.И. Поли. собр. соч. Т. 44. С. 398).

¹ Как в случае всем известного примера, когда нельзя быть «немного беременной». Любая «недостаточная возмездность», тем не менее и бесспорно характеризует имеющееся отношение как возмездное, а не как безвозмездное.

Ответ очевиден: он получил его от «потерпевшего»¹ и соответственно между «похитителем» и «потерпевшим» существовало отношение, на основании которого «похищенное» имущество было передано «похитителю» не помимо, а *по воле «потерпевшего»*.

Отсюда следует третий вопрос. Если между «похитителем» и «потерпевшим» существовало отношение, которое состояло в том, что «потерпевший» по своей воле передал «похищенное имущество» «похитителю», то имеется ли какая-либо юридическая квалификация этих отношений, предшествующая уголовно-правовой квалификации? Очевидно, да. Иначе действия «потерпевшего» трудно признать психически адекватными: если уж он передал имущество будущему «похитителю», то скорее всего основания для этого были и основания в том числе и юридические (например, гражданско-правовой договор, при этом, в случае «недостаточного эквивалента», — договор возмездный).

Это неизбежно порождает четвертый вопрос. Как быть с тем, что согласно п. 1 ст. 223 ГК РФ у приобретателя вещи по договору с момента ее передачи (получения) возникает право собственности? Иначе говоря, если имущество было передано «потерпевшим» «преступнику», например, за «недостаточную» (с точки зрения уголовной юстиции) плату, то согласно теории «недостаточности эквивалента» похитителем оказывается собственник имущества². Такова «логика» теории «недостаточного эквивалента» как составляющей безвозмездности при хищении.

Думается, что данные вопросы наглядно демонстрируют, что концепция «недостаточности эквивалента» не имеет под собой ни легального, ни доктринального основания, полностью искажает суть такой юридической категории, как безвозмездность, и в конечном счете ведет к необоснованной уголовной репрессии, в том числе против собственника имущества.

Однако все эти вопросы с точки зрения антилогик меркнут, если задаться вопросом, так сказать, один-бис. Вышеизложенные рассуждения строились на рассмотрении случаев обращения похитителем имущества в свою пользу. Но как быть с тем, что согласно примеч. 1 к ст. 158 УК РФ под определение «хищение» подпадают также изъятие и (или) обращение чужого имущества в пользу *других лиц*. Иначе говоря, закон признает хищением обращение имущества в чужую пользу (в пользу третьего лица).

¹ Поскольку если похититель получает имущество не от потерпевшего, а от другого лица, то в качестве «похитителя» должно рассматриваться это другое лицо.

² Здесь мы возвращаемся к действительному атрибуту хищения, свойственному еще институту *furtum* в Древнем Риме, когда признаком хищения полагалось обращение имущества в свое владение *без правовых оснований* (а не без эквивалента или «достаточного эквивалента»).

Возникающих в связи с этим вопросов как минимум два. Первый: в чем здесь корысть, если похититель обращает имущество не в свою пользу? Второй: если похищенное имущество обращается в пользу другого лица, как здесь быть с безвозмездностью, чтобы не превратить похитителя в «уголовно страдающего альтруиста», когда «похититель», не обратив имущество в свою пользу, подвергается за это уголовной ответственности?

Иначе говоря, не ясно, считает ли законодатель, что при хищении путем обращения имущества в пользу другого лица это отношение существует как «дарение» непосредственным похитителем похищенного тому лицу, в пользу которого оно обращается, или речь идет о «неизбежном соучастии», которое всегда имеет место при обращении похищенного в пользу иного лица. В первом случае не понятно, почему обращение похищенного в пользу иного лица будет преступлением, так как дариться будет уже похищенное, указывать одаряемого в качестве «другого лица» нет никакого смысла. Во втором случае не понятно, зачем, при наличии норм о соучастии, эти «иные лица» выделены законом как отдельный субъект, в чью пользу обращается похищаемое имущество. В любом случае говорить при этом о недостаточности эквивалента, предоставленного похитителем, весьма странно, так как тогда следует предположить, что похититель отвечает за то, что не заплатил или недостаточно заплатил за имущество, которое было обращено в пользу какого-то стороннего лица, т.е. фактически похититель несет уголовную ответственность не за свои действия, а за действия другого лица, причем эта ответственность выглядит как уголовная ответственность «сумасшедшего альтруиста».

Все эти удивительные случаи уголовной ответственности, как представляется, являются последствием негласного принципа, которым руководствуется российская уголовная юстиция. Это принцип максимально расширительного толкования. Если уж речь идет об обращении имущества, то не только в пользу похитителя, но и «другого лица» (под которым можно подразумевать все что угодно). Если имеет место толкование безвозмездности, то в нее включаются не только действительно безвозмездные действия, но и «недостаточность эквивалента».

Расширительное толкование в российском уголовном праве очень часто простирается столь далеко, что нарушает не только законы формальной логики, но и границы внутренней согласованности нормы и системности уголовного закона и права в целом. Результатом этого становится появление таких не соотносящихся ни с юридической, ни с формальной логикой «кунштюков», как хищение в виде *изъятия* с предоставлением недостаточного эквивалента или безвозмездность

хищения в виде предоставления недостаточного эквивалента при обращении имущества в пользу стороннего (другого) лица.

Глубина и запущенность проблемы столь велики, что разрешена она (хотя бы частично) может быть, видимо, только с вмешательством Конституционного Суда и введением в УК РФ нормы, которая бы прямо запрещала расширительное толкование норм уголовного закона.

III. «Уголовное гражданское право»

Когда выше мы говорили об «уголовном гражданском праве», это несколько не было преувеличением или метафорой. К сожалению, в практике российской уголовной юстиции это обыденное явление, основанное в том числе и на официальном толковании закона. Чтобы убедиться в этом, достаточно ознакомиться, например, с постановлением Пленума Верховного Суда РФ от 27 декабря 2007 г. № 51 «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате», которое настолько показательное, что вынуждает к обширному цитированию¹:

«...мошенничество совершается путем обмана или злоупотребления доверием, под воздействием которых *владелец имущества* или иное лицо *либо уполномоченный орган власти передают имущество или право на него (!!!)* другим лицам либо не препятствуют изъятию этого имущества или *приобретению права на него (!!!)* другими лицами» (п. 1);

«обман как способ совершения хищения... может состоять... например, в предоставлении фальсифицированного товара или иного предмета сделки (!!!), использовании различных обманных приемов при расчетах за товары или услуги (!!)... направленных на введение владельца имущества или иного лица в заблуждение» (абз.1 п. 2);

«злоупотребление доверием также имеет место в случаях *принятия на себя лицом обязательств (!!!)* при заведомом отсутствии у него намерения их выполнить с целью безвозмездного обращения в свою пользу или *в пользу третьих лиц (!)* чужого имущества или *приобретения права на него (!)* (например, *получение физическим лицом кредита, аванса за выполнение работ, услуг, предоплаты за поставку товара, если оно не намеревалось возвращать долг или иным образом исполнять свои обязательства*)» (абз. 2 п. 3);

«если *мошенничество* совершено *в форме приобретения права (!)* на чужое имущество, преступление считается оконченным с момента возникновения у виновного *юридически закрепленной возможности вступить во владение (!)* или распорядиться чужим имуществом как своим собственным (в частности, *с момента регистрации права собственности*

¹ Курсиви восклицательные знаки наши. — А.Ф., А.Р.

Глава 2. Применение институтов гражданского права в иных отраслях права

на недвижимость или иных прав на имущество (!!!), подлежащих такой регистрации в соответствии с законом; со времени заключения договора (!!!); с момента совершения передаточной надписи (индоссамент) на векселе (!!!); со дня вступления в силу судебного решения, которым за лицом признается право на имущество (!!!), или со дня принятия того правоустанавливающего решения уполномоченными органами власти или лицом, введенным в заблуждение относительно наличия у виновного или иных лиц законных оснований для владения, пользования или распоряжения имуществом)» (абз. 2 п. 4).

У нормального цивилиста от таких «глубин» (если не сказать более) просто может закружиться голова, в которой остается только одна мысль: «видимо, цивилисты изучают одно гражданское право, а юристы, специализирующиеся в уголовном праве, изучают (и применяют!!) совсем другое, свое, «уголовное» гражданское право. Даже трудно поверить, что такое толкование дается высшим судебным органом: мошенничество в форме приобретения права, принятия на себя обязательств, получения аванса, предоплаты за поставку (!), мошенничество, законченное с момента *юридически закрепленной* возможности вступить во владение, со дня заключения договора, с момента совершения индоссамент, с момента государственной регистрации права собственности (!!!!), со дня вступления в силу судебного решения (!!!!!), со дня принятия решения органами власти (!!!).

Единственная граница, которая, по мнению Верховного Суда, разделяет гражданско-правовое отношение и преступление, — это наличие уголовного умысла¹. Конечно, значительно «проще» найти эту «границу» в чужой голове, чем пытаться ответить на вопрос, куда же делось гражданско-правовое отношение, которое (откроем для тех, кто не знает эту «тайну») имеет место даже в случаях, когда одна из сторон вводит другую в заблуждение (п. 1 ст. 179 ГК РФ), и существование которого свидетельствует о наличии гражданско-правового основания владения у «похитителя» и соответственно означает (всего-навсего) отсутствие в «преступлении» такого признака преступления, как противоправность, каковая никаким «уголовным умыслом», как известно, не заменяется.

¹ Пункт 5 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 декабря 2007 г. № 51 «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате» устанавливает: «В случаях, когда лицо получает чужое имущество или приобретает право на него, не намереваясь при этом исполнять обязательства, связанные с условиями передачи ему указанного имущества или права, в результате чего потерпевшему причиняется материальный ущерб, содеянное следует квалифицировать как мошенничество, если умысел, направленный на хищение чужого имущества или приобретение права на чужое имущество, возник у лица до получения чужого имущества или права на него».

Верховенство права

Создается впечатление, что согласно позиции Верховного Суда даже если имущество было передано по воле «потерпевшего» и «мошенник» имеет гражданско-правовые основания владения этим имуществом, это не имеет никакого значения и является преступлением. Единственное, что для этого нужно, — найти в голове приобретателя «уголовный умысел». С подобным толкованием невозможно согласиться, поскольку до того (а не вместо того), как может быть установлено наличие уголовного умысла, сначала нужно ответить на следующий вопрос: если, по оценке самого Верховного Суда, речь идет о договорах, сделках, векселях, правах на имущество и т.д., то куда деваются эти гражданские правоотношения, где основания их прекращения? Ведь если гражданское правоотношение возникло, то оно прекращается по основаниям, предусмотренным законом (исполнение обязательства, признание сделки судом недействительной и т.д.), но никак не отысканием «уголовного умысла», каковой нигде в законе в качестве основания прекращения гражданского правоотношения не установлен.

Кроме того, позиция Верховного Суда, который полагает, что если «намерение не исполнять обязательство» имелось до получения имущества, то имеется «уголовный умысел» завладеть имуществом путем обмана (и соответственно отсутствует гражданское правоотношение), не основана на законе. Так называемый умысел на завладение путем введения в заблуждение (обмана) с точки зрения гражданского права представляет собой порок воли со стороны отчуждателя (заблуждение) и намеренное введение в заблуждение (обман) со стороны получателя. Означает ли это, что при таких условиях сделки (как юридического факта, порождающего гражданские права и обязанности — подп. 1 п. 1 ст. 8 ГК РФ) нет? Нет, не означает, поскольку п. 1 ст. 179 ГК РФ устанавливает, что сделка, совершенная под влиянием обмана, может быть признана судом недействительной *по иску потерпевшего*. Иначе говоря, те отношения, которые согласно толкованию Верховного Суда являются преступлением, закон не рассматривает даже в качестве ничтожной сделки, поскольку такие сделки являются оспоримыми.

Статья 179 ГК РФ вообще является камнем преткновения, поскольку «правовое чувство» правоприменителей слишком часто приводит их к «внутреннему несогласию» с тем, что действия, совершенные под влиянием обмана или насилия, могут рассматриваться не как преступление, а как сделка, притом не ничтожная, а оспоримая. Поскольку проблема разграничения преступлений и предусмотренных ст. 179 ГК РФ сделок, совершенных под влиянием обмана или насилия,

вызывает столь повышенный интерес и споры¹, попробуем рассмотреть этот вопрос подробнее.

Касательно разграничения сделки, заключенной под влиянием обмана, и преступления (прежде всего мошенничества) высказываются весьма различные точки зрения. Многие криминалисты не сомневаются в том, что эти отношения могут совпадать и совпадают. При этом дополнительное основание для такого неверного, на наш взгляд, толкования дают дефиниции уголовного закона, сформулированные, очевидно, неудачно и в противоречии с нормами не только гражданского права, но и основной части УК РФ.

Согласно ст. 159 УК РФ мошенничеством является «хищение чужого имущества или приобретение права на чужое имущество путем обмана или злоупотребления доверием». С одной стороны, в этой статье говорится о хищении, т.е. о противоправном приобретении имущества, а с другой — о приобретении права на чужое имущество. Создается видимость, что законодатель в случае приобретения права признает наличие мошенничества и при отсутствии гражданско-правовой противоправности. Такая формулировка — приобретение права на чужое имущество — явно противоречит определению хищения, содержащемуся в примечании к ст. 158 УК РФ, так как называет преступлением действие, которое по своему определению не может быть противоправным.

На изъязы такой формулировки ст. 159 УК РФ обращают внимание сами криминалисты. Правда, их смущает не то, что преступлением признаются законные с точки зрения гражданского права действия, а, наоборот, тот факт, что «право может быть приобретено неправовым путем»². Любопытно, что такое понимание некорректности указанной формулировки не побуждает ее критиков из числа криминалистов задаться вопросом, что же именно является «неправовым» в действиях лица, виновного в мошенничестве, какие конкретные действия этого лица следует считать общественно опасными.

Следуя содержанию ст. 159 УК РФ, постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27 декабря 2007 г. № 51 описывает объективную сторону мошенничества как «сделку», однако сделку, совершенную потерпевшим под влиянием обмана или злоупотребления доверием. Как известно, согласно п. 1 ст. 179 ГК РФ сделка, совершенная

¹ В частности, одному из авторов приходилось слышать от своих коллег мнение о том, что отказ признавать сделку, совершенную под влиянием обмана, преступлением и требование оспаривать ее в суде приведут к тому, что «нас захлестнет уличное мошенничество». В действительности это не так, что мы постараемся показать далее.

² Яни Л. Постановление Пленума Верховного Суда о квалификации мошенничества, присвоения и растраты: объективная сторона преступления // Законность. 2008. № 4. С. 16.

Верховенство права

под влиянием обмана, насилия или угрозы, оспорима, т.е. является недействительной в силу признания ее таковой судом по иску потерпевшего (п. 1 ст. 166 ГК РФ); при отсутствии такого иска оспоримая сделка остается действительной. Следовательно, ГК РФ оставляет решение вопроса о том, нарушено ли право потерпевшего и соответственно нуждается ли оно в защите, на усмотрение самого потерпевшего. Публичная власть (правоприменительные органы) не вправе признать право потерпевшего нарушенным и нуждающимся в защите, если сам «потерпевший» не считает себя таковым настолько, что не считает нужным обращаться в суд с оспариванием сделки.

Противоправны ли оспоримые сделки до тех пор, пока они не признаны недействительными? Очевидно, что нет, поскольку в отсутствие признания ее недействительной оспоримая сделка ничем не отличается от обычной «действительной» сделки¹. Если никем не оспоренную оспоримую сделку рассматривать как противоправную, то окажется, что противоправность такой сделки не влечет за собой ни нарушение чьих-либо прав, ни чью-либо ответственность, — понятие «противоправность» теряет всякий смысл. Таким образом, полагаем, что объективную сторону преступления может составлять лишь совершенная под влиянием обмана сделка, признанная в судебном порядке недействительной. Лишь такая сделка противоправна, поскольку нарушает права одной из сторон, и последствия сделки, негативные для потерпевшей стороны, подлежат устранению за счет другой стороны.

Однако проблема состоит в том, что оспоримая сделка может быть признана недействительной, как справедливо отмечает К.И. Скловский, лишь в *гражданском*, но никак не в уголовном процессе². Публичная власть не может **ШИИцировать** оценку сделки на предмет нарушения ее совершением прав одной из сторон, и осуществление этой оценки не входит в компетенцию уголовного суда. Таким образом, определение мошенничества как хищения, т.е. приобретения имущества виновным *в нарушение норм гражданского Права*, требует предварение уголовного процесса по обвинению лица в мошенничестве гражданским процессом о признании недействительной сделки, составляющей объективную сторону мошенничества. Такой вывод вызывает наибольшее неприятие у тех, кто «внутренне не согласен» с некриминальностью сделок, совершенных под влиянием обмана.

¹ *Гутников О.В. К вопросу о понятии недействительных сделок // Недействительность в гражданском праве: Проблемы, тенденции, практика: Сб. ст. М.: Статут, 2006. С. 82-83.*

² *Скловский К.И. Сделка как элемент состава хищения // Гражданское право современной России: Сб. ст. М.: Статут, 2008. С. 183.*

Учеными предлагаются различные способы разрешения этого «внутреннего противоречия». Например, О.В. Гутников предлагает «различать действия, под влиянием которых сделка совершена (обман, насилие, угрозы), и саму сделку, заключенную под влиянием этих действий»¹. Обман, насилие и угрозы, примененные одной из сторон при заключении сделки, подлежат оценке самостоятельно независимо от заключенной под их влиянием сделки². При таком подходе объективная сторона состава преступления мошенничества охватывает лишь непосредственно обман или злоупотребление доверием, в то время как сама оспоримая сделка остается за пределами состава преступления.

К.И. Скловский указывает, что «по материалам уголовного дела соответствующая сделка, обычно — оспоримая, может называться лишь сделкой с установленным пороком (поскольку обман установлен приговором), но не недействительной»³. Суд устанавливает факт мошенничества, пренебрегая таким необходимым признаком хищения, как гражданско-правовая противоправность приобретения имущества преступником. Иными словами, суд констатирует факт нарушения публичных интересов в отсутствие нарушения субъективных прав потерпевшего, единственного лица, которое могло бы возбудить перед гражданским судом вопрос о противоправности действий «преступника» путем оспаривания сделки, но не возбудило.

Как представляется, различные взгляды на соотношение мошенничества и сделки, совершенной под влиянием обмана, в значительной мере основаны на забвении хрестоматийной теории заключения договора, согласно которой заключение договора (двусторонней сделки) есть процесс согласования воли и волеизъявлений, которые должны быть встречными, нетождественными и взаимосогласованными.

Что мы, как правило, имеем в случае мошенничества? Преступник намеренно формирует порок воли потерпевшего, сам при этом, со своей стороны, намеренно производит ложное волеизъявление, которое не совпадает с его действительной волей. Здесь нет встречности и согласованности воли и волеизъявлений. Речь идет прежде всего о том, что при таких обстоятельствах не может быть согласован предмет сделки,

¹ Гутников О.В. Указ. соч. С. 83.

² Под сделкой при этом понимаются действия лиц, направленные на возникновение, изменение или прекращение прав и обязанностей сторон, независимо от того, был ли достигнут тот эффект, на достижение которого были направлены действия сторон. При таком подходе понятием «сделка» охватываются как сделки действительные, так и сделки недействительные. Обзор различных взглядов на эту тему см.: Гутников О.В. Указ. соч. С. 67-78.

³ Скловский К.И. Указ. соч. С. 184.

и поэтому договор между мошенником и потерпевшим не может быть заключен. Мошенник и потерпевший *принципиально* не могут заключить договор, поскольку мошенник и потерпевший не могут (не способны в силу существа их отношений) согласовать предмет договора по причине отсутствия встречной согласованной воли и соответствующего ей волеизъявления. Поэтому в случае мошенничества речь идет не о сделке под влиянием обмана, а о том, что никакой сделки нет вообще, так как договор не заключен¹.

Мошенничество в том и состоит, что потерпевший думает, что заключает сделку, а мошенник лишь делает вид, что ее заключает. Поэтому-то мошенничество в виде сделки по определению невозможно, так как здесь невозможны встречность и согласованность воли. Одновременно при мошенничестве не совпадают воля и волеизъявление. У потерпевшего воля и волеизъявление не совпадают, поскольку он полагает, что то, что ему в действительности дает или обещает мошенник, — это то, что потерпевший желает (а это не так вследствие того, что потерпевший обманут мошенником). У мошенника со своей стороны воля и волеизъявление также не совпадают, так как в качестве волеизъявления он обнаруживает не свою действительную волю, а то, что направлено на обман потерпевшего, как правило, ложное обозначение предоставления со стороны мошенника.

Именно в этом и состоит смысл мошенничества и его разграничение с договором, совершенным под влиянием обмана. При сделке под влиянием обмана она *заключена*, а при мошенничестве говорить о заключении сделки нет оснований, поскольку потерпевший не желает того, что ему в действительности передает или хочет передать мошенник, а мошенник желает передать не то, что хочет потерпевший. Здесь сделка *не заключена*, ее нет. Поэтому при мошенничестве нужно говорить не о сделке под влиянием обмана и о разграничении с ней, а о том, что никакого договора нет (он не заключен), прежде всего потому, что стороны не согласовали предмет, так как потерпевший хочет не то, что ему передает мошенник, а мошенник, обозначая предмет договора со своей стороны, намеренно изъявляет не свою действительную волю, а формирует ложное волеизъявление с целью обмануть потерпевшего.

В отношении сферы действия ст. 179 ГК РФ существует явное недопонимание. Данная статья говорит о сделках, которые *совершены* под влиянием обмана или насилия (т.е. о сделках существующих,

¹ Что само по себе является дополнительным подтверждением того, что сделка в объективную сторону состава преступления входить не может, если только речь не идет о ничтожной сделке или сделке, признанной судом недействительной.

заключенных). Данная норма *не действует* в отношении действий, которые вследствие обмана или насилия не привели к заключению (совершению) сделки, так как в этом случае сделки попросту нет и соответственно не может быть речи и о ее оспоримости. Эта норма требует четкого понимания в том смысле, что если обман влияет на то, что волеизъявление и воля не совпадают в отношении *предмета сделки*, то это не является случаем, описанным ст. 179 ГК РФ, так как для заключения договора в соответствии с абз. 2 п. 1 ст. 432 ГК РФ должен быть согласован предмет договора, а если он не согласован, то никакого договора нет, он не заключен, и признавать его оспоримым не только не нужно, но и невозможно.

Статья 179 ГК РФ может иметь место только в том случае, если обман не касается *предмета сделки*. То же самое относится и к сделкам, совершенным под принуждением. Если в результате принуждения сторона обещает или передает имущество вопреки своим желанием и воле, имеет место классический случай несовпадения воли и волеизъявления в отношении предмета сделки, которое свидетельствует об отсутствии (незаключении) договора. Тем более о заключении договора не может быть и речи, если одна сторона знает, что у другой стороны по причине обмана или насилия воля и волеизъявление не совпадают, в результате чего вторая сторона ожидает получить не то, что ей действительно собирается предоставить первая сторона (при обмане), или в результате чего вторая сторона дает первой стороне то, что не желает (при насилии).

В этих суждениях содержится и ответ тем коллегам, которые полагают, что концепция, согласно которой сделка и объективная сторона преступления не совпадают и совпадать не могут, что сделка, совершенная под влиянием обмана, до признания ее недействительной судом не может быть положена в основу уголовного обвинения, приведет к тому, что «нас захлестнет уличное мошенничество». Такое мнение могло бы иметь бы под собой основание, если только полагать, что в случае, когда «потерпевший» покупает у неизвестного в подворотне «бриллиант» в пять карат за 500 руб., а этот неизвестный со своей стороны хочет продать стекляшку за 500 руб., то эти лица «заключают сделку». Никакой сделки они не заключают! Хотя бы потому, что они не согласовали предмет договора (один хочет купить бриллиант за 500 руб., а другой хочет продать стекляшку за 500 руб.). Так предмет договора не согласовывают. Здесь нет встречной взаимосогласованной воли сторон. Здесь нет никакого договора и никакой сделки, она не заключена. И нет никакой необходимости применительно к такой уличной преступности строить какие-либо концепции о разграничении

Верховенство права

мошенничества и сделки, заключенной под влиянием обмана, просто потому, что никакой сделки здесь нет, она *не возникает*.

Другое дело, когда в качестве мошенничества безосновательно пытаются квалифицировать сделки, которые были *заключены*, но либо не были исполнены, либо были исполнены с одной стороны или частично. В этом случае и возникает (вернее, искусственно создается) проблема разграничения преступления и сделки. И разрешение этой проблемы также следует начинать с того, чтобы определить, согласовали ли стороны предмет сделки. Если да и при этом ни одна сторона не заблуждалась в том, что ей обещано по сделке, *не заблуждалась в предмете сделки*, то имеет место сделка и никакого мошенничества здесь нет и быть не может, так как никто никого не обманывал. Мошенничество имеет место только тогда, когда преступник получает от потерпевшего то, что желает, а потерпевший получает не то, что он хотел (согласовал со своей стороны как предмет сделки). Таким образом, поскольку при мошенничестве речь идет о завладении вещью в обмен на то, что преступник не собирается предоставлять, а потерпевший хотел получить, постольку при мошенничестве всегда имеются имманентные пороки воли и волеизъявления, исключающие заключение договора, т.е. возникновение сделки.

Когда исследуется вопрос о соотношении частного и публичного права, это зачастую носит достаточно общий, абстрактный характер. Но в случае сделки, заключенной под влиянием обмана, граница между частным и публичным правом конкретна: о преступлении можно говорить только после того, как потерпевший оспорил сделку в суде и эта сделка признана недействительной, и, таким образом, гражданское правоотношение отсутствует. Однако по делам о мошенничестве и другим делам, связанным с предпринимательской деятельностью, ни органы предварительного следствия, ни суды ничуть не озабочены тем, что «фактическими обстоятельствами» дела являются заключенные (и даже исполненные) сделки, которые в суде не оспаривались и недействительными не признавались.

Даже если в некоторых случаях российская уголовная юстиция признает необходимость разрешения такого «казуса», как наличие договоров и иных сделок в «объективной стороне преступлений», этот казус «разрешается» отсылкой к ст. 169 ГК РФ и объявлением на этом основании любых рассматриваемых сделок ничтожными.

В научной литературе широко обсуждается практика безосновательного применения ст. 169 ГК РФ налоговыми органами¹.

¹ См., например: *Скловский К.И.* О пределах действия нормы ст. 169 ГК РФ // *Вестник гражданского права.* 2007. № 3. С. 131-143; *Суханов Е.А.* Антисоциальные

Отметим, что в этом отношении практика уголовной юстиции еще более плачевна. Де-факто существует презумпция того, что любые сделки, «содержащие признаки состава преступления»¹, безусловно являются антисоциальными, ничтожными и потому вообще не требуют никакой юридической квалификации на основании норм гражданского права. Образно говоря, гражданское право существует здесь до первого капитана милиции, который «усмотрит» в сделке «признак» состава преступления.

Такое положение дел заставляет обратить внимание на то, что объявление сделок, содержащих «признаки состава преступления», антисоциальными представляется более чем спорным по следующим причинам.

Статья 169 ГК РФ устанавливает, что сделка, совершенная с целью, заведомо противной основам правопорядка или нравственности, ничтожна, и как последствие предусматривает конфискацию полученного или причитающегося по сделке². Данная норма очевидным образом основана на противоречиях и разграничении частного и публичного интереса (и соответственно частного и публичного права). Несмотря на то что гражданское право является частным правом, норма о конфискации по «антиобщественным» сделкам урегулирована не просто императивным, но и публично-правовым образом, поскольку лишает виновного участника сделки имущества не в пользу другой стороны (в возмещение убытков или в качестве иной компенсации), а в пользу государства.

В отношении установленной в гражданском праве конфискации имущества по антисоциальным сделкам высказывалось много мнений, в том числе и однозначно отрицательных. Причиной такого неприятия является крайняя неопределенность нормы о конфискации имущества по таким сделкам (вне зависимости от того, определяются ли данные сделки как совершенные в нарушение добрых нравов, основ правопорядка и пр.). Так, И.А. Покровский писал: «...мы имеем перед

сделки в науке и практике // *эж-Юрист*. 2005. № 8. С. 4.

¹ При этом любому юристу понятно, что один или несколько «признаков» состава преступления можно найти в большинстве гражданско-правовых отношений, например причинение ущерба при деликте, наличие обогащения (без чего возмездных сделок вообще не бывает) и т.д.

² Данная норма гражданского права имеет свою историю развития. Еще в Древнем Риме результатом наиболее тяжких правонарушений могло стать объявление нарушителя *sacer esto* («посвященный богам»), что означало для него смерть и конфискацию имущества в пользу храма (подробнее см.: *Кофанов Л.Л. Возникновение и развитие римского права в VIII—V вв. до н.э.*: Автореф. дис.... докт. юрид. наук. М., 2001. С. 24—25). В дальнейшем этот институт развивался и применительно к гражданскому праву сформировался как норма о конфискации имущества по сделкам, которые нарушают добрые нравы, мораль, публичный порядок или основы правопорядка (в зависимости от того, как это сформулировано законодательством той или иной страны).

собой не нечто точное и определенное, а некоторую сплошную загадку, разрешить которую юристы до сих пор¹ не в состоянии»².

Следствием такого положения дел является то, что практически во всех странах понимание рассматриваемой нормы основано почти исключительно на толковании и по указанной причине применение этой нормы фактически сводится к усмотрению суда. В частности, А. П. Белов, исследовав существующее в различных странах толкование норм о публичном порядке, пришел к справедливому выводу о том, что «существующие определения носят слишком общий характер, из которого нельзя сделать вывод с достаточной точностью, о каких императивных нормах, соответствующих публичному порядку, может идти речь в соответствующей стране»³.

По своей формулировке (основы правопорядка) ст. 169 ГК РФ весьма близка аналогичной норме Гражданского кодекса Франции, которая устанавливает недействительность соглашений, противных публичному порядку и добрым нравам. Однако, несмотря на то что правоведом Франции проведены, вероятно, наиболее объемные исследования для определения того, что есть публичный порядок⁴, какое-либо четкое и однозначное понимание этого термина так и не было установлено. Более того, например, Л. Ж. дела Морандьер прямо пишет об «изменчивости понятия «публичный порядок»»⁵, тем самым, по сути, признавая, что никакое определенное и конкретное содержание этого термина установить невозможно.

Применительно к ст. 169 ГК РФ наиболее очевидный вопрос, который возникает при толковании этой нормы, это вопрос о том, чем ст. 169 ГК РФ отличается от ст. 168 ГК РФ, устанавливающей ничтожность сделок, нарушающих требования закона. Формально этот вопрос прежде всего сводится к вопросу о том, могут ли существовать «основы правопорядка»⁶, которые не закреплены в законе? На наш взгляд, не могут, иначе мы придем к выводу о том, что основы правопорядка

¹ Как указывал автор, на протяжении двух тысяч лет.

² Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. Пг., 1917. С. 246.

³ Белов А.П. Публичный порядок: законодательство, доктрина, судебная практика // Право и экономика. 1996. № 19-20. С. 90.

⁴ См., например: Саватье Р. Теория обязательств. М., 1972. С. 202—216.

⁵ Морандьер Л.Ж. Гражданское право Франции. Т. 2. М., 1960. С. 260.

⁶ Что касается ссылки ст. 169 ГК РФ на основы нравственности, то наличие в Законе такой ссылки, на наш взгляд (который в данном случае не более чем следование позиции Р.О. Халфиной, принципиально отрицавшей моральную составляющую рассматриваемой нормы (см.: Халфина Р.О. Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве. М., 1952. С. 181 и сл.)), не только делает эту норму «каучуковой», но и попросту совершенно размывает юридический характер нормы.

Глава 2. Применение институтов гражданского права в иных отраслях права

не основаны на законе и лежат вне позитивного права. Однако в таком случае ст. 169 ГК РФ должна иметь в виду не просто требования закона, а какие-то «особые» закрепленные в законе нормы, которые составляют «основы правопорядка».

Определение того, в чем состоят эти основы правопорядка и в каких законах они закреплены, к сожалению, является исключительно вопросом толкования. Представляется, что единственным нормативным актом, в котором могут быть закреплены основы правопорядка и применение которого к гражданским правоотношениям вместе с тем не будет нарушать требования п. 2 ст. 3 ГК РФ о главенстве Гражданского кодекса по отношению к иным законам, содержащим нормы гражданского права, является Конституция РФ. Однако и это толкование страдает той натяжкой, что Конституция является законом прямого действия и для применения ее в случае противоречия сделки требованиям Основного закона достаточно ст. 168 ГК РФ.

Таким образом, представляется, что ст. 169 ГК РФ включена в состав гражданского законодательства не столько в целях соблюдения при совершении сделок «основ правопорядка» (поскольку эти цели достигаются ст. 168 ГК РФ), сколько в целях «публично-правового пролома» в гражданском праве, который позволял бы не только признавать сделку ничтожной независимо от воли сторон (для чего, повторяем, достаточно и ст. 168 ГК РФ), но и конфисковывать полученное или причитающееся по сделке в пользу государства, не доказывая при этом действительное наличие и размер убытков, нанесенных государству.

В России проблемы с толкованием ст. 169 ГК РФ совершенно те же, что и в других странах: толкование этой нормы отличается большим разнообразием и безграничной расплывчатостью содержания. Это, в частности, послужило причиной появления постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 10 апреля 2008 г. № 22 «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с применением статьи 169 Гражданского кодекса Российской Федерации». Хотя толкование, данное высшим судебным органом, также не свободно от некоторых недостатков¹, данное разъяснение является крайне важным, поскольку позволяет обозначить ту границу, за пределами которой действие ст. 169 ГК РФ не должно иметь места.

Высший Арбитражный Суд РФ разъяснил (п. 1 постановления от 10 апреля 2008 г. № 22): «При определении сферы применения статьи 169 ГК РФ судам необходимо исходить из того, что в качестве

¹ Которые, однако, состоят не в том, что не дано четкое понятие основ правопорядка, что, на наш взгляд, вообще невозможно.

Верховенство права

сделок, совершенных с указанной целью, могут быть квалифицированы сделки, которые не просто не соответствуют требованиям закона или иных правовых актов (статья 168 Кодекса), а нарушают основополагающие начала российского правопорядка, принципы общественной, политической и экономической организации общества, его нравственные устои».

Трудно не заметить, что, давая определение основ правопорядка как начал правопорядка, принципов общественной, политической и экономической организации общества, Высший Арбитражный Суд РФ, по сути, описал предмет регулирования Конституции. Такое толкование фактически рассматривает сделки, предусмотренные ст. 169 ГК РФ, как сделки, направленные на нарушение прав и институтов, установленных и охраняемых Конституцией, с чем едва ли можно спорить.

Далее Высший Арбитражный Суд РФ разъяснил (п. 1 постановления от 10 апреля 2008 г. № 22): «К названным сделкам могут быть отнесены, в частности, сделки, направленные на производство и отчуждение определенных видов объектов, изъятых или ограниченных в гражданском обороте (соответствующие виды оружия, боеприпасов, наркотических средств, другой продукции, обладающей свойствами, опасными для жизни и здоровья граждан, и т.п.); сделки, направленные на изготовление, распространение литературы и иной продукции, пропагандирующей войну, национальную, расовую или религиозную вражду; сделки, направленные на изготовление или сбыт поддельных документов и ценных бумаг».

Нельзя не обратить внимания на то, что в данной части разъяснений Высший Арбитражный Суд отнес к сделкам, предусмотренным ст. 169 ГК РФ, действия, описанные соответствующими нормами Уголовного кодекса. Иначе говоря, Высший Арбитражный Суд приравнял сделки, направленные против основ правопорядка, и преступления. На первый взгляд это, казалось бы, абсолютно верно и подтверждается п. 1 ст. 243 ГК РФ, который устанавливает: «В случаях, предусмотренных законом, имущество может быть безвозмездно изъято у собственника по решению суда в виде санкции за совершение преступления или иного правонарушения (конфискация)». То есть, по сути, своим толкованием Высший Арбитражный Суд подтверждает идею о сделке как возможной составляющей объективной стороны преступления (во всяком случае некоторых преступлений).

Однако при этом возникает как минимум два вопроса. Первый: в своем толковании Высший Арбитражный Суд подменил «цель, заведомо противную основам правопорядка или нравственности» «направлен-

Глава 2. Применение институтов гражданского права в иных отраслях права

ностью» на производство и отчуждение определенных видов объектов, изъятых или ограниченных в гражданском обороте, т.е., по сути, подменил ст. 169 ГК РФ ст. 129 ГК РФ, п. 2 которой устанавливает правовой режим предметов, изъятых из гражданского оборота или ограниченных в обороте, и, как для данного случая *норма специальная* (и соответственно подлежащая применению), *ни о какой конфискации не говорит*.

Второй вопрос вытекает из принципа системности права. «Избыточность» форм защиты прав, присущая гражданскому праву и являющаяся одной из его особенностей, совершенно недопустима в уголовном праве. Поэтому применение на основании ст. 169 ГК РФ конфискации к тем преступлениям, для которых конфискация уголовным законом не предусмотрена, является более чем сомнительным с точки зрения принципов уголовного права. Это подтверждается и позицией самого Высшего Арбитражного Суда РФ, который разъяснил: «...в рамках рассмотрения спора, вытекающего из публичных правоотношений, подлежат применению санкции, установленные законодательством в качестве меры ответственности за совершение данного правонарушения, а не последствия, предусмотренные статьей 169 ГК РФ» (п. 5 постановления от 10 апреля 2008 г. № 22).

Следует обратить внимание, что данное постановление говорит не о конфискации, установленной законодательством в качестве меры ответственности за совершение данного правонарушения, а о санкции, т.е. *о любой* санкции, установленной в качестве меры ответственности законодательством в области публичного права. Крайне важно, что высший судебный орган страны признал недопустимым применение ст. 169 ГК РФ к публичным отношениям, за которые публичным правом установлена ответственность, и соответственно в том числе к действиям, образующим объективную сторону состава преступления¹. Такая позиция представляется обоснованной и исключающей случаи, при которых правонарушение будет влечь двойное возложение юридической ответственности — установленной отраслью публичного права и установленной ст. 169 ГК РФ².

Суммируя, следует констатировать, что позиция Высшего Арбитражного Суда РФ состоит в том, что действия, входящие в состав преступления или налогового правонарушения, даже если уголовная юстиция или налоговый орган рассматривают их как «делку», не могут

¹ Хотя, Высший Арбитражный Суд, говоря о публичном праве, вероятно, имел в виду прежде всего налоговое законодательство, едва ли есть обоснованные причины не распространять это толкование на любое публичное право, в том числе и уголовное.

² Поскольку ни о каком возмещении ущерба (убытков), как, например, в случае гражданского иска в уголовном деле, здесь речи не идет, так как ст. 169 ГК РФ предусматривает санкцию (конфискацию) в чистом виде.

влечь последствия, предусмотренные ст. 169 ГК РФ, поскольку в данном случае подлежит применению санкция, установленная публичным правом за данное правонарушение, т.е. применение ответственности, установленной налоговым или уголовным законодательством.

Мы оставляем без рассмотрения многочисленные исследования касательно дефиниций основ правопорядка, определения цели рассматриваемых сделок¹, того, должна ли эта «цель» осуществиться или достаточно неопровержимой презумпции, что основы правопорядка «пострадали», и пр. и пр. по следующим причинам. Многочисленность и разнообразность точек зрения, высказанных по этим вопросам, свидетельствуют о невозможности наполнить ст. 169 ГК РФ конкретным содержанием, более того, свидетельствуют о том, что данная норма является для гражданского права явлением чуждым² и существует как *намеренно* создаваемый и поддерживаемый законодателем «квазипробел в праве».

Статья 169 ГК РФ является каучуковой нормой, в которую судебным усмотрением или официальным толкованием может быть вложено практически любое содержание. Эта норма по цели своего применения

¹ Ограничимся замечанием, что «цель» сделки нарушить основы правопорядка или нравственности может существовать только в мозгу, работающем в рамках исключительно «юридической логики» (причем логики публично-правовой) и логику нормальную игнорирующем: лицам, совершающим сделки, абсолютно безразлична направленность их действий против правопорядка или нравственности, участники сделки этой направленности не хотят, у них другие, абсолютно хозяйственные (потребительские) цели, самое большее, о чем может идти речь, — это о том, что стороны сделки основы правопорядка и нравственности *игнорируют*. В этом смысле постановление Высшего Арбитражного Суда РФ от 10 апреля 2008 г. № 22 в той части, где оно говорит (п. 1) о том, что «цель сделки может быть признана заведомо противной основам правопорядка и нравственности только в том случае, если в ходе судебного разбирательства будет установлено наличие *умысла на это* хотя бы у одной из сторон», представляется рассуждением из области «юридической логики», к действительности никакого отношения не имеющим (если, конечно, речь не идет об «имплантации» в гражданское право совершенно чуждого ему института косвенного умысла). Для демонстрации крайней зыбкости и двусмысленности рассматриваемой юридической конструкции, особенно в ее расплывчатом понимании, демонстрируемом российской судебной системой, можно, например, задать вопрос: следует ли квалифицировать по ст. 169 ГК РФ сделку, по которой потенциальный (будущий) убийца приобрел у добросовестного продавца нож, заведомо и изначально имея цель использовать его как орудие убийства, и затем убил этим ножом человека? Как представляется, поиск ответа на этот вопрос обнаруживает полную «неработоспособность» ст. 169 ГК РФ (вернее, ее совершенно искусственную «работоспособность»), поскольку наиболее зримым (и, с позиций ст. 169 ГК РФ, «нравственным») результатом такой «квалификации» было бы возвращение добросовестному продавцу ножа, которым был убит человек, и взыскание с продавца в пользу государства суммы, составляющей цену ножа.

² О чем говорит генезис этой нормы, которая появилась как норма публичная по своей сути.

Глава 2. Применение институтов гражданского права в иных отраслях права

представляет собой «последний довод государства» в сфере гражданского (частного) права, поскольку позволяет признать сделку недействительной помимо воли сторон и исключительно на основании судебного усмотрения, которое может быть подкреплено официальным толкованием. В такой ситуации действительная польза официального толкования этой нормы может состоять только в перечислении или определении случаев, которые *не* могут быть квалифицированы по ст. 169 ГК РФ¹.

Вероятно, единственный путь, который позволяет разрешить эту проблему по существу, это отмена ст. 169 ГК РФ². Однако пока эта норма действует, крайне важно, чтобы она не использовалась как «дубина», которую наша юстиция применяет исключительно по своему усмотрению. И здесь необходимо понимание тех границ, в которых вообще можно вести речь об антисоциальных сделках.

По этому вопросу крайне важные и существенные положения высказаны К.И. Скловским: «Именно содержание (права и обязанности) договора, как уже говорилось, должно быть очевидно противно основам правопорядка и нравственности. Никакое опосредование, никакое обсуждение дальнейших результатов для квалификации сделки по ст. 169 ГК РФ не нужны, излишни и ошибочны»³.

Иначе говоря, К.И. Скловский очень верно указывает на то, что антисоциальность должна быть «внутри» сделки, составлять ее содержание (и, полагаем, при наличии письменной формы — даже «текст»), а не выводиться из каких-то ее последствий, тем более последствий неисполнения. Как антисоциальная может рассматриваться только та сделка, исполнение условий которой *прямо* (а не по какой-то опосредованной цепочке) нарушает охраняемые законом *публичные* интересы⁴ (например, взятка, купля-продажа человека, купля-продажа наркотиков или радиоактивных материалов, уплата за наемное убийство и т.д.).

¹ Как это сделал Высший Арбитражный Суд РФ, исключив из «юрисдикции» ст. 169 ГК РФ налоговые правонарушения и указав на невозможность одновременного применения санкций, установленных нормами публичного права и ст. 169 ГК РФ, и на приоритет в данном случае норм публичного права по отношению к ст. 169 ГК РФ.

² Предложения об отмене этой статьи уже не раз высказывались юристами (см., например: *Пепеляев С.Г.* Правоприменение по-большевистски // *Ведомости.* 2007. 21 июня. № 112(1886)).

³ *Скловский К.Я.* Указ. соч. С. 139.

⁴ Хотя, как мы уже отмечали, для квалификации этих случаев вполне достаточно ст. 168 ГК РФ, на основании которой такие действия будут признаны ничтожными сделками, а цели конфискации будут осуществлены на основании уголовного закона, не давать такое толкование ст. 169 ГК РФ в условиях ее формального действия нельзя, поскольку в противном случае полная размытость ст. 169 ГК РФ неизбежно окажется нормативной базой для безбрежного, ничем не ограниченного судебного усмотрения.

Верховенство права

А между тем изрядное число так называемых антисоциальных сделок, приравненных нашей уголовной юстицией к преступлениям, представляет собой обычные сделки, не исполненные или исполненные не полностью одной из сторон. Таким образом, в основании квалификации таких сделок в качестве антисоциальных неизбежно лежит тот внутренний логический и юридический порок, что наша уголовная юстиция занята уголовным преследованием за неисполнение сделок, которые она полагает «антисоциальными»! Видимо, наша уголовная юстиция хочет, чтобы такие сделки непременно исполнялись!

Нельзя не согласиться с К.И. Скловским, когда он пишет: «Договор о продаже акций или нефти никак не нарушает основ правопорядка, хотя бы стороны в дальнейшем намеревались получить неоправданные налоговые выгоды или даже употребить вырученные средства на совершение сколь угодно тяжких преступлений»¹. Однако в практике правоохранительных органов и судов такие случаи, когда в качестве преступления (хищения) рассматриваются сделки, исполненные сторонами и не оспоренные в суде, не представляют никакой экзотики. Уголовная практика сплошь и рядом основана на том, что сделки рассматриваются как «способ хищения», как составная часть объективной стороны преступления. Иначе говоря, уголовным деянием объявляется нормальное гражданское правоотношение.

IV. Сделка как «преступление»

Уголовное право весьма широко и часто использует (в том числе и при квалификации преступлений) термин «сделка»², законодательно не раскрывая специфику использования или толкования этого гражданско-правового термина (и соответственно правового института) в уголовном праве. В одних случаях УК РФ использует формальные термины гражданского права (сделка, приобретение права, выполнение работ, оказание услуг, хранение, перевозка, кредит, создание коммерческой организации, передача имущества во владение, отчуждение, продажа и пр.), в других — более общие, описательные понятия (изготовление, сбыт, оборот, разработка, производство, накопление, отпуск, реализация, распределение, пересылка, приобретение, использование, ввоз, вывоз, культивирование, распространение, реклами-

¹ Скловский К.И. Указ. соч. С. 139.

² УК РФ упоминает сделки, конкретные виды договоров (т.е. дву- или многосторонние сделки), условия сделки и действия по исполнению сделок прямо или в описательной форме в ст. 127¹, 159, 170, 171¹, 172, 174, 174¹, 175, 176, 177, 179, 181, 184, 185¹, 186, 187, 189, 191, 192, 193, 195, 196, 204, 218, 220, 222, 223, 228, 228¹, 228², 234, 235, 238, 242, 242¹, 246, 247, 255, 257, 273, 290, 291, 312, 324, 327¹.

рование, перемещение через границу, проектирование, размещение, строительство, эксплуатация, производство сплава, транспортировка, обучение, финансирование, материальное обеспечение).

Возникает вопрос: почему в одних случаях законодатель использует формальный термин «делка» (или конкретный вид договора), а в других этот термин не использует и применяет иные понятия, не имеющие в гражданском праве легального определения, хотя, казалось бы, речь идет о таких действиях, которые не могут не быть сделкой (например, сбыт, оборот)? Вряд ли такое отсутствие единства терминологии связано с небрежностью законодателя. Наиболее простой (но не исчерпывающий проблемы) ответ на этот вопрос состоит в том, что законодатель не применяет термин «делка» там, где заведомо не может идти речи о законности действий (незаконные сбыт, оборот наркотиков, оружия и пр.).

Термин «делка» прямо используется в ст. 170, 174, 174¹, 179, 185¹, 191 УК РФ, где законодатель счел необходимым обратить внимание на то, что в объективную сторону состава преступления входят действия, совершаемые именно «в виде» сделок или по поводу сделок. При этом изначальная незаконность «действий в виде сделок» не очевидна (за исключением ст. 170, 191 УК РФ, прямо указывающих на незаконность сделок) или вообще отсутствует (как в ст. 185¹ УК РФ, предусматривающей ответственность за непредоставление информации о сделках).

В связи с таким широким использованием в УК РФ гражданско-правовой терминологии А.Э. Жалинский отмечает, что «гражданско-правовые конструкции, понятия предопределяют в той или иной степени предписания уголовно-правовой нормы»¹. Следует заметить, что именно гражданское право предопределяет норму уголовного закона, а не наоборот.

Использование термина «делка» в диспозициях норм УК РФ неизбежно порождает вопрос: может ли сделка входить в объективную сторону состава преступления? Для того, чтобы ответить на этот вопрос, обратимся к определениям сделки и объективной стороны состава преступления.

Статья 153 ГК РФ устанавливает: «Сделками признаются действия граждан и юридических лиц, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей». Согласно уголовной доктрине в объективную сторону состава преступления во всех случаях² входит предусмотренное уголовным законом общественно опасное действие или бездействие (собственно преступление, как оно

¹ Жалинский А.Э. О соотношении уголовного и гражданского права в сфере экономики // Государство и право. 1999. № 12. С. 48.

² Имеются в виду как формальные, так и реальные составы преступлений.

Верховенство права

описано в ч. 1 ст. 14 УК РФ: «...виновно совершенное общественно опасное деяние, запрещенное настоящим Кодексом под угрозой наказания»). Соединение дефиниций сделки и объективной стороны состава преступления дает очевидно абсурдный результат: «Действия граждан и юридических лиц, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей, являются виновно совершенными общественно опасными деяниями, запрещенными Уголовным кодексом под угрозой уголовного наказания».

Такой по меньшей мере странный результат наглядно свидетельствует о том, что сделка не может входить в объективную сторону состава преступления. Однако текст Уголовного кодекса на первый взгляд говорит об обратном, прямо используя термин «сделка» в диспозициях ст. 170, 174, 174¹, 179, 185¹, 191 УК РФ. Это внешнее противоречие снимается, если понимать, что закон именуется сделками как действительные, так и недействительные сделки. При этом недействительная сделка не влечет юридических последствий, за исключением тех, которые связаны с ее недействительностью, и недействительна с момента ее совершения (п. 1 ст. 167 ГК РФ). Кроме того, п. 1 ст. 166 ГК РФ устанавливает: «Сделка недействительна по основаниям, установленным настоящим Кодексом, в силу признания ее таковой судом (оспоримая сделка) либо независимо от такого признания (ничтожная сделка)».

Это означает, что если сделка недействительна (т.е. не порождает гражданско-правовых последствий с момента совершения), то она может быть частью объективной стороны состава преступления. Однако недействительной в силу закона с момента совершения и без признания ее судом таковой по иску управомоченного лица (п. 2 ст. 166 ГК РФ) является только ничтожная сделка. Лишь ничтожная сделка не порождает гражданско-правовые последствия (права и обязанности) напрямую, в силу закона, независимо от воли участников сделки и с момента совершения¹.

Ничтожная сделка — это действия, имеющие внешние атрибуты сделки, но таковой не являющиеся. Согласно традиционной цивилистической точке зрения ничтожная сделка — это не-сделка. Л. Эннекцерус писал: «По внешности ничтожная сделка существует; однако она существует не в качестве юридической сделки»; «ничтожная сделка в правовом смысле не существует... она не производит правовых последствий ни для кого и ни против кого»².

¹ Что в уголовном праве имеет особое значение при установлении наличия или отсутствия умысла.

² Эннекцерус Л. Курс германского гражданского права. Т. I. Полутом 2. М., 1950. С. 307.

Глава 2. Применение институтов гражданского права в иных отраслях права

Одни и те же действия лица не могут быть одновременно легальной, действительной (не ничтожной) сделкой, порождающей гражданские права и обязанности, и противоправным деянием, нарушающим уголовный закон и влекущим уголовную ответственность. Таким образом, не вызывает сомнения, что в объективную сторону состава преступления может входить только ничтожная сделка (не-сделка), при этом ничтожность сделки устанавливается *исключительно* на основании норм гражданского права, *но не на основании уголовного закона*.

Последнее следует отметить особо, так как у органов следствия почти всегда неизбежно возникает соблазн, воспользовавшись ст. 168 ГК РФ, объявить ничтожной любую сделку только на том основании, что термин «сделка» используется в какой-либо статье УК РФ. Необходимо учитывать, что все нормы УК РФ, прямо или в описательном виде упоминающие сделки, могут использоваться только как бланкетные (отсылочные) нормы, требующие обращения к гражданскому законодательству, поскольку уголовное право охраняет, но не регулирует гражданско-правовые отношения.

Только установление *на основании норм гражданского законодательства* ничтожности сделки позволяет рассматривать действия, составляющие содержание ничтожной сделки, как действия, которые могут входить в объективную сторону состава преступления. В этом смысле ст. 168 ГК РФ, определяющая, что сделка, не соответствующая требованиям закона или иных правовых актов, ничтожна, *если (!) закон не устанавливает, что такая сделка оспорима, или не предусматривает иных последствий нарушения*, может применяться только в системной связи с требованиями п. 2 ст. 3 ГК РФ, который устанавливает, что гражданское законодательство состоит из Кодекса и принятых в соответствии с ним иных федеральных законов, регулирующих гражданско-правовые отношения. Таким образом, установление ничтожности сделки может быть основано только на нормах *гражданского права*, что означает невозможность и недопустимость установления наличия или отсутствия ничтожности сделки на основании нормы уголовного закона, поскольку УК РФ норм гражданского права не содержит и содержать не может.

Применение уголовного права в отношении действий, имеющих внешние атрибуты сделки, начинается только тогда, когда применительно к рассматриваемым отношениям прекращается действие права гражданского, поскольку на основании норм гражданского права установлено, что сделка ничтожна, не влечет гражданских прав и обязанностей и тем самым в остальном (кроме установления ничтожности и ее последствий) «выбывает» из сферы регулирования гражданского

Верховенство права

права¹, если только речь не идет о возмещении вреда (убытков) в порядке гражданского иска в уголовном деле.

Ничтожность сделок, упоминаемых в УК РФ, устанавливается на основании норм гражданского права, а не просто в силу включения указания на сделку в диспозицию той или иной статьи УК РФ. Упоминание сделки в УК РФ не делает ее автоматически ничтожной, поскольку Уголовный кодекс норм гражданского права не содержит и на основании норм УК РФ наличие или отсутствие ничтожности сделки установлено быть не может.

Прежде всего следует отметить, что не все сделки, упоминаемые в УК РФ, обязательно являются ничтожными и совпадающими с действиями преступника, входящими в состав преступления. В УК РФ имеются статьи, упоминающие сделки как *то, по поводу чего* совершаются преступные деяния. Это ст. 170 УК РФ (регистрация заведомо незаконных сделок с землей), ст. 179 УК РФ (принуждение к совершению сделки или к отказу от ее совершения под угрозой применения насилия, уничтожения или повреждения имущества, распространения сведений, которые могут причинить существенный вред правам и законным интересам потерпевшего или его близких), ст. 185¹ УК РФ (злостное уклонение от предоставления информации, содержащей данные о сделках, либо предоставление заведомо неполной или ложной информации).

Интересно, что названные статьи УК РФ содержат указание на сделки, которые составляют своеобразный спектр: ничтожные сделки — ст. 170 (поскольку статья прямо говорит о заведомо незаконных сделках, т.е. сделках ничтожных согласно ст. 168 ГК РФ); оспоримые сделки — ст. 179 (поскольку согласно п. 1 ст. 179 ГК РФ сделка, совершенная под влиянием насилия, угрозы, является оспоримой и может быть признана судом недействительной по иску потерпевшего); сделки действительные — ст. 185¹ УК РФ (поскольку речь идет о непредоставлении сведений о любой сделке, видимо, следует предполагать, что данная статья имеет в виду прежде всего обычные действительные сделки). Это является еще одним подтверждением того, что среди упоминаемых УК РФ сделок не ничтожными сделками могут быть только

¹ Понимание этого приводит некоторых авторов, исследующих соотношение гражданского и уголовного права, к выводу об «акцессорноеTM» уголовного права по отношению к гражданскому праву (см.: Хилота В.В. Обман в имущественных отношениях: разграничение уголовно-правовой и гражданской ответственности // Форум права. 2007. № 2. С. 230). Впрочем, идея об акцессорноеTM уголовного права по отношению к гражданскому не нова и существует уже не одно столетие (см., например: *Lobe A. Über den Einfluß des Bürgerlichen Gesetzbuches auf das Strafrecht, unter besonderer Berücksichtigung des Besitzes. Leipzig: Veit & Comp., 1898. S. 6).*

Глава 2. Применение институтов гражданского права в иных отраслях права

сделки, не входящие в объективную сторону состава преступления в качестве преступных действий.

Особое место в смысле использования института сделки занимают статьи УК РФ о легализации, которые фактически (и, как представляется, совершенно бесосновательно) ставят знак равенства между понятиями «сделка» и «преступление». Статья 174 УК РФ устанавливает: «Совершение финансовых операций и других сделок с денежными средствами или иным имуществом, заведомо приобретенными другими лицами преступным путем (за исключением преступлений, предусмотренных статьями 193, 194, 198, 199, 199¹ и 199² настоящего Кодекса), в целях придания правомерного вида владению, пользованию и распоряжению указанными денежными средствами или иным имуществом — наказываемся...» Статья 174¹ УК РФ¹ устанавливает: «Совершение финансовых операций и других сделок с денежными средствами или иным имуществом, приобретенными лицом в результате совершения им преступления (за исключением преступлений, предусмотренных статьями 193, 194, 198, 199, 199¹ и 199² настоящего Кодекса), либо использование указанных средств или иного имущества для осуществления предпринимательской или иной экономической деятельности, — наказываемся...»

Рассматривая использование понятия «сделка» применительно к легализации, нельзя не обратить внимание на то, что постановление Пленума Верховного Суда РФ от 18 ноября 2004 г. № 23 «О судебной практике по делам о незаконном предпринимательстве и легализации (отмывании) денежных средств или иного имущества, приобретенных преступным путем» толкует применение термина «сделка» в ст. 174 и 174¹ УК РФ, как представляется, по меньшей мере неполно. Пункт 19 данного постановления разъясняет: «Под финансовыми операциями и другими сделками, указанными в статьях 174 и 174¹ УК РФ, следует понимать действия... направленные на установление, изменение или прекращение связанных с ними гражданских прав или обязанностей». Таким образом, толкуя указанные нормы уголовного закона, Верховный Суд просто воспроизвел легальное определение сделки, содержащееся в ст. 153 ГК РФ².

Отсутствие в упомянутом постановлении указания на то, что в объективную сторону составов преступлений, предусмотренных ст. 174 и 174¹ УК РФ, могут входить только ничтожные сделки, неизбежно приводит

¹ Диспозиция статьи приведена в редакции, действовавшей на момент написания книги, без изменений, внесенных Федеральным законом от 7 апреля 2010 г. № 60-ФЗ - *Примеч. ред.*

² И в результате пришел к той абсурдной дефиниции, которая, как было показано выше, появляется путем соединения дефиниций «сделка» и «преступление».

к тому, что согласно толкованию Верховного Суда РФ одни и те же действия одних и тех же лиц являются одновременно и легальной сделкой (действиями, направленными на возникновение, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей), и преступным, уголовно наказуемым деянием. С таким толкованием вряд ли можно согласиться.

Кроме тех оснований, которые были приведены выше, в пользу того, что не ничтожные сделки не могут входить в объективную сторону составов преступлений, предусмотренных ст. 174 и 174¹ УК РФ, говорит и тот факт, что указанные статьи предусматривают уголовную ответственность только при наличии прямого умысла, который в данном случае может иметь место только при совершении ничтожной сделки, когда ее участник или участники осознают, что совершают преступление под видом ничтожной сделки, а не легальную, действительную сделку. Преступный умысел при совершении действительных и оспоримых¹ сделок невозможен.

Основным признаком составов преступлений, предусмотренных ст. 174 и 174¹ УК РФ, является совершение сделок с имуществом, заведомо приобретенным преступным путем (ст. 174) или в результате совершения преступления (ст. 174¹). Говоря цивилистическим языком, сделки, упоминаемые в ст. 174 и 174¹, в качестве предмета сделки имеют имущество, полученное преступным путем или в результате преступления.

Вопрос о том, имеют ли ст. 174 и 174¹ УК РФ в виду любое имущество, полученное преступным путем или в результате совершения преступления (за исключением имущества, полученного в результате преступлений, предусмотренных ст. 193, 194, 198, 199, 199¹ и 199² УК РФ), на первый взгляд кажется излишним, но это не так. Для того чтобы понять, какое преступно полученное имущество может быть предметом ничтожных сделок, указанных в ст. 174 и 174¹ УК РФ, необходимо прежде всего понимание того, что любое имущество, приобретенное в результате совершения преступления, делится на два вида: имущество, у которого есть законный владелец (потерпевший), и имущество, законный владелец которого отсутствует. Необходимость различия указанных видов имущества при применении уголовного закона определяется, в частности ст. 104¹–104³ УК РФ. Устанавливая приоритет возмещения ущерба, причиненного законному владельцу (ч. 1 ст. 104³ УК РФ), уголовный закон при определении того, какое полученное в результате совершения преступлений имущество может быть конфисковано,

¹ Недействительность которых при совершении сделки отсутствует, является «отложенной», зависит от оспаривания сделки лицами, указанными в законе, и может вообще не состояться, если суд откажет заинтересованному лицу в иске о признании сделки недействительной.

заведомо исключает из перечня таких преступлений хищения, поскольку похищенное имущество имеет законного владельца.

Отчуждение похищенного имущества лицами, участвовавшими в совершении хищения, не может рассматриваться как действия по легализации, так как такие действия входят в состав хищения. Иное толкование приводит к конструкции «бескорыстного хищения»¹. Если действия похитителя по сбыту похищенного имущества, владению, пользованию и распоряжению этим имуществом (в том числе для осуществления предпринимательской или иной экономической деятельности) не входят в состав хищения, то возникает вопрос: а в чем же состоит корыстность такого хищения? Кроме того, признание действий похитителя по «извлечению потребительской стоимости» похищенного имущества самостоятельным преступлением создает ситуацию «дурной бесконечности», когда такое «преступление» не будет закончено и будет повторяться или длиться вновь и вновь до момента отчуждения похитителем похищенного имущества.

Появление норм о борьбе с легализацией преступных доходов изначально было вызвано необходимостью борьбы с противоправными действиями, которые «не покрывались» традиционными нормами уголовного закона (в том числе нормами об ответственности за хищения). Легализация представляет собой не операции с похищенным имуществом (противодействие чему достигается установлением уголовной ответственности за хищения и применением норм гражданского права о vindикации и возмещении убытков), а действия по узакониванию имущества, у которого *нет законного владельца* (или лица, имеющего право требования в отношении имущества) и которое является *доходом* от преступлений, не являющихся хищениями (взятки, доходы от продажи оружия, наркотиков, от наемных убийств и т.д.). При этом в таких криминальных операциях законный владелец отсутствует как со стороны «платящего» или «дающего», так и со стороны получателя преступного дохода.

Невозможно согласиться с толкованием данного вопроса Верховным Судом, который разъяснил, что возможна квалификация по сово-

¹ Нельзя не отметить, что законодательная и правоприменительная практика восприняла идею «бескорыстного хищения», несмотря на то что такая конструкция не только является теоретически неприемлемой, но и ведет к совершенно недопустимым практическим последствиям: существование «бескорыстного хищения» приводит к тому, что корыстная составляющая таких преступлений искусственно переносится в составы других преступлений, что по своей сути является откровенно антиконституционной практикой, поскольку п. 1 ст. 50 Конституции РФ устанавливает, что никто не может быть повторно осужден за одно и то же преступление, а перенесение корыстной составляющей хищений в иной состав преступления представляет собой не что иное, как повторную уголовную ответственность за одно и то же преступление.

Верховенство права

купности, например, таких преступлений, как кража и легализация (п. 22 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 18 ноября 2004 г. № 23). Такое толкование прямым образом противоречит не только нормам ст. 33, 104¹, 104³, 174, 174¹ и 175 УК РФ в их системной связи, но и международным обязательствам, принятым на себя Россией. Установленная высшим судебным органом возможность осуществлять квалификацию операций с похищенным имуществом в качестве легализации искусственно создает ситуацию, когда Российская Федерация формально нарушает принятые на себя международные обязательства по конфискации преступного дохода, поскольку Верховный Суд РФ путем неверного и чрезмерно расширительного толкования бесосновательно включает в состав имущества, являющегося предметом легализации, похищенное имущество, которое не может быть конфисковано, так как имеет законного владельца.

Таким образом, следует признать, что похищенное имущество как имущество, имеющее законного владельца (или имущество, в отношении которого существует право требования какого-либо лица), не может быть предметом ничтожных сделок, входящих в объективную сторону составов преступлений, предусмотренных ст. 174 и 174¹ УК РФ. Предметом ничтожных сделок, входящих в объективную сторону составов преступлений, предусмотренных ст. 174 и 174¹ УК РФ, может быть только имущество, представляющее собой *доход* от преступлений, указанных в п. «а» ч. 1 ст. 104¹ УК РФ, поскольку такой доход не имеет законного владельца или лица, у которого существует право требования в отношении этого дохода, так как ни преступник, ни лицо, от которого был получен преступный доход, законными правами или правопритязаниями в отношении этого дохода не обладают.

Суммируя, можно сказать, что текст диспозиций ст. 174 и 174¹ УК РФ сформулирован крайне неудачно, что усугубляется недопустимо расширительным толкованием этих норм Верховным Судом РФ. В законодательной и правоприменительной практике понимание легализации настолько размыто, что теряется ее суть и не достигаются цели борьбы с ней. По своей сути легализация представляет собой действия по созданию титула (правового основания) для уже имеющегося фактического владения имуществом, которое преступником было получено в процессе или в результате преступления не помимо воли иных лиц, в связи с чем у этого имущества не имеется законного владельца (собственника, лица, имеющего право требования в отношении имущества). Цель легализации — получить правовое основание (титул) обладания имуществом, фактическим владельцем которого

преступник уже является. Результат легализации — возникновение¹ правового титула на имущество, полученное в результате преступления и находящееся в фактическом владении преступника.

Именно с возникновением правового титула на имущество, полученное в результате преступления, должно бороться уголовное право, именно против этого направлены международные договоры (включая Конвенцию ЕТБ N 141), в которых участвует Россия и на принципах которых в соответствии с ч. 2 ст. 1 УК РФ должен основываться российский уголовный закон. Однако содержание ст. 174 и 174¹ УК РФ свидетельствует о полной размытости понятия легализации, что не позволяет при правоприменении установить действительное содержание уголовной нормы.

Какие-либо действия могут представлять собой легализацию (приобретение титула на имущество, полученное в результате преступления), только если у имущества не имеется законного владельца (собственника, лица, имеющего право требования в отношении имущества), поскольку при наличии таких лиц возникновение титула владения для преступника невозможно, так как титул в отношении этого имущества принадлежит иным лицам, а принадлежность нескольким лицам одного и того же титула (право собственности², аренда и пр.) в отношении одного и того же имущества право не допускает.

Непонимание этого ведет к использованию в тексте закона неверных формулировок и неудачному заимствованию терминов иных отраслей законодательства (таких как, например, сделка), что безусловно и однозначно ведет к крайней и недопустимой размытости и неэффективности ст. 174 и 174¹ УК РФ, которые имеют своими последствиями не только привлечение к уголовной ответственности лиц, не совершавших действия по легализации, но и невозможность привлечь к ответственности лиц, которые в действительности легализацию совершили.

Однако говорить о том, что законодатель, формулируя ст. 174 и 174¹ УК РФ, «совершенно не догадывается» о невозможности отнесения к действиям по легализации действий в отношении «чужого» имущества,

¹ Непонимание этого законодателем не позволяет даже поставить вопрос определения момента, с которого действия по легализации могут считаться законченными, а также вопрос о том, являются ли составы ст. 174 и 174¹ УК РФ реальными или формальными, т.е. необходимо ли для совершения оконченного преступления возникновение титула или видимости титула как правового основания владения имуществом или обладания правами или достаточно совершения ничтожных сделок в целях легализации, даже если такая легализация (возникновение титула) не состоялась.

² Конечно, не имеются в виду множественность субъектов права при долевой или совместной собственности, когда *одно* право собственности принадлежит нескольким лицам в долях или без их определения, или отношения, возникающие в рамках государственной собственности, переданной в хозяйственное ведение или оперативное управление.

имеющего законного владельца, нельзя. Законодатель очень хорошо это понимает, но почему-то только «для себя». Об этом красноречиво свидетельствует то, что ст. 174 и 174¹ УК РФ исключают имущество, полученное в результате преступлений, предусмотренных ст. 193, 194, 198, 199, 199¹ и 199² УК РФ, из имущества, в отношении которого может быть совершена легализация. Возникает вопрос: почему законодатель сделал такую оговорку? Ответ на него весьма прост: законодатель исключил из имущества, пригодного для легализации, то имущество, которое или права требования на которое принадлежат государству как законному владельцу или лицу, имеющему права требования в отношении рассматриваемого имущества¹. Иначе говоря, формулируя ст. 174 и 174¹ УК РФ, государство не забыло о себе, но «забыло» обо всех остальных законных владельцах или лицах, имеющих правовой титул в отношении имущества, являющегося (вернее, в данном случае — не могущего являться) предметом легализации.

Целью ст. 174 и 174¹ УК РФ является недопущение возникновения легального титула на имущество, полученное в результате преступления, и вовлечения тем самым этого имущества в легальный гражданский оборот, а не борьба с обогащением путем совершения преступления, что достигается соответствующими нормами уголовного закона, устанавливающими ответственность за конкретное основное (в терминологии Конвенции ЕТБ N 141) преступление. Нормы уголовного закона о легализации установлены с целью не допустить вовлечение в легальный гражданский оборот именно имущества (дохода), не имеющего законного владельца или правопритязателя, поскольку цели недопущения в гражданский оборот находящегося у преступника имущества, в отношении которого имеется законный собственник или иной правопритязатель, достигаются действием норм других отраслей законодательства (гражданского, налогового, таможенного) о вилдикации, возмещении убытков, уплате налогов.

Нельзя не видеть, что уголовные нормы о конфискации имущества, являющегося предметом легализации, по сути, построены как

¹ Статьи 193 (невозвращение из-за границы средств в иностранной валюте), 194 (уклонение от уплаты таможенных платежей), 198 (уклонение от уплаты налогов и (или) сборов с физического лица), 199 (уклонение от уплаты налогов и (или) сборов с организации), 199¹ (неисполнение обязанностей налогового агента) и 199² (сокрытие денежных средств либо имущества организации или индивидуального предпринимателя, за счет которых должно производиться взыскание налогов и (или) сборов) УК РФ предусматривают ответственность, возникающую в связи с неуплатой денежных средств или сокрытием имущества, в отношении которых у государства имеются права требования (в том числе в виде пени и штрафа).

Глава 2. Применение институтов гражданского права в иных отраслях права

«уголовная квазивиндикация» у фактического (но незаконного) владельца имущества, не имеющего собственника (законного владельца), поскольку оно является доходом, полученным от преступления. Такой подход не является случайным и имеет свои «исторические корни». Например, К. Биндинг в одной из своих работ, посвященной уголовно-правовым и гражданско-правовым проблемам, возникающим при отчуждении имущества фактическим владельцем — несобственником (в том числе в связи с ограничением виндикации), именовал получение имущества во владение в результате такого отчуждения «легитимацией»¹ задолго до того, как отношения по легализации вообще стали актуальны не только юридически, но даже и социально.

Рассмотрение вопроса о том, какое имущество может быть предметом легализации, обнаруживает, что избранная законодателем модель легализации в виде сделок с имуществом, приобретенным в результате совершения преступления, не только недопустимо абстрактна и включает в себя действия, которые по своей сути легализацией не являются, но и очевидно неудачна, так как в подавляющем большинстве случаев *в связи с совершением сделок* преступно приобретенное имущество перестает быть таковым, поскольку становится имуществом, приобретенным по сделке².

Обращаясь к тому, как цель легализации определена в ст. 174 УК РФ (и через толкование Верховного Суда РФ для ст. 174¹ УК РФ), прежде всего следует обратить внимание на то, что цель сделок по легализации описана крайне странным с точки зрения гражданского права образом — как «цель придания правомерного вида владению, пользованию и распоряжению имуществом». Для любого юриста такая формулировка является очевидной тавтологией, которой, однако, при этом придается противозаконный характер. Сделка как действия, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей (ст. 153 ГК РФ), по определению имеет и не может не иметь целью придание «правомерного вида» правомочиям на имущество (владению, пользованию и распоряжению). Сделок без цели

¹ *Binding K. Die Ungerechtigkeit des Eigentums-Erwerbs vom Nicht-Eigentümer nach BGB § 932 und § 935 und ihre Reduktion auf das kleinstmögliche Maß. Kritische Betrachtungen eines Kriminalisten. Leipzig: Verlag von Wilhelm Engelmann, 1908. S. 22 ff.*

² Характерно, что уголовное законодательство тех зарубежных стран, в которых гражданское право строится по той же «германской модели», что и гражданское право России, и которые имеют более длительный опыт применения законодательства по борьбе с легализацией, избегает давать определение легализации через сделку (см., например: § 261 УКФРГ (BGBl. I.1998. S. 3322; BGBl. I. 2008. S. 306), § 165 УК Австрии (BGBl. Nr. 60/1974; BGBl. I Nr. 56/2006), Art. 305[№] УК Швейцарии (AS 2006 3459 3535; BB1 1999 1979)).

придания правомерного вида владению, пользованию и распоряжению не бывает, эта цель (кауза) лежит в основании любой сделки, влекущей возникновение, прекращение или переход прав на имущество. Выражаясь фигурально, с точки зрения цивилистики нормы о легализации предусматривают уголовную ответственность для тех случаев, когда в действиях имеется цель «придать шару круглую форму».

Применительно к цели, сформулированной для сделок по легализации, следует отметить, что эта цель в виде «объекта» имеет владение, пользование и распоряжение имуществом, приобретенным в результате преступления, каковым правомочиям и должен быть придан «правомерный вид». Нельзя не видеть, что эта классическая триада (владение, пользование и распоряжение) сформулирована как некий эрзац права собственности, поскольку оно традиционно для российского права формулируется именно таким образом¹.

В связи с этим возникает вопрос: если применительно к легализации речь идет о создании легального титула (или его видимости) для классической триады и соответственно права собственности (или расширительно — иного вещного права) на имущество, приобретенное в результате преступления, то как быть, если речь идет о создании легального титула не для вещного, а для обязательственного или иного не-вещного права?² Если законодатель определяет легализацию через создание правомерного вида классической триады, то легализация (создание легального титула) в отношении не-вещных прав очевидным образом выпадает из сферы легализации.

В подтверждение того факта, что законодатель, формулируя состав легализации, пошел путем совершенно механистического и не имеющего достаточных оснований создания «эрзаца» права собственности на преступно приобретенное имущество, свидетельствует то, что применительно к рассматриваемой триаде если и можно говорить о «придании правомерного вида», то только в отношении владения и пользования, поскольку «придание правомерного вида распоряжению»

¹ Используемое в российском гражданском праве определение права собственности через перечисление правомочий владения, пользования и распоряжения не является универсальным (законодательство зарубежных стран содержит иные дефиниции права собственности) и имеет свою историю, развивавшуюся через рецепцию соответствующей нормы Кодекса Наполеона и ее дополнения (подробнее см.: Развитие советского гражданского права на современном этапе. М.: Наука, 1986. С. 105—106).

² Например, в случае когда в результате легализации основной преступник получает в свое обладание долю в уставном капитале ООО или получает имущество в аренду, доверительную собственность или получает исключительные права на результат интеллектуальной деятельности и т.д.

(которое почти всегда является формой отчуждения либо постоянного или временного лишения владения) при обстоятельствах и в целях легализации, видимо, может иметь место только одновременно с прекращением владения преступно полученным имуществом и тем самым с исчезновением предмета легализации. Что такое «придание правомерного вида распоряжению», если это распоряжение состоит в прекращении владения? «Юридический ответ» на это можно придумать любой, но любой такой ответ логически будет основан на рассуждении о «придании правомерного вида существованию исчезновению».

Вышеизложенное свидетельствует о том, что избранная российским законодателем конструкция легализации в виде сделок, целью которых является придание правомерного вида владению, пользованию и распоряжению имуществом, приобретенным в результате преступления, является крайне неудачной и основана на механистическом и нарушающем требования системности права использовании терминов и институтов гражданского права таким образом, что это создает очевидные и без изменений в порядке *de lege ferenda* неустранимые пробелы в уголовной регламентации легализации.

V. Юридическое лицо как «преступник»

Говоря о «вольном обращении» уголовной юстиции с институтами гражданского права, нельзя не обратить внимание на то, как при этом толкуется такой институт, как юридическое лицо. В большинстве случаев проблема квалификации действий юридического лица как уголовных деяний по умолчанию «разрешается» тем, что действия юридического лица и его органов рассматриваются как действия конкретных физических лиц (акционеров или участников хозяйственных обществ, руководителей, персонала, представителей). При этом полностью игнорируется, что действия физического лица, действующего в качестве органа юридического лица, являются действиями юридического лица, а не выступающего от его имени физического лица. Таким образом, уголовная юстиция считает возможным привлекать к уголовной ответственности физическое лицо за действия, которые согласно гражданскому законодательству являются действиями иного субъекта права (юридического лица), т.е. имеет место уголовная ответственность за действия другого лица.

В некоторых случаях правоохранительные органы квалифицируют сделки по отчуждению имущества, совершенные исполнительным органом (директором) хозяйственного общества, как присвоение или растрату этим органом имущества общества. В обоснование такого утверждения правоохранительные органы приводят довод о том,

Верховенство права

что орган хозяйственного общества действовал якобы вопреки воле и интересам самого общества. Такая позиция правоохранительных органов неприемлема с точки зрения действующего законодательства. Юридические лица приобретают гражданские права и принимают на себя гражданские обязанности через свои органы (п. 1 ст. 53 ГК РФ). Следовательно, в том случае, если орган юридического лица действует в соответствии с правовыми актами и учредительными документами, он выражает волю юридического лица. Не существует никакой другой воли юридического лица, кроме воли, сформированной его органом.

До тех пор пока сделка, заключенная исполнительным органом хозяйственного общества, не признана судом недействительной, эта сделка порождает соответствующие гражданские права и обязанности для самого хозяйственного общества. Исполнение такой сделки хозяйственным обществом соответствует гражданскому законодательству; более того, неисполнение такой сделки противоправно. Таким образом, совершение и исполнение такой сделки ни в коем случае не может быть квалифицировано как противоправное изъятие имущества у хозяйственного общества.

Сделка, совершенная хозяйственным обществом, может быть оспорена самим обществом или его акционером (участником), если воля этого общества сформирована с нарушением закона. В частности, крупная сделка или сделка, в совершении которой имеется заинтересованность, могут быть оспорены, если они заключены в нарушение предусмотренного законом порядка. Сделка же, совершенная органом юридического лица и не оспоренная надлежащим образом, выражает действительную волю этого юридического лица. Следовательно, утверждая, что выраженная органом юридического лица воля не является в действительности волей самого юридического лица и, следовательно, имущество, переданное юридическим лицом по соответствующей никем не оспоренной сделке, похищено, правоприменительные органы вступают в открытое противоречие с гражданским законодательством.

Очевидно, что публичная власть не может определять «действительную волю» хозяйственного общества — она просто не наделена такими полномочиями. Волю юридического лица формируют и изъявляют исключительно органы самого юридического лица. Точно так же публичная власть не обладает компетенцией определять интересы юридического лица. Его интересы являются частными интересами, и закон четко устанавливает, кто вправе их определять: это исполнительный орган юридического лица и акционеры (участники) юридического лица. Норма п. 3 ст. 53 ГК РФ гласит: «Лицо, которое в силу закона или учредительных документов юридического лица выступает от его имени, должно действовать в интересах

представляемого им юридического лица добросовестно и разумно. Оно обязано по требованию учредителей (участников) юридического лица, если иное не предусмотрено законом или договором, возместить убытки, причиненные им юридическому лицу». Нормы п. 5 ст. 51 Федерального закона «Об акционерных обществах» от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ и п. 5 ст. 44 Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью» от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ наделяют таким же правом требования, обращенным к должностным лицам общества, и само общество в лице его исполнительного органа. Это означает, что только акционеры (участники) хозяйственного общества, а также его исполнительный орган вправе определять «действительные интересы» общества, нарушенные его должностными лицами. При этом деятельность должностных лиц хозяйственного общества вопреки интересам общества не влечет за собой признание недействительными сделок, заключенных ими от имени общества в ходе такой деятельности, такие сделки являются оспоримыми в случае, если они были заключены в порядке злостного соглашения с другой стороной сделки (п. 1 ст. 179 ГК РФ). Таким образом, действия должностных лиц хозяйственного общества вопреки его интересам сами по себе не могут образовать объективную сторону состава преступления хищения (присвоения или растраты).

Следует отметить, что действующее законодательство позволяет хозяйственному обществу или его акционерам (участникам) защитить свои интересы, ущемленные действиями исполнительных органов общества, и в том случае, если совершенные этим хозяйственным обществом сделки не имеют пороков и не могут быть оспорены или же если хозяйственное общество или его акционеры (участники) по каким-либо соображениям не хотят оспаривать эти сделки. Должностные лица хозяйственного общества несут ответственность перед ним за убытки, причиненные их виновными *недобросовестными* и *неразумными* действиями. С иском к должностному лицу хозяйственного общества о возмещении причиненных обществу убытков могут обратиться само общество или его акционеры (участники). Как видим, полноценная защита юридическим лицом своих имущественных интересов не требует квалификации действий должностных лиц юридического лица как хищения.

Осуществляя борьбу со злоупотреблениями исполнительных органов юридических лиц, публичная власть вправе, более того, обязана оценивать те или иные действия органов юридического лица, но она не вправе формулировать волю и определять интересы юридического лица, поскольку такая «защита» в действительности представляет собой форму нарушения субъективного права собственника, которое включает

Верховенство права

в себя право определять, нарушен его интерес (право) или нет. Действуя подобным образом, уголовная юстиция в действительности подменяет собой потерпевшего, превращая эту процессуальную фигуру в фикцию, что вуалируется неопровержимой презумпцией, которую можно сформулировать следующим образом: в преступлении потерпевший всегда есть. При таком подходе ситуация переворачивается с ног на голову: не наличие потерпевшего порождает процесс установления того, имеется преступление или нет, а возбуждение уголовного дела является «доказательством», что потерпевший имеется, хотя на деле он отсутствует. Такая практика приводит к возникновению «преступлений», в которых, с одной стороны, отсутствует потерпевший, а с другой — воля юридического лица, осуществляемая через его органы, выдается за уголовный умысел лица, исполняющего функции органа юридического лица.

Что характерно, подобная практика уголовной юстиции откровенным образом игнорирует не только нормы гражданского права, но и сам уголовный закон. Согласно ст. 201 УК РФ уголовную ответственность влечет за собой «использование лицом, выполняющим управленческие функции в коммерческой или иной организации, своих полномочий вопреки законным интересам этой организации и в целях извлечения выгод и преимуществ для себя или других лиц либо нанесения вреда другим лицам, если это деяние повлекло причинение существенного вреда правам, законным интересам граждан или организаций либо охраняемым законом интересам общества или государства». В примечании к ст. 201 УК РФ указывается: «..если деяние, предусмотренное настоящей статьей либо иными статьями настоящей главы, причинило вред интересам исключительно коммерческой организации, не являющейся государственным или муниципальным предприятием, уголовное преследование осуществляется по заявлению этой организации или с ее согласия». Содержание примечания к ст. 201 УК РФ показывает, что уголовный законодатель прекрасно понимает невозможность и недопустимость самостоятельного определения публичной властью интересов коммерческой организации. Следовательно, описанная выше правоприменительная практика идет вразрез с идеями, непосредственно заложенными в самом уголовном законодательстве.

VI. De lege ferenda

- Дополнить ст. 3 ГК РФ пунктом 8 следующего содержания: «Нормы, институты, понятия и термины гражданского права не могут применяться или толковаться в иных отраслях законодательства и судами иначе, чем это установлено нормами гражданского права».
- Отменить ст. 169 ГК РФ.

Глава 2. Применение институтов гражданского права в иных отраслях права

- Исключить из примеч. 1 ст. 158 УК РФ слова «или других лиц».
- Изменить ст. 174 и 174¹ УК РФ таким образом, чтобы определение легализации не давалось через термин «сделка».
- Отменить разъяснения Верховного Суда РФ, основанные на отождествлении легальных гражданско-правовых отношений и преступлений.
- Отменить разъяснения Верховного Суда РФ, толкующие безвозмездность преступлений иначе, чем это установлено гражданским законодательством.

VII. К вопросу о юридической схоластике

Не секрет, что юридические исследования, в особенности теоретического порядка, связанные, например, с такими отвлеченными материями, как отыскание «разломов» в правовой системе, или со спорами о дефинициях, юристы-практики порой воспринимают как оторванную от жизни схоластику. Однако реалии правоприменительной практики нашей уголовной юстиции наполняют изложенную выше проблематику плотью и кровью в самом прямом, отнюдь не метафорическом смысле. Если на фоне нашей уголовной статистики¹ не делать вид, что мы не понимаем, к чему ведут такие «юридические конструкции», как преступление в виде сделки, уголовная ответственность за другое лицо, бескорыстное хищение, хищение в пользу третьих лиц, легализация имущества, имеющего законного собственника, собственник-похититель, потерпевший — участник хищения и уголовный умысел взамен правового основания владения, то с учетом того, что случаи привлечения к уголовной ответственности, основанные на подобном толковании, едва ли могут составлять менее нескольких процентов от общей статистики соответствующих имущественных преступлений², становится очевидным, что мы имеем дело с латентной и постоянно воспроизводящейся социальной катастрофой.

¹ По официальным данным МВД, количество раскрытых преступлений по статьям УК РФ, предусматривающим ответственность за такие имущественные преступления, как мошенничество, присвоение (растрата) и легализация, за пять лет, с 2004 по 2008 г. (восемь месяцев), составило 839 738.

² При этом не всем безосновательно привлеченным к уголовной ответственности так повезло, как, например, лицам, вышедшим на свободу после отмены Верховным Судом РФ приговоров, поскольку в отношении этих лиц приговоры были вынесены по действиям, которые (по признанию самого Верховного Суда) носят гражданско-правовой характер (см., например: Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 30 мая 2000 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2000. № 12). Если, конечно, можно считать «везением» возвращение свободы невиновному, который находился в следственном изоляторе и в местах лишения свободы, по самым скромным подсчетам, от одного года до нескольких лет.

ВТОРОЙ КРУГЛЫЙ СТОЛ
«ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА КАК ОСНОВНОЙ ФАКТОР,
ОБЕСПЕЧИВАЮЩИЙ ЕДИНСТВО ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ»

2 марта 2009 года, Москва

УЧАСТНИКИ

ВЕНИАМИН ФЕДОРОВИЧ ЯКОВЛЕВ, доктор юридических наук, профессор, член-корреспондент РАН, советник Президента РФ, Председатель ВАС РФ в отставке.

ТАМАРА ГЕОРГИЕВНА МОРЩАКОВА, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ, заслуженный деятель науки, судья Конституционного Суда РФ в отставке.

Виктор МАРТЕНИАНОВИЧ ЖУЙКОВ, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ, заместитель директора Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, заместитель Председателя Верховного Суда РФ в отставке.

АНАТОЛИЙ ВАЛЕНТИНОВИЧ НАУМОВ, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой уголовно-правовых дисциплин Юридического института Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации, член Научно-консультативного совета при Верховном Суде РФ.

АНДРЕЙ ГЕННАДЬЕВИЧ ФЕДОТОВ, кандидат юридических наук, адвокат Одинцовской городской коллегии адвокатов.

АНДРЕЙ ВИКТОРОВИЧ РАХМИЛОВИЧ, адвокат, партнер адвокатского бюро «Маргулян и Рахмилович».

ВЛАДИМИР ГРИГОРЬЕВИЧ ЯРОСЛАВЦЕВ, член президиума Совета судей РФ, судья Конституционного Суда РФ (*заочный участник круглого стола*).

АЛЕКСАНДР КОНСТАНТИНОВИЧ ГОЛИЧЕНКОВ, доктор юридических наук, профессор, декан юридического факультета Московского государственного университета им. М.В. Ломоносова, член президиума Ассоциации юристов России.

ВЛАДИМИР САУРСЕЕВИЧ ЕМ, председатель совета директоров издательства «Статут», доцент кафедры гражданского права юридического факультета Московского государственного университета им. М.В. Ломоносова.

Диалоги второго круглого стола

ИГОРЬ АНАТОЛЬЕВИЧ Новиков, управляющий партнер юридической фирмы «Новиков и советники», г. Алма-Ата (в прошлом — начальник управления Генеральной прокуратуры Республики Казахстан).

АЛЕКСАНДР ВЛАДИМИРОВИЧ РОЗЕНЦВАЙГ, кандидат юридических наук, адвокат Алма-атинской городской коллегии адвокатов (Казахстан), член президиума Союза адвокатов Казахстана.

АНДРЕЙ ЕВГЕНЬЕВИЧ ШАСТИТКО, доктор экономических наук, профессор, генеральный директор фонда «Бюро экономического анализа», г. Москва.

МИХАИЛ АЛЕКСАНДРОВИЧ СУББОТИН, кандидат экономических наук, руководитель экспертно-консалтинговой фирмы «СРП-Экспертиза», г. Москва.

МЕРЬЯ НОРОС, заместитель начальника отдела международных дел Министерства юстиции Финляндии.

ХЕНРИК БУЛЛ, судья Европейской ассоциации свободной торговли (ЕАСТ), Люксембург.

МАРИАНА КАРАДЖОВА, специалист по обеспечению соблюдения банковских правил, направленных против легализации средств, полученных преступным путем (Сахо Банк, Женева, Швейцария), в прошлом — представитель Правительства Болгарии в ЕСПЧ.

Вильям САЙМОНС, профессор Лейденского университета (Голландия) и университета Тренто (Италия).

ПИТЕР САЛАС, адвокат коллегии адвокатов штата Нью-Йорк; руководитель проекта «Программа обменов и консультаций в области управления» юридического факультета Университета МакГилл (Монреаль, Канада).

ЕЛЕНА ВЛАДИМИРОВНА НОВИКОВА, доктор юридических наук, партнер юридической фирмы «Новиков и советники», руководитель проекта подготовки коллективной монографии, г. Москва.

Е.В. НОВИКОВА: Тенденция необоснованной и зачастую незаконной криминализации нормальных общественных отношений набирает силу, что проявляется, на мой взгляд, в следующем.

Первое. В широком смысле этот процесс уже охватил не только расширительное применение уголовной ответственности, но и использование административной и налоговой ответственности. К юридическим лицам (к которым неприменима уголовная ответственность) на начальном этапе применяются эти виды ответственности как удобный инструмент причинения им репутационного и имущественного

Верховенство права

ущерба и подчас уничтожения. На последующем этапе к их должностным лицам уже применяется и уголовная ответственность. Таким образом, тенденция криминализации, если так можно выразиться, успешно «развивается», проявляясь как непосредственно, так и опосредованно.

Второе. Подобно раковой опухоли, этой тенденцией охватывается практика предвзятого применения и толкования норм не только гражданского законодательства, но и норм других регулятивных отраслей права. Вот реалии сегодняшнего дня, с которыми мне приходится сталкиваться в своей консультационной практике: не только ГК интерпретируется в контексте диспозиций норм уголовного права, но и нормы законодательства об охране окружающей среды и использовании природных ресурсов, в особенности законодательства о недрах, интерпретируются таким образом.

Формулировки норм УК вполне позволяют это сделать, что подтверждается практикой. Регулятивными нормами права, как правило, могут определяться лишь общие модели поведения, без излишней детализации, поэтому они адресуются непосредственным участникам соответствующих правоотношений — специалистам-профессионалам. Это прежде всего предприниматели, природопользователи, инженеры, геологи, но никак не прокуроры и следователи, толкующие такие нормы под лозунгом ложно понимаемого государственного или иного интереса, выдаваемого за интерес государственный. А в итоге очевидно, что процесс искусственной криминализации подпитывает коррупционный интерес, существенно мотивирующий такое правоприменение.

На примере борьбы с коррупцией примечательна казахстанская практика, которая схожа с российской и в чем-то даже опережает нашу, — борьба с коррупцией порождает неожиданный результат. Работниками правоохранительных органов зачастую не принимаются законные меры, как-то смягчающие положение бизнесменов-предпринимателей, даже в рамках предоставленных им полномочий, по причине возможного обвинения их в коррупции.

Очень важно попытаться сообща искать выход из того правового тупика, в котором мы оказались, — джунгли закона и в особенности его уполномоченных «толкователей», как мы убеждаемся, порождают закон джунглей.

А.Г. ФЕДОТОВ: Мы говорили о том, что судебная практика, разъяснения и толкование высших судебных органов иногда играют не только позитивную, но и негативную роль, поскольку искажают действительное содержание закона, содержание права; о том, что практика такого

толкования нарушает конституционный принцип, согласно которому содержание закона и соответственно смысл его толкования должны определяться правами человека, а не какими-то иными интересами; что расширительное толкование должно применяться только в отношении норм, устанавливающих права, и недопустимо для норм, устанавливающих ответственность или обязанности; что забвение этих принципов приводит к тому, что становятся возможны такое толкование и такое правоприменение, которые откровенно нарушают право, например, как в случае постановлений Верховного Суда, которые ставят знак равенства между сделкой и преступлением, между договором и преступлением.

Анализ этих проблем наводит на мысль, что очень часто в них проявляется борьба и даже, может быть, война публичного права с правом частным, когда под лозунгом публичного интереса частное право вытесняется с его собственной территории. Это, к примеру, происходит в тех случаях, когда уголовная юстиция, толкуя вопреки частному праву вопросы сделок, безвозмездности и других институтов гражданского права, искусственно криминализует легальные частноправовые отношения.

Частное право отличается от публичного, наверное, прежде всего тем, что в частном праве содержание и характер субъективного права, определение того, нарушено ли это субъективное право, а также решение о том, обращаться ли за защитой к государству, принадлежат самому субъекту права, а не какой-то внешней силе, велению со стороны, в том числе и со стороны государства. Такое понимание частного права делает понятным, почему искусственная и насильственная подмена частного права правом публичным порождает в сфере уголовного права такие надуманные, алогичные и недопустимые правовые конструкции, как, например, бескорыстное хищение, хищение в пользу третьего лица, хищение без потерпевшего.

У нашей страны имеется длинная и очень непростая история соотношения и борьбы публичного и частного права. Были периоды, когда возможность существования частного права государством отрицалась вовсе. С принятием Гражданского кодекса мы сделали громадный скачок вперед к тому состоянию права, когда частное право является наиболее объемной и важной частью права в его регулятивной составляющей. Однако в последнее время стало невозможно не замечать новое наступление публичного права на частное право. И вопрос здесь состоит не в том, чтобы замечать или не замечать это явление, признавать его существование или делать вид, что его нет, а в том, чтобы попытаться понять: в том, что сегодня имеются факты вполне официального подавления частного права, насильственная замена его правом публичным, нужно видеть

Верховенство права

атавизмы нашего прошлого или мы имеем дело с совершенно новым, самостоятельным витком вытеснения частного права, витком, который определяется и обуславливается уже сегодняшними политическими, экономическими и социальными факторами, и такой вектор развития сознательно и намеренно избран государством. Или это не так?

Пытаясь ответить на эти вопросы, нельзя не видеть, что у процесса вытеснения частного права правом публичным есть и своя внутренняя логика. Подавляя частное право как часть права, публичное право подавляет право вообще. Попирая часть права, ты попираешь право в целом. Поэтому неудивительно, что, начав с вытеснения частного права с его территории, публичное право заканчивает отрицанием права вообще, в том числе самого публичного права. В качестве иллюстрации можно привести постановление Пленума Верховного Суда РФ по делам о мошенничестве. Начав с приравнивания к преступлению сделок и договоров, высший судебный орган неизбежно приходит к тому, что ставит знак равенства между преступлением и судебным решением, указывая, что мошенничество может считаться оконченным с момента вступления в законную силу судебного решения, которым, например, признано право.

Такое толкование является по своей сути антиправовым. Дело в том, что зачастую борьба публичного права за свое преобладание означает отрицание права вообще, в том числе и самого публичного права, превращая его в «разовое», применяющееся выборочно политическое или иное официальное веление, которое, возможно, выгодно и представляет интерес для конкретных лиц, имеющих доступ к механизму публичного права, но с действительно публичными интересами, интересами народа как носителя власти не имеет ничего общего.

В такой ситуации, чтобы остаться в рамках права вообще, возникает необходимость не просто возражать против публично-правовых злоупотреблений, а, как это сформулировал в своей известной речи еще Иеринг, необходимость борьбы за право. Связанные с этим проблемы весьма разнообразны и сложны и требуют серьезного изучения. Единственное, что едва ли вызывает сомнение, это то, что основной фронт такой борьбы проходит в наших судах, в нашей судебной системе.

В.Ф. ЯКОВЛЕВ: Я внимательно прочитал материалы первого круглого стола, скажу откровенно, что на меня это произвело впечатление - остротой, глубиной и некоторой мрачноватостью. Мне кажется, что всегда надо стараться выстраивать свои представления сообразно существующей действительности, это невероятно важно для исследователя. Потому что если он позволяет себе сбиваться от этого ориентира

Диалоги второго круглого стола

в ту или другую сторону, то естественно, что все равно результат будет полезным, но не столь полезным, как если бы ход анализа соответствовал бы реально существующим вещам.

Я хочу очень кратко остановиться на двух моментах. Это, во-первых, механизм обеспечения единства правоприменения, в данном случае — судебного применения в нашей стране. И второе, это некоторые моменты, касающиеся содержательной части толкования правоприменения, о чем сейчас шла речь. То есть надо правильно расставить акценты в судебной практике и в толковании действующего права — действительно, это архиважно.

Так вот, механизмы. Обычно говорят, что наилучшим способом обеспечения единства практики является соединение всех судов в одну единую систему во главе с единым верховным судом, и этот верховный суд и будет тем храмом правосудия, откуда вся судебная система будет получать настрой, там будет звучать камертон, вся судебная система будет на этот камертон настраиваться и правосудие будет работать как часы. Практика, однако, показывает, что, во-первых, таких судебных систем, пожалуй, и не существует, потому что мы наблюдаем известную закономерность: наряду с судами общей юрисдикции существуют специализированные суды. Это действительно закономерность. И очень часто эти специализированные суды представляют собой отдельные судебные системы со своими высшими судами, как в Германии, например, известно пять судебных систем со своими высшими судами.

Я много раз участвовал в дискуссиях председателей высших судов стран Европы, а потом не только стран Европы, относительно того, куда лучше двигаться — к моносудебной системе или напротив. Мнения, как всегда, разделяются. Но я помню выступление одного председателя суда, опытного, мудрого человека. Он сказал, что эти наши дискуссии носят примерно характер приливов и отливов и т.д., и т.д. То есть то нас понесет в одну сторону, то понесет в другую сторону. Почему? Да потому, что в любом из этих вариантов построения судебной системы есть свои плюсы и минусы. Весь вопрос в том, чтобы при любой системе стараться минимизировать минусы и обеспечивать реализацию плюсов.

Но вместе с тем мы видим, что даже там, где есть единая судебная система, тем не менее разнородной в судебной практике существует. По-видимому, это закономерность самого правосудия, потому что рождаются новые отношения, меняются жизнь, закон, право следует за жизнью. Правосудие с жизнью связано наиболее тесным образом. Естественно, появляются новые дела, новые проблемы и т.д., новые

Верховенство права

вопросы. Уже это порождает разнобой. И второе — развитие права: право меняется все время. Например, арбитражные суды; сколько я там лет работал, мы все время работали в такой системе, которая, с одной стороны, работала как судебный конвейер, т.е. рассматривала дела, а с другой — постоянно осваивала новую материю, новые отношения, новое законодательство.

Вообще судебная система любого государства — это результат исторического развития, это индивидуальность определенная. И с этим ничего не поделаешь, и, наверное, это нормально. Надо просто исходить из того, что при любом построении судебной системы все-таки есть общая задача обеспечения единства правоприменения. Почему? Да потому, что если этого единства правоприменения, толкования нет, если решения непредсказуемы, если решения принимаются вкривь и вкось по аналогичным делам, то это не правосудие, это антиправосудие. Потому что правосудие должно выполнить свою задачу — чтобы право было реализовано. А задача права в чем? Во внесении определенности. Если право — средство внесения определенности в человеческие отношения, то правосудие — важнейший инструмент обеспечения внесения этой определенности. Следовательно, право эффективно действует и действительно обеспечивается его верховенство лишь постольку, поскольку судебная система обеспечивает единство правоприменения, когда решения предсказуемы, когда гражданин заранее знает, что при таких-то обстоятельствах он прав, он выигрывает дело, и он его выигрывает, а при таких-то он не прав, и он дело проиграет. Вот так элементарно, хотя, конечно, я все упрощаю, потому что на самом деле все намного сложнее в силу сложности самой жизни, права, правосудия.

Собственно говоря, главным судом в судебной системе является не высший суд, не Верховный Суд, а суд первой инстанции. Почему? Потому что в арбитражной системе, например, 85% дел оседают в первой инстанции и никуда дальше не идут. Какой суд является самым главным? Суд первой инстанции. Надо отлаживать как следует работу суда первой инстанции. А все остальные инстанции — это способы отладки суда, работы первой инстанции. То есть они носят, так сказать, подчиненный характер. Выработка единства правоприменения — это тоже дело коллективное, это не дело одного Верховного Суда или Высшего Арбитражного Суда.

Единство практики, называем ли мы модель разрешения дел прецедентами или говорим просто о единстве судебной практики, я не придаю здесь различиям большого значения, это скорее споры о терминах, потому что везде решаются задачи единства правоприменения независимо

Диалоги второго круглого стола

от того, какой является правовая система, прецедентной или статутной. Тем более что эти две системы исторически сблизились, и сейчас разница между ними невелика. И если вы спросите у немецкого судьи или у немецкого профессора, имеется ли прецедент в немецкой правовой судебной системе, они скажут вам: да, имеется. Я думаю, что и в России можно сказать то же самое. Но дело не в этом, дело не в терминах, а дело в том, что выработка прецедентов или выработка общепризнаваемых моделей разрешения дела — это дело всей судебной системы. Как говорил один из выдающихся российских композиторов, музыку создает народ, а мы, композиторы, ее только аранжируем. Судебную практику создает вся судебная система, а роль высшего суда — ее аранжировать на основе глубокого анализа, знания этой практики, ее изучения, сопоставления и т.д.; он имеет для этого свободное время, в нижестоящих судах для этого свободного времени нет. Приходить, действительно пытаться прийти к выбору, к отбору варианта наиболее близкого к сути права, наиболее мудрого, наиболее признаваемого варианта толкования нормы права.

Отсюда, когда у нас идут споры относительно того, обязательны, не обязательны постановления Пленума для нижестоящих судов, вы знаете, что в Арбитражно-процессуальном кодексе этот вопрос решен так, а в ГПК — иначе. Я не придаю этому принципиального значения, я и не был сторонником того, чтобы в ГПК было записано правило о том, что есть тут какая-то обязательность. Потому что обязательность будет присутствовать всегда, потому что вышестоящий суд будет отменять решение нижестоящего, которое не соответствует выработанной модели, следовательно, обязательность есть. Это с одной стороны. С другой стороны, это не должна быть такая обязательность, когда подается команда, а все остальные стоят по стойке смирно, нет. Потому что прецедент только тогда является прецедентом, когда он подтверждается не авторитетом власти, а своим собственным авторитетом, когда он признается судебским сообществом действительно как самый мудрый. Собственно, этого и надо добиваться как самого мудрого варианта толкования и применения закона. И в этом, по-моему, и состоит задача любого верховного суда, высшего арбитражного суда.

В нашей системе, в арбитражной системе, мне кажется, для этого созданы необходимые условия. Есть четыре инстанции: кассационная инстанция, которая обзорекает практику пяти — семи территорий, она в состоянии обзорекает эту практику и в состоянии обеспечить единство. А задача Высшего Арбитражного Суда состоит в работе с десятью кассационными судами. И через практику кассационных судов он должен пытаться обеспечивать единство судебной практики в системе в целом.

Верховенство права

Надо сказать, что эта задача обеспечения единства высшей судебной инстанцией является вечной. Например, российский Сенат все время критиковали за то, что он не справлялся с двумя задачами, которые противоречили друг другу. Одна задача — Сенат обязан был, как третья высшая судебная инстанция, как кассационная инстанция, устранять все правовые ошибки, допущенные нижестоящими судами. Один суд не в состоянии решить эту задачу. А другая его задача состояла в том, чтобы обеспечивать единство судебной практики. Когда он «ловил блох» и устранял все нарушения закона, ему было не до единства судебной практики. Когда он начинал заниматься единством судебной практики, естественно, он не мог рассматривать огромное количество дел и устранять все допущенные ошибки.

Вот поэтому мы, с учетом неудачности исторического опыта российского Сената, и выстроили свою судебную систему. Кассационные инстанции обязаны устранять все допущенные по делу судебные ошибки. Я имею в виду ошибки в области права. А задача высшей судебной инстанции — обеспечивать единство судебной практики. Но у нас три высших суда: Конституционный Суд, Верховный Суд и Высший Арбитражный Суд. И мы должны обеспечивать единство судебной практики в этих условиях.

Там, где существует несколько высших судебных инстанций, обычно существуют механизмы выработки единых позиций. В Германии это Большой сенат, во Франции это Конфликтный трибунал и т.д. Но так или иначе существуют возможности устранять противоречия в толковании и применении закона на уровне высших судов. У нас есть такой механизм. Мы пытались в первоначальном варианте Конституции заложить такой механизм. Может быть, кто-то помнит, что там была статья о высшем судебном присутствии. Потом эту статью похоронили, из Конституции она исчезла, и таким образом мы оказались без этого инструмента. И тогда нам пришлось на ходу искать способы обеспечения единства, и этим способом оказалось принятие совместных постановлений пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда. Это была инициатива Высшего Арбитражного Суда. Больше того, я могу сказать, что в основном эти проекты готовились первоначально в Высшем Арбитражном Суде, а потом, конечно, становились уже объектом совместной работы. И, как правило, нам удавалось довести до завершения эту работу и принять совместное постановление Пленума. Я помню, что за первые 10 лет Высший Арбитражный Суд принял 50 постановлений Пленума, из них 12 было совместных.

К сожалению, эта практика сейчас прекратилась. Четыре последних года не принимаются совместные постановления, и я думаю, что это плохо. Мне кажется, что эта практика должна быть обязательно восстановлена, и на этот счет, между прочим, есть поручение Президента страны Дмитрия Анатольевича Медведева. И сейчас по нашей инициативе готовится очередное совместное постановление по четвертой части Гражданского кодекса. Потому что по четвертой части Гражданского кодекса такого постановления Пленума еще нет, и в самый раз принять совместное постановление и тем самым возродить эту практику.

Но, кроме того, мы ориентируемся на прецеденты Европейского Суда по правам человека, вот для нас ориентир. Кроме того, мы ориентируемся на судебные прецеденты, создаваемые Конституционным Судом. Мы в их создании не участвуем, мы не всегда бываем на 100% с ними согласны, но мы их принимаем неукоснительно, потому что мы обязаны их принимать. Что прецеденты Европейского Суда, что прецеденты Конституционного Суда, по крайней мере я исхожу из такой позиции.

Мы пытались еще наладить обсуждение наиболее крупных правовых проблем на уровне трех высших судов: Конституционного Суда, Верховного Суда, Высшего Арбитражного Суда. И одно из таких обсуждений даже состоялось, и оно оказалось чрезвычайно интересным и полезным. Но, к сожалению, опять эта практика прекратилась, и сейчас таких совместных обсуждений нет, а очень жаль, что их нет. Там ведь обсуждаются не конкретные дела, а конкретные проблемы, которые сегодня возникли.

Вот мы поставили проблему криминализации гражданского права, это проблема, ее надо обсуждать. Ее надо обсуждать так, чтобы не сидели за столом люди, мнения которых полностью совпадают, а надо, чтобы были оппоненты, чтоб была настоящая дискуссия. Вот тогда будет результат, иначе будет обязательно уклон в одну сторону. Неважно, в какую это будет сторону, правый оппортунизм или левый оппортунизм, но обязательно уклон будет. А уклона не надо, надо, чтобы господствовало право, вот и все. Вот что касается обеспечения единства.

Второе, уже содержательная часть, это то, о чем на нашем круглом столе так горячо идет дискуссия. Это уже не механизмы обеспечения, а скорее содержательная часть. Криминализация и т.д. Я бы начал не с этого. Я бы начал с другого, иначе у наших зарубежных читателей может сложиться неверное представление о российской правовой системе, что нехорошо. Вот я замечаю, что представление наших зарубежных коллег всегда немножко отстает от нашей действительности, ну, это естественно. Мое постоянное общение с зарубежными

Верховенство права

коллегами, например с германскими, позволяет мне утверждать, что эти наши дискуссии, встречи являются чрезвычайно полезными. Мы, например, на последних семинарах с германскими судьями делали следующее: брали одну фабулу, скажем, какой-нибудь гражданско-правовой спор с участием иностранного элемента, и они решали этот спор на основании германского права, мы решали на основе российского права. Потом мы сопоставляли наши решения. Представьте себе, у нас не было ни одного расхождения. Мы принимали одинаковые решения. Другое дело, что мы потом начинали вести дискуссии относительно мотивов, это да. Но решения совпадали. И это действительно чрезвычайно полезно, и здесь мы поближе узнаем друг друга, в том числе о российской правовой системе, о которой на Западе представление несколько не вполне адекватное, не вполне точное. Надо, чтобы оно было более адекватным и более точным. Нам надо вести честные, открытые дискуссии и дискуссии, как вам сказать, такие, чтобы в этих дискуссиях обеспечивалось равновесие подходов.

Так вот, этот вопрос соотношения в нашем законодательстве, в нашей судебной практике публичного и частного права — это вопрос номер один. И я один из первых, кто вообще поднял эту проблему и в устных, и в письменных дискуссиях. Это важнейший вопрос для нас. Почему? Да потому, что мы действительно совершили исторический переход. Точно так же, как в 17-м, 18-м годах был совершен переход от дуалистической правовой системы, соединяющей частное и публичное право, по существу к абсолютному преобладанию публичного права, так сейчас мы совершили исторический переход к нормальной правовой системе, состоящей из частного и публичного права. Мы возродили частное право, оно у нас возрождено прежде всего с помощью Гражданского кодекса.

А когда появилась Конституция (Гражданский кодекс и его разработка немного опережали Конституцию), то это была мощная основа, подспорье для Гражданского кодекса. По существу Гражданский кодекс был написан в соответствии уже потом и с Конституцией. А в Конституции основополагающее положение — это человек, это его права, это его свобода как высшая ценность государства. И существование у государства обязанности охранять и защищать эти ценности.

Таким образом, частное право восстановлено, оно возрождено. И оно есть, оно действует в жизни. Если бы его не было, в России сегодня не было бы кризиса, я утверждаю это совершенно определенно. Наличие кризиса в России говорит о том, что преобладающей формой собственности у нас является частная собственность. Следовательно, преобладающая экономика наша — это экономика частная. Конечно,

это наиболее явное свидетельство, доказательство того, что действительно мы перешли к нормальной системе.

Но надо эту систему продолжать отрабатывать все время. То, что мы сделали на первых парах, — это первый этап. Теперь нужно, очевидно, осуществлять доводку соотношения публичного и частного права. И вот этой доводкой в области гражданского права мы сейчас и занимаемся. Есть указ Президента, который поставил перед нами задачу, и мы сейчас над этим работаем, над совершенствованием гражданского права как частного права.

Но досадно и обидно, что ничего подобного не произошло в области публичного права. В области частного права все-таки были созданы концепции и поэтому появилось законодательство. В области публичного права я не знаком с концепциями развития нашего публичного права. Единственной концепцией можно считать саму Конституцию. А вот настоящая концепция развития административного права, налогового права, уголовного права и т.д., где они, эти концепции? Я с ними не знаком.

Следовательно, у нас публичное право оказалось в этом смысле отстающим, и его надо исправлять. Его надо поправлять, его надо развивать. Но его не надо ослаблять. Почему? Потому что правовая система эффективна лишь постольку, поскольку она состоит из частного и публичного права. Если мы ослабим публичное право, мы нанесем сокрушительный удар по частному праву. Мы нанесем сокрушительный удар по праву частной собственности, по праву рыночного оборота, по правам наших граждан. Потому что только в совокупности эти две части права обеспечивают как раз те задачи, которые поставлены Конституцией, только вместе, только в совокупности.

Но здесь, конечно, чрезвычайно важно, во-первых, грамотно определить сферы применения того и другого, четко их разграничивать, их институты, четко видеть, что это два различных типа регулирования, четко видеть, в чем их различия, и использовать эти типы регулирования по назначению, для адекватных отношений. Здесь нужна большая теория и нужны рекомендации, касающиеся конкретного законодательства на основе этой большой теории.

С другой стороны, деление права на отрасли, на публичное и частное право, — это деление в значительной степени условное. Право представляет собой нечто единое. И только в таком виде, когда оно применяется системно, только тогда достигается конечная цель, которая в целом стоит перед правом. Гражданские отношения, отношения собственности, отношения товарно-денежного оборота не только

Верховенство права

должны регулироваться гражданским правом, но они должны охраняться уголовным правом, обязательно.

Следовательно, весь вопрос в том, какой закон мы имеем в области гражданского права, имеем ли мы обеспечивающие законы в уголовном праве и как они между собой соотносятся, сочетаются. Я думаю, что концептуально это должно выглядеть так. В правовой системе должны присутствовать частное право и публичное право. Какое право имеет приоритет? В советское время, несомненно, был приоритет публичного права. Почему? Потому что Ленин об этом сказал? Не поэтому. А потому, что экономика основывалась на публичной собственности, на государственной собственности. Вот откуда был приоритет публичного права. Теперь, когда мы перешли к нормальным экономическим отношениям, это и повлекло за собой возрождение частного права. Но ведь нам надо подумать теперь о том, в каком соотношении должны находиться между собой публичное право и частное право? Я утверждаю: в соотношении взаимодействия. Но в этом взаимодействии приоритет должен быть за частным правом. Публичное право должно обеспечивать нормальную реализацию частного права. Публичное право носит обеспечивающий характер. Но без него обойтись нельзя, потому что если не будет этого публично-правового обеспечения, тогда частное право превратится в джунгли, где сильный будет съедать слабого, где сделки будут носить в основном противоправный характер, потому что они будут использоваться для захвата чужой собственности всякими средствами. Например, путем подделки документов, что носит чрезвычайно распространенный характер, и путем фиксации собственности, регистрации собственности на основе сфабрикованных документов. Это как будто сделка. Какая это сделка? Это сфабрикованные документы, это публичная регистрация сделки, договора, это право собственности. Какое это право собственности? Это все основано на преступных действиях, вот в чем дело. Следовательно, вот здесь должно быть все отработано более тщательно и с постановкой необходимости отработки взаимодействия и в тексте закона, и особенно в судебной практике, с этой задачей я полностью согласен и думаю, что действительно этим надо заниматься.

Поэтому я в целом согласен с постановками вопроса, этого вопроса, который здесь звучал. Но я не всегда согласен с некоторыми деталями. Я, например, не согласен с тем, что если оспоримая сделка не оспорена, то уголовного дела никак не может быть. Почему не может быть? Она не оспорена, значит, судебного решения нет. Сделка — это элемент частных отношений, это отношения между двумя лицами. А уголовное право — это публичное право. И если сделкой замаскировано преступление

и это преступление является публично-правовым, т.е. просто завладение чужим имуществом, противоправное завладение чужим имуществом, то совершенно ясно, что уголовное дело может быть возбуждено и расследовано. А тогда уже дело стороны в сделке: воспользоваться этим, оспорить сделку, или не воспользоваться, это ее выбор. Потому что она заинтересована, скажем, в двусторонней реституции или не заинтересована. Или в применении какого-то другого последствия. Поэтому даже если имеется судебное решение о действительности сделки, уголовное дело может быть возбуждено и может быть расследовано. Другое дело, что в этом случае в рамках уголовного дела должно быть доказано, что совершено преступление. А если совершено преступление, это будет, очевидно, являться основанием для пересмотра гражданского дела. Если не будет доказано, стало быть, нет основания для пересмотра гражданского дела.

Вот сейчас Конституционный Суд вынес постановление в отношении одного гражданско-правового института, в отношении признания недееспособности. Мне казалась (я преподавал много лет гражданское право), прекрасный институт. Дело в том, что у нас, к сожалению, во время преобразований в нашу экономику произошло очень сильное вторжение криминального элемента. Вот это рейдерство, вот эти фиктивные банкротства, разорение и захват чужих предприятий — это же все криминал. Откуда, почему криминал проник так широко в нашу экономику? По двум причинам. Во-первых, потому что преобразования были произведены молниеносно, в отсутствие правовой базы. Потом уж мы правовую базу начали нарабатывать, для рыночной экономики, для частной собственности и т.д. Частная собственность уже вовсю функционировала, существовала, а мы только работали над первой частью Гражданского кодекса. Так что произошло отставание правовой базы от развития реальных отношений. Это первое обстоятельство. Второе обстоятельство: в это же время государство было разрушено, ослаблено. Вот эти две причины привели к тому, что экономика оказалась под весьма сильным воздействием криминала. И конечно, в значительной степени мы уже от этого избавились, слава богу. Но далеко не в полной мере. То есть задача эта у нас еще стоит. Но страшно даже не это, на мой взгляд, а то, что этот криминал наступал по тем же самым причинам: государства по существу не было, а в это время происходили крупные экономические преобразования, т.е. делилась собственность. А кто делил? Чиновники. И вот участие, с одной стороны, криминальных элементов в этом процессе, а с другой — чиновников привело к тому, что появился такой криминальный тандем. Именно в это время появилась коррупция. Взятки были

Верховенство права

и раньше, но коррупция как массовое явление появилась в это время, расцвела бурным цветом. И сейчас, я думаю, для нашей экономики, для стабильности экономических отношений, для защиты права собственности, для защиты товарно-денежного оборота, для защиты прав и интересов в экономической сфере чрезвычайно важно решить эти две задачи, касающиеся коррупции и криминала. Борьба с этими явлениями должна быть усилена, на мой взгляд, усилена, а не ослаблена, вот тогда гражданский оборот постепенно станет более защищенным. А иначе у нас эти беззащитные старики, имеющие квартиры, будут признаваться недееспособными или их будут просто убивать. Ведь это же действительность, это явление? Да, это действительность, это явление. И иначе как уголовно-правовыми мерами подавить и то, и другое — я имею в виду и коррупцию, и криминал — невозможно.

Поэтому мне кажется, что действительно нам надо сейчас перейти на второй этап совершенствования нашей правовой системы — совершенствовать частное право, усиливать его воздействие на отношения, глубже развивать его принципы, внедрять его в жизнь, внедрить, в частности, такой принцип гражданских отношений, как добросовестность субъектов. А с другой стороны, может быть, действительно, создать, наконец, концепции публичного права в условиях рыночной экономики, у нас таких концепций нет, и коренным образом усовершенствовать все наше публичное право: и административное, и финансовое, и уголовное и, может быть, процедуры тоже вслед за этим.

А.К. ГОЛИЧЕНКОВ: И два вопроса, связанных с утверждениями нашего уважаемого ведущего и Вениамина Федоровича Яковлева. Первое утверждение: что у нас существует борьба между частным и публичным правом, в которой публичное право вытесняет частное. В связи с этим первый вопрос: как вы отнесетесь к моему утверждению, что в ряде областей все наоборот? Идет экспансия частного права, прямая, причем открытая, сознательная, в результате которой пытаются поставить в диспозитивное поле регулирования те отношения, которые в этом поле никак регулируемы быть не могут, например трудовые отношения (найма работников), экологические отношения, в том числе и природоресурсные отношения, где публичный характер очень велик. И второй вопрос: как вы относитесь к такому утверждению (моему в данном случае), что определение приоритета по историческим этапам частного права перед публичным или публичного перед частным — это тупиковый путь, потому что приоритета здесь быть не может и не должно? То есть это некое качание маятника,

аналогично которому Россия развивается, — сначала до отказа влево, потом до отказа вправо, сначала приоритет публичного над частным, потом наоборот. Определение такого приоритета на современном этапе и его реализация привели к очень негативным последствиям в регулировании ряда отношений, в частности, связанных с использованием природных ресурсов, в частности с принятием ряда кодексов — Лесного, Водного, где вообще об охране объектов нет ни слова, там исчезло понятие природы, исчезли леса как таковые, осталась совокупность их участков — земельных участков, лесных участков. Спасибо.

В.Ф. ЯКОВЛЕВ: Я абсолютно согласен с тем, что экспансия имеет место и с той, и с другой стороны, и именно потому, что, очевидно, наша правовая наука, наша доктрина очень сильно отстала от того, что произошло в нашей стране за последние 20 лет. Мы все еще обсуждаем старые проблемы, мы все еще высасываем проблемы из пальца, между тем жизнь создала такие крупные реальные проблемы, над которыми надо действительно, засучив рукава, работать. И вот, в частности, это, конечно, ключевой вопрос, соотношение публичного и частного права. Я немножко вначале говорил о том, что требуется разграничение сфер, предметов применения и того, и другого, это во-первых. Во-вторых, различия между тем и другим. И в-третьих, что, на мой взгляд, наиболее актуально, — это взаимодействие. Так вот, все это в науке не отработано или отработано очень слабо, все это происходит стихийно, все это происходит иногда просто в силу бьющих через край экономических интересов — надо чего-то добиться, бросаются огромные деньги для решения этой задачи, принимаются соответствующие законодательные акты. Я с вами полностью согласен в том, что природу мы, так сказать, бросили на растерзание. Вот здесь как раз, когда речь идет о природных ресурсах, соотношение частного и публичного должно быть тщательно выверено, потому что здесь должно присутствовать и то, и другое в соответствующем взаимодействии, соотношении, тщательно выверенном, с тем чтобы в конечном счете и частный интерес не страдал, но и публичный тоже, т.е. наше общество не теряло природные ценности столь бездумно вследствие действительно совершенно хищнического отношения и прямого уничтожения колоссальных природных богатств.

-Что касается приоритетов, то на этом я все-таки стал бы настаивать, я считаю, что в нормальной правовой системе... ведь что такое публичное право? Это право, регулирующее отношения, в которых участвует государство, правильно? Что такое частное право? Это право, которое регулирует отношения между лицами, ни одно из которых не является

государством, а если оно и является государством, оно выступает в качестве частного лица, т.е. подчиняется частному праву, — вот, собственно говоря, различие, так ведь? Так что для чего: гражданин для государства или государство для гражданина? В советское время — гражданин для государства, будем говорить откровенно, хотя лозунги выдвигались иные, но фактически это было так, теперь все-таки мы исходим из того, что государство для гражданина, и наша Конституция об этом говорит, государство обязано обеспечивать соблюдение прав и свобод человека, это его обязанность. Следовательно, оно должно выступать именно в этом качестве, оно должно защищать природные ресурсы тоже в этом качестве. Для кого? Для гражданина. Причем я думаю, что нам нужно пересмотреть само понятие публичного интереса. У нас в советское время понятие публичного интереса было заменено понятием государственного интереса. Надо отказаться от этого, потому что публичный интерес — это интерес не одного гражданина, а интерес всех граждан страны, вот что такое публичный интерес. А частный интерес — это интерес конкретного гражданина, вот в этом разница между публичным и частным правом. Так государство, когда оно выступает как носитель публичных интересов, должно утверждать не свои интересы, а интересы общества, интересы совокупности граждан. Вот тогда публичное право будет построено не в пользу чиновника, а в пользу общества. И здесь стесняться не надо: публичное право должно быть сильным, и оно должно защищать публичные интересы, должно быть эффективным уголовное право, оно не должно отступать перед частным интересом, когда этот интерес злоупотребляет правом, так ведь? Вот и все. Поэтому приоритет частного права должен быть, но я думаю, что он должен быть в таком понимании, которое соответствует нашей Конституции. Я вообще думаю, что Конституция у нас очень хорошая, и если неюристы считают, что это просто какой-то документ, написали что-то, то мы-то, юристы, должны ценить каждое слово Конституции, потому что она действительно хороша. Весь вопрос в том, насколько мы ее реализуем в нашей правовой системе, в судебной практике и в реальной жизни.

Что касается ст. 90 УПК¹, она сформулирована, на мой взгляд, не очень удачно. Конечно, у нас есть более удачные формулировки относительно преюдиции в Гражданском процессуальном кодексе и в Арбитражном процессуальном кодексе. Я думаю, что здесь преюдиция есть, она должна быть, но я еще раз говорю о том, что если

¹ Проблемы преюдиции, связанные со ст. 90 УПК, изложены в книге в том виде, в каком они имели место до принятия Федерального закона от 29 декабря 2009 г. № 383-ФЗ, которым ст. 90 УПК была изложена в новой редакции. - *Примеч. ред.*

Диалоги второго круглого стола

в уголовном деле установлено, что права собственности не существует, что на самом деле титулом права собственности прикрылся вор, то должно быть пересмотрено гражданское дело, которое констатировало, что данный субъект является собственником. Потому что иначе у нас воры будут собственниками, вот в чем дело. Следовательно, здесь должна быть преюдиция и в ту, и в другую сторону, весь вопрос в том, что фактически установлено и какое установление не соответствует действительности. Значит, судебные решения должны быть приведены к одному знаменателю, т.е. к тем обстоятельствам, которые существуют реально, и должна быть дана надлежащая правовая оценка. Если это правомерное приобретение права собственности, значит, перед нами отношения собственности. А если это кража или мошенничество, замаскированные потом поддельными документами, регистрацией, это видимость сделки, тут сделки нет, ее надо опрокинуть. Поэтому мне кажется, что преюдиция должна быть, так сказать, взаимной. Она должна в конечном счете приводить к тому, чтобы судебные акты между собой совпадали, но на основе фактов реальной действительности, а не мнимых фактов, якобы установленных судом.

А. Г. ФЕДОТОВ: У меня вопрос такой. Мы ступили на какую-то новую почву, которой не было, и, в частности, мы реально пошли в направлении независимости суда и независимых судей, но вдруг в определенный момент к нам эта проблема повернулась совершенно другой стороной — судебным произволом. Причем такие решения не единичны. Как мы к этому пришли и что с этим можно делать? Очень часто судебные решения и в смысле права, и в смысле факта совершенно безответственные. И я могу сказать, что эти случаи не стремятся к нулю, потому что механизм ответственности судей у нас выглядит так, как выглядит.

В. Ф. ЯКОВЛЕВ: Я отвечу по поводу судебной произвола. Это явление, которое должно решительно пресекаться, конечно. Вот мы столкнулись в системе арбитражных судов с тем, что когда корпоративные споры были полностью переданы из судов общей юрисдикции, уже нарабатанная практика безобразий по корпоративным спорам была переброшена в арбитражные суды. В арбитражных судах сложнее было безобразничать, конечно, все-таки потому, что там любой районный суд почему-то принимал корпоративный спор к своему рассмотрению вообще в нарушение вопросов подведомственности и хитроумные представители сторон тоже изобретали разные способы, так сказать, таскать дела по судам - из Москвы на Дальний Восток, а потом оттуда

Верховенство права

приходит решение, неизвестно почему там вынесенное, и т.д. Когда эти дела попали к нам, мы, конечно, насторожились. В это время у нас появились меры оперативного обеспечения исков — еще до возбуждения дела можно было подать заявление, и началась свистопляска с этими обеспечительными мерами, они начали применяться безосновательно. Мы сразу же на это среагировали. Это был произвол, среагировали путем привлечения соответствующих судей к ответственности. Мне кажется, что в таких случаях не надо стесняться. Если судебный документ — абсолютное безобразие, человек не мог не знать этих правил, и он в нарушение этих правил, тем не менее игнорируя их, выносит решение, которое с правосудием не имеет ничего общего, конечно, мы должны на это реагировать как-то. Я не говорю сразу прекращать полномочия судьи, но реагировать надо обязательно. А может быть, надо и прекратить полномочия судьи.

В.М. ЖУЙКОВ: Я бы назвал более общую причину судебного произвола. Причина в том, что в начале 90-х годов появилась возможность урвать то, что еще товарищ Троцкий называл «бифштексом», появились огромные объекты частной собственности. Раньше этого не было. Начиная от маленького, решения о чем принимали суды общей юрисдикции, например о квартирах, раньше же не было квартир в частной собственности. Как только они стали частной собственностью, они стали объектом преступных намерений, потому что можно захватить, продать и нажиться. И то же самое и в сфере арбитражных судов, где, конечно, объекты собственности неизмеримо больше. И коль скоро появились возможности незаконно обогатиться, появился и рост преступности в этой сфере. И стала вовлекаться сюда и власть, в том числе судебная, и стали вовлекаться сюда деньги. Так вот, все же, по моим наблюдениям, я касательно судов общей юрисдикции скажу: я считаю, что здесь уже превалирует власть, а не деньги. Хотя это, может быть, с точки зрения судов как-то честнее, они не обогащаются, я могу с большой долей вероятности утверждать — это в очень большой степени вмешательство власти. Атак, вообще, «меч и золото», да, в основном. Но я еще раз говорю, я знаю много прекраснейших решений и судов общей юрисдикции, и арбитражных судов, прекрасных, замечательных постановлений пленумов, и поэтому я как оптимист хотел бы закончить: при всех этих безобразиях они и устраняются все же.

А.В. РОЗЕНЦВАЙГ: Поскольку уже дважды прозвучали достаточно оптимистические выступления, я теперь все-таки хочу качнуть

маятник немножко в другую сторону. Вообще проблема судейского произвола меня как практикующего адвоката тоже очень затрагивает и интересует. Я об этом много размышлял, и мне кажется, что она приобрела совершенно иное качество. Это ведь не какие-то фрагментарные моменты, когда какой-то отдельно взятый судья, имея те или иные не основанные на праве и законе мотивы, выносит незаконное и несправедливое судебное постановление. Это система. Это или уже не правосудие, или еще не правосудие.

Как правило, юристу лучше рассуждать о тех делах, с которыми он знаком непосредственно. Но думаю, что я имею достаточное представление о происходящем не только в Казахстане, откуда я приехал, но и в России.

Мы сталкиваемся с тем, что очень и очень часто в суде просто невозможно добиться законного решения. Я, естественно, не обладаю знанием о 100% судебных решений, но, поскольку я уже третий десяток лет являюсь практикующим адвокатом, выборка у меня достаточно репрезентативная. За все время своей работы могу назвать лишь единицы должным образом отписанных судебных постановлений и по гражданским, и по уголовным делам. Не исключено, что мне просто хронически не везет.

Смотрите, что происходит. Если здоровая система способна самовосстанавливаться, она избавляется от элементов нездоровых и самоочищается, то судебная система избавляется в первую очередь от добросовестных, честных, принципиальных, профессиональных и порядочных. Вы зря смеетесь, вы же видите, кто здесь сидит с приставками «экс», а они могли бы еще очень долго работать, подтверждая факты единичности каких-то плохих ситуаций в этой системе. Проблема — в человеческом факторе. А судьи кто? И вот на этот вопрос у меня ответа нет. Надеюсь, что он будет найден общими усилиями.

В.Ф. ЯКОВЛЕВ: Решительно не согласен с такой оценкой, решительно не согласен. Я о Казахстане ничего не могу сказать, я там не живу, не знаю людей, не работал, не работаю и т.д., но надеюсь, что и там есть уважаемые коллеги, настоящие юристы, судьи, верю в это. И вообще, я думаю, что тогда надо просто идти туда работать тем, кто считает, что там надо все изменить, считает, что туда должны прийти по-настоящему честные, подготовленные люди, значит, они должны идти туда работать. А как иначе? Но я многих людей, работающих в системе арбитражных судов, знаю лично. Да, некоторые из них ушли в отставку, я сожалею, что они ушли в отставку, но возраст, здоровье

и пр. — все это является причинами. Там немало людей, которым я верю больше, чем самому себе, огромное количество. И если бы судьи наши, скажем, на съезде услышали бы Ваше выступление, они бы решили, что человек позволяет себе делать слишком обобщающие, слишком широкие выводы по существу обидного характера для огромного количества судей, которые работают действительно честно, и я думаю, что это подавляющее большинство. И думаю, что в большинстве случаев они выносят решения в соответствии с законом. Да, наша судебная система работает в менее комфортных условиях, в более трудных условиях, чем судебные системы Запада, это совершенно очевидно, потому что там судебные системы находятся под хорошей защитой государства, нельзя на суд давить, это уголовно наказуемое деяние. Я, например, на своем рабочем столе как Председатель Высшего Арбитражного Суда держал Уголовный кодекс, и, когда мне кто-то звонил, я слушал, а потом говорил: «Вы знаете, чем мы сейчас с вами занимаемся, по крайней мере один из нас?», и я читал соответствующую статью Уголовного кодекса — «попытка неправомерного воздействия на правосудие с целью добиться вынесения какого-то неправомерного решения». Все, на этом разговор заканчивался. Даже если звонили какие-то лица очень высокопоставленные, то я говорил: «Вы же понимаете, что я юрист? Да, хорошо, вы говорите «повнимательнее посмотреть дело», посмотрим повнимательнее, но мы его решим все равно по закону». И никто никогда не говорил мне, что «мы вас уберем, мы вас убьем, мы вас подкупим» или еще что-то сделаем, нет. Борис Николаевич Ельцин, уже будучи в отставке, однажды мне позвонил (я еще был Председателем Высшего Арбитражного Суда) и сказал: «...тут вот я в Кисловодске нахожусь на отдыхе, ко мне пришла администрация этого города, считает, что их арбитражный суд их обижает, не могли бы Вы их жалобу посмотреть?» и т.п., и т.д. Потом он остановился и сказал: «А Вы можете подтвердить, что за все время, пока я был Президентом, я Вам ни разу ни по одному делу не позвонил?» Я говорю: «Я не только могу это подтвердить, я об этом постоянно говорю в своих публичных выступлениях, на пресс-конференциях. Ни разу». Он говорит: «А как гражданин я к Вам могу обратиться?» «Как гражданин, конечно, можете обратиться». Так что я не знаю, много здесь таких вот вещей, преувеличений, много неоправданных обвинений в адрес судей, к сожалению. При этом я не исключаю всего того, о чем вы говорите. Так сказать, как факт, есть слабые судьи, есть нечестные судьи, есть судьи, от которых надо избавляться, и т.д., все это есть. Ну, так вот над этим нам и надо, наверное, работать. А если мы скажем, что «судебной системы у нас нет», — ну, тогда

и работать не надо, ну нет и нет, подумаешь, беда какая. Кому нужна судебная система такая? Лучше, чтобы ее вовсе не было.

И.А. НОВИКОВ: Вообще дискуссия, конечно, очень интересная, но я хотел бы высказаться в защиту Александра Розенцвайга, потому что мне кажется, что он пытался эмоционально поднять, скорее всего, другой аспект проблемы, и это, может быть, вопрос, скажем, самостоятельности судебной власти в структуре государственной системы и предпосылок, которые делают эту власть чрезмерно зависимой.

В.Ф. ЯКОВЛЕВ: Вот это другой вопрос. Я сказал, что я завидую нашим западным коллегам, они работают в более комфортных условиях, почему? Потому что на нашего судью давят. Криминал давит? Да, подавливает. Средства массовой информации за деньги давят? Еще как, по конкретным делам, и не только газеты, но и телевидение. Власти подавливают? Подавливают. И значит, судья действительно должен быть очень устойчивым психологически к всякого рода давлению. Но работать судьей в нашей стране - дело неблагодарное и трудное. Поэтому я вас приглашаю, идите работать судьями, внесите и вы лепту в это чрезвычайно сложное и ответственное дело. Потому что судья нуждается в доверии, и судья нуждается в высоком статусе. А у нас этот статус ни во что не ставится в том числе и нашими коллегами по профессии, к сожалению. Вот это мне не нравится. Точно так же, как мне не нравятся огульные обвинения наших адвокатов, это мне тоже не нравится. Следовательно, мы должны представлять собой какой-то все-таки корпоративный цех, какое-то корпоративное сообщество, я имею в виду лучших представителей нашей профессии, способных понять, что такое правосудие, как сделать так, чтобы оно было настоящим, подлинным. И следовательно, действительно, может быть, надо бить не столько по этим несчастным судьям, которые задавлены объемами работы и ответственностью, а больше бить по тем факторам, которые их делают такими несчастными. А факторы - да, тут я совершенно согласен, в самом деле, давно бы уже надо подключаться юридической общественности, чтобы нам выстраивать какую-то коллективную оборону, забыв о том, что мы по разные стороны барьера в суде. Это не имеет значения: мы все равно заняты одним делом, утверждением права, обеспечением верховенства права, и нам надо быть в этом отношении союзниками. И если судьям тяжело, то им надо помогать, а вы видите, в чем им тяжело и как тяжело, со стороны вам еще виднее, наверное.

Т.Г. МОРШАКОВА: Я думаю, что самым правильным подходом к решению вопросов, связанных с судом, что есть эта институция, должен быть такой же подход, как во всех других областях. Ничто не произойдет за счет индивидуальных достижений тех или других персоналий, судьи это, адвокаты, прокуроры или еще кто-то, также работающий в юридической профессии, если, как говорят экономисты, не отстроить институты.

На самом деле отстроить институты в области права — это даже более важно, я бы сказала, чем институты в других областях, допустим, в сфере экономики. Потому что правовые институты — это то, что должно обеспечивать все остальное. Или мы их имеем, или мы не имеем всего остального. Именно к такому мнению в последнее время приходят у нас, собственно, все, кто связан с предпринимательским интересом. Это уже известная цитата, я не знаю, кто ее впервые изрек от имени предпринимательского сословия: «Дайте нам правосудие, в подлинном смысле этого слова независимый суд, все остальное мы сделаем сами». Так говорят представители бизнеса. И я даже полагаю, что это именно то самое единственно необходимое условие, которое должно обеспечиваться, и обеспечиваться оно должно государством просто в силу тех обязанностей, которые государство на себя взяло, и в силу тех побуждений к самоограничению, которые власть закрепила в Конституции, в основном законе страны.

Конституционализм, как известно, связан именно с этой задачей, которую ставит перед собой власть, на которую она соглашается добровольно, иначе она не будет в таком виде существовать. Конституционализм всегда связан с задачей самоограничения власти. Но самоограничение власти в конституционной модели прежде всего обеспечивается судом, правосудием. А почему это самоограничение? Потому что власть на это соглашается как на кондицию *sine qua non* — «без этого не будет ничего». И поэтому, конечно, создание институтов судебной власти — задача не самих судей и даже не юридического сообщества, хотя роль юридического сообщества мы должны всячески наращивать, не уменьшать, не преуменьшать ее, а это задача государства. Государство взяло на себя обязанность обеспечить правосудием все права, которые признаются согласно современной демократической Конституции России. Эти ее качества отрицать уже давно никто, по-моему, не станет из юристов, хотя общество продолжает настаивать, очевидно, правомерно на том, что Конституция — это только бумага и буквы на ней, в то время как реально она не существует, не действует. Но в ответ на этот аргумент я всегда выдвигаю другой. Представьте себе жизнь без этой

бумаги и без этих букв. К чему все мы могли бы тогда апеллировать? Просто ни к чему. И исходя из этой программы, которая заложена в Конституции, обеспечение независимого суда — как раз задача власти.

Почему я с этого начала? Я не думаю, что правомерны упреки в адрес отдельных судей, что они плохие, не делают правосудие таким, как нужно. Я не думаю, что правомерны высокие оценки персоналий судей, сколько бы они ни были объективны. В том смысле, что они неправомерны, как фактор, определяющий, что есть правосудие и что есть суд. Никакой героизм в этой области высокодостойных личностей, которых в правосудии очень много, не решает проблемы. И в этом как раз и состоит главная задача.

Есть такой американский ученый Том Карозерс, может быть, я неправильно транскрибирую фамилию, который, мне кажется, указал на главное для всех народов и стран, которые совершают трансформацию от чего-то неправового к правовому государству. Он сказал, что никакие усилия в этой области не могут быть эффективными без учета одного главного фактора: главную опасность для общества в парадигме правовых преобразований представляет собственная властная элита, которую невозможно заставить подчиняться ни закону, ни праву. Я думаю, что это стопроцентно верный диагноз, и в этом смысле государство само должно признать необходимость независимой судебной власти и оно должно признать, что оно будет подчиняться всем ее решениям. И оно должно признать недопустимым любое воздействие на судебную власть, не обязательно в такую сторону, которая должна обеспечить принятие незаконного решения, но даже в сторону такую, которая должна обеспечить принятие законного решения. Потому что даже когда власть «хорошо себя ведет», употребим это выражение из детской психологии, она позволяет себе иногда сказать судам: здесь решите правильно. И это само по себе есть настолько отклонение от нормы правосудия, что можно признать, что оно этим зачеркивается, несмотря на то что в этом конкретном случае решение будет замечательным.

Я для того все это говорю, чтобы прийти к простому выводу: власть не создала условий для независимого правосудия у нас. В чем она не создала этих условий? У нас есть очень хорошие нормы Конституции, которые закрепили все элементы необходимого независимого статуса суда и судей, но которые в действительности не превратили эти элементы в реальный, действующий статус уже не по вине Конституции.

Мне понравилось высказывание, что не так глуп законодатель, как мы думаем. Мы часто говорим о законодателе, что он непрофессионален, что принимает именно в силу непрофессионализма, в силу иногда

спешки или занятости собственными делами плохие законы, которые потом мешают нам жить. Не так он плох. Все мины, которые в закон заложены, во многом заложены сознательно. Если говорить о гарантиях судейского статуса, то эти мины в законе, присутствуют не случайно. Руки нарочно хотели развязать. Для чего? Для того, чтобы тот, кто не сумеет вписаться (здесь я употребляю слова «единая судебная система», которой мы так уже долго занимаемся) в эту единую судебную систему, мог быть убран. У Станислава Леца — я очень люблю этого польского писателя — есть замечательное выражение: «Послушайте это бурчание, — говорит он. — Это хор согласных после того, как были элиминированы все гласные». Это именно то, что позволяет делать с нашей судебной системой законодатель.

Нельзя допустить, чтобы содержание закона появлялось без тяжелейшей профессиональной работы по принятию закона. Другое дело, как мы это через свои публичные институты можем осуществлять. И второе — это власть судебная, которая эти законы применяет. Только два рычага, других рычагов я не вижу никаких, хотя это может быть все либо поддержано обществом и тогда может иметь шансы на успех, либо может отвергаться обществом и тогда не будет иметь шансы на успех.

Именно поэтому я хотела возразить нашему модератору, когда он сказал о судейском произволе. Он есть, я не потому возражаю, чтобы сказать, что его нет. Он есть, но надо разбираться в корнях этого самого произвола. Я видела много процессов, проведенных судьями, в которых они наслаждались своим профессиональным мастерством и тем, как они могут воплотить его в конкретном судебном решении, когда никто не мешал. Поэтому когда мы говорим о произволе судей, нужно посмотреть, в чем его причины. И дело ведь не только в конкретном заказе на какое-то судебное решение, вовсе нет. И дело не просто в том, что на суд могут давить не только по линии публичной власти, что обычно мы не называем криминалитетом, хотя это по сути криминалитет. Что мы с большим трудом называем коррупцией, хотя это и есть основная коррупция, когда давят власти. Но суд на самом деле действует так, как он действует потому, что существующая система законов и реальных институтов, определяющая статус судебной власти и статус конкретных судей, именно эта система меняет цели правосудия. Правосудие лишается своих подлинных целей, а подлинная цель — защитить права. У правосудия нет другой цели. Но если перед каждым из судей пусть раз в год, хотя это, наверное, редко, я думаю, это случается чаще, может быть поставлена цель принять определенное решение, то это не может не менять его цели во всех других делах. Потому что судья понимает, что

в необходимых случаях он должен принять это решение, хотя оно не правовое. И тогда значение, которое имеет цель защиты правового идеала, а эта цель должна стоять перед судом, исчезает из поля зрения суда. И если он решается служить, ему все время нужно делать выбор: или служить, или бросаться, стремясь грудью закрыть амбразуру. Надолго его не может хватить. Да, на первой же амбразуре погибает такой герой.

Судьи не должны быть героями, не надо расписывать их героических качеств и принципиальности. Не надо говорить, какие они святые и замечательные, потому что это не решает проблему. Существует система подготовки судебных кадров, подбора судебных кадров, что еще хуже, чем подготовка. И существует система выбраковки судебных кадров, что еще страшнее и первого, и второго. Нельзя пенять, почему я говорю сейчас об этом с болью, нельзя пенять на правосознание судей. В каком-то смысле это несчастные люди: их правосознание формируется той системой, в которой они работают. А формируется оно очень простым способом. Судью на три года назначили первый раз на судебскую должность и ждут, хотя уже сто раз говорено было, что не согласуется в таком виде, как у нас существует, трехлетнее назначение с конституционным принципом несменяемости судей. Но это продолжает действовать. Я должна окружающим сообщить такую интересную вещь: когда-то Конституционный Суд по этому поводу давал свои разъяснения и сказал, что возможно на три года назначить, если только это будет рассматриваться как испытательный срок, по истечении которого судье будут предъявлены определенные факты, подтверждающие его непригодность к судебской профессии. И эти факты, задокументированные, он сможет оспорить, если он с ними не согласен, считает их неправильными, в судебном же порядке. Но все, что так хорошо истолковал Конституционный Суд, на практике не воплотилось, не имело никакой реализации. И сейчас мы в Конституционном Суде имеем замечательную жалобу на трехлетний срок, который препятствует человеку занять потом судебскую должность без того, чтобы ему объяснили причину, потому что в документе, который судья получает по истечении трех лет (это не юристы вообще, наверное, не знают, когда требуют судью к ответу за каждое дело), в этом документе не написано ничего, кроме того, что полномочия судьи прекращаются в связи с истечением трехлетнего срока, на который он был назначен, и что такое решение принято квалификационной коллегией судей. Это у нас такой орган судейского сообщества, решающий большинством голосов. Все. Какие мотивы, какой спор?

Три года судью, как у нас любит говорить судья Конституционного Суда Гадис Абдуллаевич Гаджиев, подвергают «рихтовке». Он учится

быть таким, как надо, подходить по всем параметрам. Ноги длинные, значит, ноги надо подгибать. Голова мешает, значит, голову надо наклонять. Это происходит, ни что другое. И за это время он учится ценности послушания. Он знает, что значит быть послушным и нравиться председателю. Это значит, ты будешь вовремя представлен на получение следующего квалификационного класса, квалификационный класс для судьи — это важно, это его карьера. Судья делает карьеру, сидя на месте, у него нет другого профессионального лифта, он наращивает классы. В течение этого времени он будет пользоваться благосклонностью председателя суда или, наоборот, неблагосклонностью. А в зависимости от воли председателя он будет получать на рассмотрение такие дела или другие, что существенно может отяготить его профессиональную деятельность. Он, наконец, попадет в те, кому можно доверять. А если ему можно доверять, то председатель суда особенно какое-нибудь острое дело даст ему, потому что он будет знать, что от этого судьи нельзя ждать чрезмерной самостоятельности и он умеет слушать даже не сказанное, а то только, на что намекали. И в судье уже живет собственный цензор, который заставляет его примеряться к стандартам практики.

Вы знаете, мне здесь хочется напомнить одну мысль, которую высказал виднейший российский юрист дореволюционный (не знаю, как он к ней пришел, мне кажется, она так необычайна для дореволюционных российских юристов!) Шершеневич. Он сказал: «Это ужасно в правосудии, если судья ориентируется на кассационную инстанцию, на ее позиции, если он заранее выбирает из этих позиций, как он должен конкретное дело разрешить, потому что это уничтожает одну из сутей правосудия». И это, по-моему, очень важно. У меня противоречивое отношение к нашей работе над темой о единстве судебной практики, я и в прошлый раз это говорила. Я за то, чтобы мы более склонялись и в названии работы все-таки к другой формулировке, может быть, все же нужно говорить о верховенстве права. Сейчас пока речь только о терминах, но само понятие единства судебной практики — это вещь, которая может быть очень калечащей, понимаете, как у Кафки в его рассказе об исправительно-трудовой колонии, где была машина, которая поклечила даже ее изобретателя, когда он решил ее на себе попробовать.

Единство практики на самом деле — это очень легкий путь решения проблем, устранения противоречий в судебной практике, если оно насаждается сверху. И оно всегда насаждается сверху, хотя бы потому, что суды вышестоящие призваны своей функцией к тому, чтобы какие-то отклонения от того, что есть правильная, и законная, и справедливая процедура и правильное, и законное, и справедливое разрешение дела

по существу, устранять по каждому конкретному делу, так или иначе формируется единство в практике. Но когда мы выбираем такие директивные способы формирования единства, то даже закон здесь может оказаться слишком, в отрицательном смысле, сильным формирующим моментом. Потому что если закон плох и вся практика будет плоха, то ничего хорошего в этом единстве практики не будет. Поэтому нужно все-таки начинать с закона.

А вторая составляющая, о которой я тоже стала говорить, — это статус судьи. Он ведь не заканчивается формированием положения судьи как несменяемого. Он получил назначение на должность, а дальше все в его жизни зависит, мы говорим, в какой-то степени от органов судейского сообщества, но на самом деле от тех, кто является инициатором включения механизма действия органов судейского сообщества. А это руководители судов, это судейская бюрократия. Я знаю, Виктор Мартенианович, наверное, меня поругает за эту формулировку, но что делать. Она существует, судейская бюрократия. Да, она усилилась. И сначала, еще до того, как мы дойдем до возможности политической власти влиять на суд, мы должны проанализировать вот этот фактор возможного влияния на суд со стороны судейской бюрократии. Мотивы ее могут быть различными, вот в чем дело. Иногда это просто ложно понятые интересы правосудия, единства практики и т.д. Иногда это и просто свои личные интересы, потому что как руководитель суда обретает свою должность? Он обретает ее на шесть лет, а потом он может быть переназначен. А переназначает его кто? Президент, глава государства. А если за эти шесть лет руководитель суда как-нибудь не так себя вел, где-то принял решение, не очень понравившееся руководителям государства, от которых зависит его назначение на следующие шесть лет? Он не получит этого назначения, это ясно. И тогда этот руководитель становится ретранслятором любой воли для судьи, любой. Потому что он заинтересован в том, чтобы руководство, которое он осуществляет судебной системой и конкретным судом, т.е. эта его деятельность, оценивалось положительно. От всего этого нужно защищать. Механизмы в руках председателей судов очень суровые, лишение статуса у нас происходит с легкостью. Судейского статуса.

Но мы, когда об этом говорим, мы все время говорим, что там есть такой совершенно явный, созданный законом механизм произвольного правоприменения. Так вот, механизм произвольного правоприменения как нигде проявляет себя в области судейского статуса. У нас, например, установлены, чего почти нигде нет за границей, очень жесткие сроки рассмотрения гражданских дел. Даже на последнем съезде судей говорили, что сроки нереальные. Сроки установлены специально

Верховенство права

нереальные, потому что это способ в любой ситуации найти управу на судью. Ни у одного из судей они не могут быть соблюдены. Всегда будут случаи, когда эти сроки нарушаются, потому что они нереальные. И потому что на самом деле нельзя поставить во главу угла этот срок, а не качество рассмотрения. Нельзя провести рассмотрение дела своевременно, если нет экспертизы, если не пришли свидетели, если не явились стороны. Нельзя. А если судья так рассмотрит, он получит определенный упрек в виде отмены его судебного акта.

И отмена судебного акта — это еще один жупел, потому что она всегда рассматривается как недостаток в работе. И за эти недостатки: и за отмену актов и за их изменение, за просрочку в рассмотрении дел, — за все это судью могут лишиться полномочий, а могут и не лишиться. Самое страшное именно это, вот произвол именно здесь. Даже если бы приняли такую систему, когда судью за каждое не вовремя разрешенное дело удаляли бы с судейской должности, было бы лучше, потому что судебная система скоро бы поняла: работать у нее некому. И она отменила бы эти сроки для рассмотрения дела. Но это не принимается, и значит, всегда на каждого судью есть такая своя палочка, которой можно высечь. Можно чуть-чуть посечь, а можно и совсем голову отсечь судейскую. И здесь нет никакой возможности сделать эти критерии оценки работы судьи более определенными.

Нужно создавать институты защиты, мне тоже это очень понравилось, сегодня это прозвучало. Да, они необходимы. В чем должны состоять институты защиты судьи? Во всех странах признано, что это должно обеспечивать судейское сообщество. Все знают Хартию независимости судебных органов, и эта Хартия формулирует, хоть это рекомендательный документ, основные принципы, которые должны быть положены в основу регулирования статуса судей. И внешним принципам мы отвечаем, внешним, как они сформулированы. Но внутренне, по содержанию, мы им не отвечаем. Например, согласно этим международным рекомендательным нормам орган, который решает вопрос о прекращении судейского статуса, должен состоять из независимых членов. Предполагается, что независимыми в судейском сообществе по опыту всех других стран кто является? Сами судьи. Но у нас сами судьи не являются независимыми. Те, кто входят в органы судейского сообщества, точно так же могут быть подвергнуты дисциплинарным взысканиям и лишению статуса за те же самые неопределенные упущения в своей деятельности. Потому что они работают в судебной системе наравне со всеми. А в судебной системе у судей всех на равных основаниях не обеспечен независимый статус. Нужно иметь какие-то

другие механизмы, в которых те судьи, которые, допустим, работают в целях защиты судейского статуса в органах судейского сообщества, должны иметь совершенно другое положение.

Я могу рассказать об одной идее, которая сейчас начинает обсуждаться, хотя я очень боюсь, что она будет в процессе этого обсуждения серьезно искажена. У нас появилась такая идея, что судейский статус должны защищать специальные органы, такой ареопаг должен быть создан в виде дисциплинарного суда. Дисциплинарный суд, в составе которого будут только судьи, т.е. они будут обладать статусом судьи. Но это будут судьи, которые не рассматривают обычные дела в обычной судебной системе, ни в общих судах, ни в арбитражных судах. Это будут те, кто назначается в этот дисциплинарный суд. Они будут заниматься только этим. И к ним, как говорят, не подступись. Никакого повторного назначения не будет, никаких вещей, которые позволят на них влиять. Почему и когда можно рассчитывать на то, что это будет святая, но не инквизиция? Только потому и тогда, когда будут правильно сформулированы задачи и созданы условия деятельности органа.

Виктор Мартенианович мне подсказал, что это как раз та самая идея, которая у нас сейчас реализуется в органах судейского сообщества, они работают как святая инквизиция. По идее — нет, а по практике — чтобы преследовать. А на самом деле, когда эти органы создавались, как и имеется в виду, на основе Европейской хартии о независимом статусе судей, эти органы должны были решать другую задачу. Они должны были обеспечивать защиту судьи. Конечно, не по такому принципу, как, знаете, у классика, — «защищать своих негодяев». Нет, они должны обеспечивать защиту судьи от любого посягательства на его независимый статус. И конечно, они должны осуществлять эту функцию очищения рядов. Но не как святая инквизиция, а как орган абсолютно независимый. Получится ли это? Я не знаю. Теперь эта идея немножко трансформируется в то, чтобы этот орган работал как стоящий над квалификационными коллегиями, куда можно обжаловать решение квалификационной коллегии. И я бы тоже это еще допустила, если бы при этом не сохранялся статус членов этого суда как постоянно действующих судей, освобождаемых в течение полугода над два месяца от своей основной работы. Потому что я знаю много судей в Верховном Суде, которые теряли свою должность. Я не знаю, какой был внутренний мотив. Но внешний мотив был тот, что из 110 доложенных судьей в течение года дел по шести вынесенные на основе его доклада кассационные определения были в дальнейшем отменены.

Почему я такие ужастики здесь рассказываю? Потому что я услышала то, что Андрей Геннадьевич сказал: произвол судей. Произвол

Верховенство права

судейский есть, потому что судьи не защищены от произвола над ними. И здесь нам ни в коем случае нельзя поддержать общественные умонастроения, которые состоят именно в этом. Вынес судья неправильное решение — секир-башка. Долой его, к ответственности, сажать за каждый неправильный судебный акт. А это еще вопрос, что такое правильный акт, а что — неправильный.

Вернусь к вопросу о единстве. Раз у нас это какой-то определяющий тезис и он все время звучит, давайте о нем поговорим. Единство, пределы единства, допустимые пределы единства и, наоборот, недопустимое единство. В чем я вижу опасность? Мы немножко уходим от верховенства права через единство судебной практики, которое заявляется как некая оправданная, объективно оправданная цель. Мы уходим от проблемы исключения каждого конкретного ошибочного решения. Судебные ошибки никто не отменял. Судебная ошибка по одному делу, не важно, это явление статистическое или не статистическое, раз она есть и раз она не исправляется, то она уничтожает саму суть правосудия.

Понимаете, суд — это не тот орган, где важны только статистические показатели его деятельности. Я помню, в старые времена в СССР в Министерстве юстиции СССР работал отдел статистики, помните, может быть. Там была заведующая, очень активная женщина, Зоя Григорьевна Яковлева, которая всегда на вопрос о судебных ошибках говорила: «Что об этом думать? Зачем это изучать? Это что, статистическое явление? Это единицы, это десятые доли. Это не важно». И когда мы говорим, что у нас мало отмены, значит, мы очень хорошо работаем, у нас мало изменений судебных решений, значит, мы очень хорошо рассматриваем, правильно все делаем. Это все совершенно неприемлемо для правосудия, потому что в правосудии каждая ошибка — это судьба человека. И статистические показатели не годятся никакие. Демонстрировать замечательное единство и правильность судебной практики только исходя из того, что у нас мало этого всего, что мы называем корректировкой ошибок, — это стыдно. Корректировки ошибок должно быть больше, потому что объективно ошибок больше. И это значит, чьи-то судьбы определены в суде неверно. Никакие статистические показатели не годятся здесь для оценки работы судов. Если рассуждать от противного, чтобы стимулировать максимальное выявление, исправление ошибок и восстановление нарушенного права человека, вышестоящие судебные инстанции нужно положительно оценивать от периода к периоду, если им удалось в абсолютных величинах большее число ошибочных актов исправить. Вот исправили большее число ошибочных актов — молодцы. Я повторяю, эта идея

столь же абсурдна, как абсурдна и сама идея оценки судов по статистическим показателям. Таким образом, это статистическое единство судебной практики тоже не суть положительная цель правосудия. Это тоже отрицательная цель правосудия. Это не то, чего нужно добиваться.

Конечно, суды сами должны нести ответственность за устранение неверной практики. Но это они могут делать только в том случае, если цель, которая стоит перед ними, а именно цель защиты права, не искажена. И мне хочется прореагировать на вопрос, который прозвучал здесь, по поводу значения для российской судебной системы тех решений Европейского Суда по правам человека, которые касаются судебного надзора. И Конституционный Суд по этому поводу тоже принял свое решение. И здесь есть, с моей точки зрения, интересные подвижки, позиция Европейского Суда по правам человека оказала влияние на нашу правовую систему, уже хотя бы потому, что Конституционный Суд, в основном исходя из позиции ЕСПЧ, сказал, что нашу систему судебных инстанций нужно модернизировать, что без этого нельзя. Причем что было сказано? Нельзя вносить изменения только в регламентацию института надзора, это ничего не может дать. У нас институт надзора сейчас существует как нечто чрезвычайно важное для защиты права. Не думайте, что сейчас все, что у нас происходит в надзоре, действует против интересов защиты права. Нет, оно действует в пользу интересов защиты права, хотя и очень выборочно. Но Конституционный Суд именно это и сказал. Этого инструмента нам будет не хватать, если мы сейчас от него откажемся. Потому что у нас не выстроены ординарные судебные инстанции.

У нас плохая первая инстанция, она перегружена делами. Нагрузка в суде первой инстанции, в арбитражном суде в Москве, если судья в день рассматривает 15 дел, вдумайтесь в эту цифру, он считает, что он счастлив, у него только 15 дел. У нас не выстроены первые инстанции даже в арбитражной судебной системе, потому что невозможно такой вал переработать. У нас тем более они не выстроены в общей судебной системе. В общей судебной системе, в отличие от системы арбитражных судов, нет апелляции. Она есть только по очень незначительной части дел, это меньше 30% даже. Не самые важные, только по тем, где мировой судья вынес решение первый раз при рассмотрении правового спора. Все. Больше нет апелляции. А у нас говорили, когда реформировали наши процессуальные регламенты, и уголовно-процессуальные, и гражданские процессуальные, все время повторяли: у нас зато работает система кассации, которая сама вправе обратиться к непосредственному исследованию доказательств и проверить правильность

установления фактов. Она вправе. Она этого не делает. И это явление статистическое, потому что если вы возьмете (такие исследования есть, не так давно мониторили, как говорят) процедуру рассмотрения дел в Московском городском суде (это вторая инстанция, кассационная инстанция по уголовным делам), рассмотрение дела занимает 20 минут с оглашением определения, которое, естественно, написано заранее, потому что иначе невозможно. Что кассационная инстанция, работающая в таком режиме, может проверить? Как в этих условиях мы можем отказаться еще от какой-то одной попытки проверить правильность вынесенного решения? Никакая правовая стабильность не может оправдать отказа от надзора при отсутствии других инстанций.

Я думаю, если бы у нас кто-то обратился в Европейский Суд по правам человека и сказал, что его право на пересмотр дела в вышестоящем суде так, как это предусмотрено в ст. 2 Протокола № 7 к Европейской конвенции о защите прав и свобод, нарушено, Европейский Суд, несомненно, признал бы нарушение этого права. А у нас это право еще и конституционный ранг имеет. Мы записали, что каждый по уголовному делу имеет право на рассмотрение его дела, имеется в виду полное рассмотрение, не формальный «прогон» в течение 20 минут, рассмотрение — это и есть рассмотрение, слова имеют автономные значения. Эти понятия, они что-то значат, так же как значит что-то определенное понятие «суд». Суд — это независимый суд, правосудие — это справедливое правосудие. А не какое-нибудь угодно другое, названное этим словом. Так и пересмотр дела во второй инстанции имеет именно такой смысл, правильный. Правильный и который уже истолкован Европейским Судом по правам человека. Там бы сейчас признали, что у нас по всем уголовным и гражданским делам нарушается право на вторую инстанцию, на рассмотрение дела во второй инстанции. Поэтому то, что появляется, как справедливый упрек к нашему надзорному производству, невозможно устранить только за счет внесения каких-то корректив именно в это производство. Именно так Конституционный Суд и решил.

Теперь по поводу инструментов единства судебной практики. Есть такой способ обеспечения единства судебной практики, как решение Конституционного Суда. А он у нас работает или нет? Это не плохой способ, это хороший способ. Он не работает, потому что когда что-то работает по выбору, это, значит, не работает.

Я приведу вам один пример. Он связан с различным процессуальным регулированием в арбитражном судопроизводстве, гражданском судопроизводстве, в конституционном судопроизводстве. Это вопрос, который затрагивается очень многими авторами. Другие суды, и арбитра-

ражные, и общие, говорят: «Мы не можем исполнять решения Конституционного Суда, у нас нет процедуры». Конституционный Суд вынес решение, и, согласно федеральному конституционному закону прямо написано: дела заявителей подлежат пересмотру. Во всяком случае суды должны пересмотреть. Кстати, если говорить о происхождении этой нормы, должна вам сказать, что бенефициарием в этой норме, когда ее создали, были другие суды, не Конституционный Суд. Конституционный Суд скромно молчал и сказал: «Мы уважаем высшие суды. Мы говорим, что мы их решения не пересматриваем сами. Пересматривают они исходя просто из такого простого факта, что нормативное правило, на котором основано решение, либо исчезло, потому что оно не конституционное, либо получило другое истолкование, потому что конституционный смысл этого правила определен в решении Конституционного Суда». Но ведь в неконституционном смысле никто не должен толковать существующие правила, даже если они позволяют какое-то неоднозначное толкование. И вот эти бенефициарии дальше заявили: «У нас нет процедуры для пересмотра дел заявителей по решению Конституционного Суда». Почему у вас нет процедуры? Открываем ГПК и открываем АПК. Открываем раздел «Производство в силу вновь открывшихся обстоятельств». Там написано: есть некоторый набор фактов, которые могут являться вновь открывшимися обстоятельствами, они подтверждаются обычно приговором суда, всякие злоупотребления в ходе судопроизводства. Но есть другие основания. В чем они заключаются? В исчезновении правового основания, на котором ранее было вынесено судебное решение. Исчез правовой документ. И в ГПК написано: отмена, исчезновение акта государственного органа, на котором был основан судебный акт. И в ГПК есть, и в АПК есть. Значит, есть отмена акта государственного органа. Что сделал Конституционный Суд? Он только признал основание в виде нормативного правила, существовавшее, использованное для разрешения спора, отсутствующим.

Почему же у вас, дорогие, многоуважаемые суды, нет процедуры пересмотра? Нет желания пересмотра? Я с этим соглашусь, это именно такое объяснение.

Есть много вопросов, связанных с допустимыми формами обеспечения единства практики. Говорили о прецеденте, говорили о преюдиции. Это абсолютно, стопроцентно необходимые вещи, отрицать ни то, ни другое нельзя. Другой вопрос: как мы это определяем с точки зрения юриспруденции? Есть еще одна категория, которая очень важна для обеспечения единства практики. Аналогия права. Я уже не говорю об аналогии закона. В процессе это очень важно для обеспечения единых

стандартов справедливой процедуры. У нас нет процессуальных кодексов, одинаково подробно регулирующих процедуры для апелляции, для кассации, для надзора. Но всегда существовало, что правила подобные применяются, если закон специальный не сделал из этого исключения.

С одной стороны, существуют такие естественные способы выработки единообразия судебной практики, основанные (а) на верховенстве права, (б) на тех общеправовых принципах, которые связаны с верховенством права и из него вытекают. Да, вся практика должна эти общеправовые принципы, грубо говоря, отоваривать, обеспечивать. Есть такие способы, как преюдиция, чего нельзя выбрасывать. Это обеспечивает правовую стабильность. Есть то, что у нас в своеобразном виде является прецедентом, поскольку прецедентов в чистом виде не существует, есть позиции Конституционного Суда, которые, я повторяю, всегда рассматривают как преюдицию в отношении установления правового факта. Есть, наконец, аналогия права, и это все нормальные инструменты обеспечения единства в праве. Вениамин Федорович говорил, что нам нужно бы иметь такое высшее судебное присутствие, чтобы все эти способы как-то могли, если они ненадлежаще используются, подвергнуться рассмотрению в этом высшем судебном присутствии, и оно сказало бы нам, как надо поступать всегда.

Здесь есть несколько опасностей. Если это чисто судебный орган, т.е. если это высший суд, стоящий над всеми, — да, он может принимать судебные решения. Но тогда он должен будет принимать судебные решения по конкретному делу. Тогда все другие суды обязаны подчиняться, как стоящие под ним в этой судебной вертикали, этим судебным актам. Не знаю, насколько это будет отвечать требованию законного суда для каждого дела, потому что окажется, что этот орган сможет изъять любой правовой спор (конечно, это зависит от того, как будут прописаны его процедуры) и сам его рассмотреть. Это всегда связано с чем? С нарушением прав граждан на равную защиту перед судом. По одним делам все закончится в Высшем Арбитражном Суде, в Верховном Суде. А по каким-то вдруг в высшем судебном присутствии.

У немцев есть такой опыт, есть Большой сенат, который редко созывается, может быть, можно вспомнить за сорокалетие три случая заседания этого Сената. И заседал-то он очень интересно. Суды все высшие говорят: «Давайте пообсуждаем вот это понятие». Например, они обсуждали в этом Сенате понятие, у нас оно называется «инвалид», а у немцев — «лицо с ограниченной способностью что-то делать с помощью своих собственных физических усилий». Суды разной юрисдикции должны были договориться, что они понимают под этим.

Когда ему нужна защита, а когда ему нужны социальные пособия, а когда ему нужна профессиональная переподготовка, чтобы он мог социально активно жить. Вот они выясняли содержание этого понятия.

Но не то у нас совсем планировалось. А особенно страшно становится, когда не только судьи, но и представители административных органов могут войти в это присутствие, это, конечно, вообще недопустимо. Ну а если туда войдут председатели всех судов, то они как судьи обретают какие-то дополнительные полномочия по отношению к другим судьям. Это еще расширение председательских полномочий. Сейчас, кстати, предлагается расширить председательские полномочия за счет чего? Чтобы Председатель Верховного Суда мог судью двигать по горизонтали в суды равного уровня. То есть перемещать судью из того суда, где он работает, в суд такого же уровня в другое место. Вы представляете себе весомость этого полномочия? Как это можно допустить? Можно ли обеспечить независимость судьи в таких условиях?

Поэтому тут сталкиваются все время две идеи. Давайте побудим всех судей единообразно применять закон, но давайте не принуждать судью единообразно применять закон по приказу, по воле, по волеизъявлению какого-то высшего судебского начальника, коллегиального в виде пленума или единоличного в виде председателя суда. По-моему, это совсем не хорошо. Настаивать надо на верховенстве права, на исправлении судебных ошибок, потому что права людей, нарушенные в судопроизводстве, тоже нужно восстанавливать.

И дальше, хороший тезис по поводу потерпевших, которых надо защищать не обязательно уголовно-правовыми способами. Здесь это и заложено. Если потерпевшему мы можем возместить весь причиненный ему ущерб без того, чтобы применить уголовную репрессию, и в большем объеме, кстати, добавлю — на более легких процессуальных условиях. Потому что когда он обращается за возмещением ущерба в гражданском судопроизводстве, ему обвинение не надо доказывать. А тот, кто виноват и причинил ущерб, должен доказывать, что он не виноват. Вот если мы это можем, то не нужно задействовать процедуру отмены окончательного судебного решения в силу вновь открывшихся обстоятельств.

Мне кажется, на самом деле, если юристы бы сели и обсуждали каждую такую проблему без шор (я не знаю, насколько это понятно и можно перевести), а пользуясь только юридическими аргументами, не исходя из целесообразности обязательного уголовного преследования, не исходя из приоритета публичных интересов над частными — это все очень сомнительные тезисы, а исходя из реальной задачи восстановления судом нарушенного права, то мы бы достигли большего

понимания, в том числе и в обеспечении единообразного подхода судов к защите прав.

Кстати, по поводу публичных интересов, насколько я их себе представляю, Вениамин Федорович тоже об этом сказал: не государственные ведь интересы, а публичные. Публичный интерес. Он сказал это, да. И публичный интерес, на самом деле он оправдан только конституционно одобряемыми целями, которые защищаются как публичный интерес. Они все перечислены в ч. 3 ст. 55 Конституции российской. Но я бы сюда добавила еще один нюанс, который у нас пока совсем не подчеркивается. А при применении Европейской конвенции подчеркивается. В иностранном праве подчеркивается: публичный интерес оправдан только тогда, когда сам он имеет своей целью защитить тот частный интерес, который сам по себе защитить себя не может. Вот то, что каждый человек в отдельности не может сделать для себя самого, рождает договор людей о государстве, о власти, которые должны представлять и защищать публичный интерес. Спасибо.

В.М. ЖУЙКОВ: Реплика по поводу того, судьи над судьями или судьи в защиту судей. То же самое получилось с квалификационными коллегиями. Я могу сказать как свидетель разработки этих законов, я принимал участие в разработке Закона о статусе судей в Российской Федерации, Федерального конституционного закона о судебной системе и т.д. Я помню все эти обсуждения и вот эту идею создать коллегия судей, которая защищала бы, совершенно верно, задача такая, защищала бы судей от всех притязаний. И я с восторгом написал комментарии к Федеральному конституционному закону о судебной системе еще в 97-м году и говорил, что квалификационные коллегии теперь будут подбирать по профессиональным принципам кандидатов на должности судей и защищать их в случае предъявления к ним необоснованных претензий, т.е. бороться за чистоту кадров: от скомпрометировавших судебную систему или недостойных избавляться, а достойных защищать. А лет через пять мне довелось писать комментарии к столетию Думы в этот сборник. И меня попросили написать комментарии к этому же закону, статью, вернее. И я перечитал то, что написал, и думаю: боже, каким же ты был наивным пять лет назад, дорогой судья, умудренный опытом, казалось бы. И уже написал, что они были призваны защищать, я не посмел написать, что они защищают. Потому что с квалификационными коллегиями произошло то перерождение, о котором сейчас говорила Тамара Георгиевна. Что совершенно необоснованно прекращают полномочия многих судей, по надуманным обвинениям.

Так вот, произошло такое перерождение. И я боюсь, что такое же произойдет и с этими судьями, которые будут опять-таки выполнять задачу защиты судей, произойдет то же самое. У меня только такое опасение, оно основано на моем опыте. И я иногда даже думаю, что было, наверное, лучше, когда в советские времена полномочия судей прекращал Президиум Верховного Совета, т.е. законодательный орган власти. Это, конечно, неправильно было. Но тогда были единичные случаи. Один-два в год. А сейчас по 100, по 150, и Высшая квалификационная коллегия с гордостью об этом говорит как о положительном. «Мы очистились от таких-то, таких-то, потому что они в срок не рассмотрели дело». Или еще что-нибудь в этом роде. Это все связано с принципом независимости суда. Конечно, без независимого суда никакого верховенства права быть не может, совершенно очевидно. Спасибо.

Х. БУЛЛ: Мой вопрос относится к госпоже Морщакковой. Вы сказали о концепции судебной ошибки. Это меня очень заинтриговало, потому что существуют разные ошибки. Во-первых, есть действительные ошибки, когда все согласны, что это была ошибка. Вероятно, судья сделал эту ошибку, и что-то было пропущено, упущено, проигнорировано. А порой бывают ситуации, когда закон формулирует какие-то положения недостаточно четко, и могут быть ситуации, где компетентные юристы будут не соглашаться по конкретному разрешению данного вопроса.

Совсем недавно в норвежском Верховном суде было принято решение, которое основывалось на Европейской конвенции по правам человека. И речь шла о том, насколько мне известно (суд сам не выразил такого мнения), не будет ли противоречить правам человека отказ в продвижении апелляции. Если запрещено предоставление апелляции, выступление с апелляцией, то должны быть указаны причины этого. До сих пор было совершенно законно по норвежскому праву без объяснения причин не передавать апелляцию по инстанции. Но Верховный суд пришел к выводу, что это будет противоречить Конвенции по правам человека, не позволять движение апелляции без объяснения мотивов, почему эта апелляция не разрешена. И в общем-то это решение достаточно противоречивое. Некоторые считают, что апелляцию можно, так сказать, не допустить и не предоставлять никаких мотивов. Но у Страсбургского суда на этот счет свое мнение. А что происходит в Вашей стране, может быть, вопрос вообще не стоит по поводу апелляции или высшие инстанции могут отказываться от апелляции и не объяснять мотивы, по которым апелляция не разрешена? Во всяком

случае должна быть выработана какая-то система для того, чтобы рассматривать такие вещи. А может быть, просто не хватает кадров и надо больше людских ресурсов для того, чтобы заниматься этим?

Т.Г. МОРЩАКОВА: Такой интересный вопрос для меня, профессионально интересный. Он у нас не одинаково решается в разных видах процедур. Я знаю, как в иностранном законодательстве регламентируют этот институт, в том числе институт и апелляции жалобы, и кассационной жалобы, когда он включает в себя право суда разрешить пересмотр или его не разрешить. У нас есть нечто похожее на это, только в стадии надзорного пересмотра. Речь идет о тех судебных актах, которые уже вступили в законную силу, но, однако, обжалуются заинтересованными лицами, участниками процесса. И именно на стадии надзорного производства у нас сейчас это появилось как аналогичное допуску вашей жалобы, кассационной или апелляционной. Потому что в вышестоящем суде, который осуществляет такой пересмотр, один судья выносит судебное решение по вопросу о том, будет суд пересматривать эту жалобу или он ее не будет пересматривать. Самый интересный момент в том, что Вы спросили, для меня заключается в обосновании этого решения. Фактически если посмотреть на нашу практику, то не обосновываются эти решения практически никак, потому что все обоснование обычно сводится к такой фразе: вынесенные по вашему делу решения в нижестоящих судебных инстанциях являются законными и обоснованными, и поэтому оснований для начала процедуры пересмотра дела в порядке надзора нет. Хотя по нашему законодательству вообще-то требуется, чтобы эти решения, определения были мотивированы. И у нас уже давно идет спор между адвокатами, допустим, и судьями по поводу того, это мотив или не мотив. Конституционный Суд в одном из своих решений написал, что одна только ссылка на законность и обоснованность вынесенных ранее судебных решений по существу не является исполнением требования закона об обоснованности. Вот так. Но у нас сейчас есть только этап такой, который похож на этап допустимости жалобы. Хотя не по формальным основаниям, а по существу. Это существует только в производстве и порядке надзора. По общему правилу в других инстанциях, которые у нас называются апелляция, кассация, в гражданском процессе, в арбитражном процессе, в уголовном процессе любая принесенная жалоба является достаточной инициативой для рассмотрения дела в судебном заседании. И у нас это в нашей системе регулирования правосудия рассматривается именно как норма, обеспечивающая доступ

Диалоги второго круглого стола

к суду. Не только в первой инстанции, но и в вышестоящей судебной инстанции, в апелляции и в кассации.

А.Г. ФЕДОТОВ: У нас, к сожалению, возникает постоянное внешнее и даже внутреннее противоречие. С одной стороны, судьи или бывшие судьи и даже юристы, которые судьями не являются, мы понимаем, насколько тяжелые и проблемные явления имеются в работе суда. А с другой стороны, у нас есть вовне общество, которое смотрит снаружи, его внутрь вообще не пускают, и оно оценивает иногда состояние дел по некой статистике. И появляются вопросы к судейскому сообществу извне. И возникает вопрос: а вообще должно ли как-то судейское сообщество на это реагировать? То есть опять говоря о той же статистике, мы, например, обращаемся к статистике Страсбургского суда, и вдруг выясняется, что в Конвенции участвуют около 50 стран, а 28% дел - наши.

Т.Г. МОРЩАКОВА: Пропорционально населению.

А.Г. ФЕДОТОВ: Но на эти вопросы надо же давать ответы, а их никто не дает, и прежде всего населению. Меня, например, ужаснуло совершенно, как у нас все это происходит. Недавно «Эхо Москвы» проводило опрос¹. Там как раз выступал адвокат Ходорковского, и этот вопрос является актуальным: «Знаете ли вы, какой будет вынесен приговор Ходорковскому по новому делу?» И цифры ужасные: 82% населения говорят: «Он получит второй срок». 12% сказали: «Не получит». Даже если понимать, что это какая-то своя аудитория у радиостанции, что их 12% можно умножить на три или еще на сколько-то, все равно, само отношение к суду очень тяжелое. И вопрос: в этой ситуации, в такой ситуации, когда население тотально не верит, что суд может вынести оправдательный приговор, вот что надо делать? Это же страшно, когда население заведомо не верит, что приговор может быть оправдательным.

И еще вопрос. Недавно состоялось решение Европейского Суда по жалобе не гражданина, а судьи, Кудешкиной. А вообще, это впервые или не впервые, когда заявителем в Европейском Суде выступает судья?

Т.Г. МОРЩАКОВА: Есть еще такие заявители. Есть такая судья из Новосибирского областного суда Филатова, она была заявительницей в Конституционном Суде.

¹ www.echo.msk.ru/polls/574383-echo.html.

М. КАРАДЖОВА: Что касается вопроса, связанного с решением Европейского Суда по правам человека, процент какой был? Европейский Суд рассматривает 28% дел из России. Прежде всего я согласна с госпожой Моршаковой в том, что Россия — большая страна, и поэтому совершенно естественно, что большая доля дел идет оттуда и большая доля решений принимается по российским делам. Хотела бы также добавить еще кое-какие аргументы к тому, что я сказала, потому что когда новая демократическая страна ратифицирует Европейскую конвенцию, мы наблюдаем, во-первых, первичный период, когда очень-очень мало заявлений поступает из той страны, которая только что ратифицировала Конвенцию, и это, конечно, вызвано недостатком информации, недостатком знаний. Люди просто не в курсе, не знают, какие возможности им дает Европейская конвенция по правам человека, да и юристы тоже недостаточно хорошо подготовлены, информированы о процедуре, поэтому в этот первоначальный период в Суд поступает небольшое количество заявлений. Можно посмотреть на российскую статистику в самом начале после ратификации — количество заявлений было очень незначительным, действительно, их было мало. Затем наступает следующий период, когда количество заявлений и количество дел растет, потому что люди начинают узнавать об имеющейся возможности, они лучше узнают о возможностях Конвенции, да и юристы также начинают проявлять заинтересованность в том, чтобы заявлять жалобы в Европейский Суд. Затем идет период бума, когда идет резкий рост дел, — это наблюдать можно и в других странах, вовсе не только в России. А потом, после того как страна получает первые решения Европейского Суда, приходится платить деньги в соответствии с решением и возвращаться к национальному суду, повторно возбуждать рассмотрение дела.

Но гораздо сложнее стране понять, что необходимо принимать общие меры, — в частности, это может быть изменение закона. То есть страна реагирует конкретно на решения Европейского Суда, но не реагирует принятием общих мер. Затем дела повторяются и решения по ним повторяются начинают, решения в общем-то аналогичные, похожие друг на друга и дела похожи друг на друга. И тогда страна уже должна начать выплачивать крупные суммы по решениям Европейского суда, и тут уже без изменений законодательства не добьешься сокращения заявлений, т.е. надо принимать меры общего порядка.

Я бы хотела подчеркнуть, что эта проблема существует отнюдь не только в России. Например, несколько лет назад можно было наблюдать похожую ситуацию в Италии. Италия была страной, откуда шло максимальное количество дел в Европейский Суд, потому

что очень много времени занимали разбирательства гражданских дел и до изменения закона, национального законодательства, появлялись сотни аналогичных дел из Италии по аналогичным основаниям.

Я надеюсь, что я внесла какую-то ясность в то, что это проблема отнюдь не только российская. У меня были такие же вопросы в своей стране, в Болгарии. Почему болгарские дела так многочисленны? То есть это просто период такой. Да-да, потому что у Болгарии где-то 3% дел было, на нее приходилось, а ведь она очень маленькая, для такой маленькой страны 3% — это очень серьезная цифра.

А теперь я хотела бы перейти ко второму вашему вопросу относительно дел, где заявителями выступали судьи, дел, которые рассматривал Европейский Суд. Можно наблюдать и другие дела, в которых заявителями выступают не только российские судьи. В основном они касаются ситуаций, когда судья давал интервью средствам массовой информации, делал заявления относительно конкретных дел, высказывался по поводу конкретных дел, и потом суд постановил, что это было недопустимо, что это влияло на непредвзятость суда, ставило под вопрос непредвзятость судьи.

Но в новом вашем деле, деле Кудешкиной, вы знаете, что решение принято против Российской Федерации. Это действительно непростое решение, очень непростое решение. Я думаю, вы видели, что там четыре против трех судей было, и у российского судьи было особое мнение. В том, что касается этого дела, полагаю прежде всего, что это было связано с заявлением, которое сделала госпожа Кудешкина, когда давала интервью СМИ. Суд постановил, что она действительно передала общественности очень важную информацию, и в том, что касается ст. 10 Конвенции, полагаю, что речь идет о пропорциональности мер, которые приняли в отношении госпожи Кудешкиной, потому что ее освободили от занимаемой должности. И мне представляется, что если речь бы шла о какой-то другой мере, которая могла бы быть принята в ее отношении, — ну, например, о мере дисциплинарного какого-то взыскания, то могло бы быть другое решение. Я не знаю, что Совет судей решил, какая была принята мера, но я знаю, что ее уволили. Но если уволили, то тогда может быть еще другое решение по этому делу. Я не очень хорошо знаю, потому что дело недавнее, свежее, не так давно оно рассматривалось в Суде, дело сложное и дело непростое, и посмотрим, будет ли в новом-деле такая практика, как раньше, или нет.

Т.Г. МОРЩАКОВА: Это очень здорово, что мы здесь услышали про Европейский Суд. Одна моя совершенно личная позиция, но я

Верховенство права

думаю, что, может быть, здесь мои соотечественники разделят со мной эту позицию. Я понимаю, что это чисто формула, когда говорят: «Кудешкина против России». Я понимаю, что это только привычная форма назвать решение, которое было вынесено, решением против России, но по сути это решение за Россию. Вот я об этом хотела бы сказать, потому что у нас не так много средств, с помощью которых мы можем наводить порядок внутри себя и для себя, не для кого-то. Он нам нужен, этот порядок, и нам нужно, чтобы хотя бы положения нашего Основного Закона достаточно обеспечивались. Общеизвестно в конституционализме, это во всех странах так, что Европейская конвенция - это всегда второй рубеж защиты национальной конституции. Поэтому единственное, что я хотела сказать, это решение — в пользу России, в поддержку ее судебной системы, в поддержку независимого статуса судей, и нам очень важно, чтобы не думали там, где заседает Европейский Суд, что мы видим в нем некоего противника. Он сторонник, он защитник нашей Конституции.

М. НОРОС: Что касается Суда по правам человека и какие там решения, то я могу рассказать, что Финляндия, когда стала членом Совета Европы — в 1989 г., кажется, это было — я тогда уже была юристом, и я помню, что было очень большое сопротивление в Финляндии, судьи были очень против, они сказали: «Нам это не нужно». Хотя в Министерстве юстиции тогда проделали очень большую работу, был большой проект, большой меморандум, что это значит — стать участником Конвенции и как применять эту Конвенцию. И в этом меморандуме был большой список, какие статьи каких законов надо изменять и какие сделать поправки, чтобы наш процесс был справедливым. Очень много лет мы эти поправки делали, и потихоньку стало все меньше и меньше оговорок. Например, долгое время у нас не было устного разбирательства в апелляционном суде, было только письменное. Ну, вот такого рода были проблемы. Но, оказывается, такого сопротивления уже нет. Сколько лет прошло? 20 лет. 20 лет прошло, и такого сопротивления нет, и оказывается, что те критические, можно сказать, больные моменты, на которые нам указывают со стороны Европейского Суда, на самом деле такие и есть. То есть у нас проблема в Финляндии самая острая — это то, что у нас иногда наш процесс длится слишком долго, и мы уже, наверное, 10 решений получили, что разбирательство в суде длится слишком долго, и наше Правительство уже какие-то меры на этот счет принимало, так что мы очень уважительно относимся теперь к этим решениям.

И я все-таки думаю, что хотя мы всегда как бы ментально сопротивляемся, когда на нас показывают пальцем, но все-таки надо очень аккуратно разбирать и думать: может быть, что-то там есть, что нам надо усовершенствовать в процессе, и придумать новую практику. Это касаясь Суда по правам человека.

Многие из вас знают, что я пишу докторскую диссертацию о правовой помощи по гражданским делам и что это очень трудно — сравнивать две правовые системы — например, правовую систему если не Финляндии, то каких-то западноевропейских стран, с Россией — и как это делать объективно или доброжелательно, что ли, потому что все время сталкиваешься с этими разными институтами и разными понятиями, терминами, и вызывают они массу вопросов. Потому что иногда термин похож на наш, но что-то там внутри совсем другое, а иногда наоборот: термин совсем странный, но, оказывается, это то же самое. Я все-таки считаю (например, для меня это очень важно), что если я сравниваю, это не значит, что я хочу найти какие-нибудь проблемы или недостатки. Но, во-первых, я хочу дать информацию, что происходит в России, и поэтому мне очень приятно быть здесь и слушать, какие у вас дискуссии идут. И во-вторых, я недавно читала книгу, где были различные афоризмы, и там Путин сказал, что если человека все устраивает, то он полный идиот. То есть мы должны, конечно, усовершенствовать систему. Я считаю, что очень важно не только обмениваться опытом друг с другом, что не только, например, Россия должна научиться, как вести себя по западным правилам, но можно и по-другому подходить: что здесь есть то, что пригодится нам. И здесь мы тоже разговаривали много о том, есть ли какое-то вот такое впечатление, позитивное или негативное. Я 15 лет работаю в Министерстве юстиции, и мы впервые с г-ном Яковлевым встретились в 1999 г. в Лаппеэнранте. Тогда у Финляндии было первое председательство в ЕС, и у нас был семинар, и тогда, в 1999 г., Россия только что вступила в Совет Европы и еще не ратифицировала ни конвенции по уголовным делам, например об экстрадиции, ни Гаагские конвенции, кроме 1954 г. Так что я вижу, если смотреть в течение 10 лет, что есть прогресс, тренд позитивный. Но, конечно, вот эти темы, что здесь обсуждаются, т.е. имплементация и применение на практике, они очень важные. И надо думать, и, наверное, мы будем с Питером об этом писать, что одной ратификации не хватит, но надо еще что-то вдобавок, чтобы в практике это применять нормально.

А.Л. НАУМОВ: В ходе этой же утренней дискуссии было, так сказать, не полное понимание между адвокатским сословием и судейским

сословием, были даже, ну, прямо скажем, некоторые обиды. Все зависит от того, с какой точки зрения смотреть. Одно дело — это видение из кабинета заместителя Председателя Верховного Суда, из кабинета Председателя Высшего Арбитражного Суда, а другое дело — с позиции адвоката, который сталкивается с судебными реалиями, несмотря на то что сейчас у нас состязательность процесса. Каково отношение в суде к нему и к представителю обвинения, предположим? Но пока это же есть. Конечно, западным коллегам, наверное, это странно, но у нас ничего практически не изменилось в этом отношении. Как встречают представителя обвинения в суде и как адвоката? Сермяжная правда: здесь это есть, и конечно же никаким окриком высшей власти, никаким решением ничего не переделаешь, потому что здесь еще вопрос правовой культуры, а для этого требуется определенное время.

Теперь непосредственно по нашей монографии. По поводу применения институтов гражданского права в иных отраслях права мне кажется, что надо чуть-чуть быть, наверное, менее радикальными в некоторых вещах. Авторы критикуют позицию уголовного законодательства и уголовно-правовой науки о понятии хищения в том, что наш уголовный закон допускает хищение в пользу третьих лиц. Конечно, когда речь идет о таких классических формах хищения, как кража в пользу третьих лиц, здесь, наверное, я с этим соглашусь. Грабеж, разбой, предположим. Я согласен с авторами. Но если касаться, допустим, таких видов хищения, как присвоение и мошенничество, особенно присвоение, то это не надуманная конструкция. По поводу безвозмездности я, наверное, соглашусь, там много нового есть, и нам как криминалистам есть о чем думать по поводу этого. А вот насчет хищения в пользу третьих лиц, здесь у меня возникает вопрос.

М.А. СУББОТИН: Сегодня Вениамин Федорович озвучил мысль о том, что прочтение стенограммы первого круглого стола произвело на него впечатление «острой, временами мрачноватой картины». И потом Анатолий Валентинович примерно в том же духе присоединился к этому мнению, т.е. оценки должны мягче быть, добрее, одним словом, «менее радикальными». Такой, мол, исторический период мы сегодня переживаем, и все постепенно идет и все в целом нормально. И все-таки мне хотелось бы получить оценку того или иного явления: все-таки оно нормально или ненормально? Да или нет? Потому что вовсе не все то, что вырастает, это обязательно нормально. Может вырасти нормальное дерево, а может — совершенно такое искривленное, больное и несчастное. И что же, говорить об этом как о чем-то совершенно

естественном? Объективная оценка не является ни мрачной, ни острой, ни радикальной — то или иное явление просто является тем, чем оно является. Вот вы в книге будете описывать реальные события, которые происходят в стране или философски отстранение обсуждать нынешнюю ситуацию, делая скидку на особенность исторического периода?

Я к чему это говорю. Единство судебной системы, исключение «двойных» и «тройных» правовых стандартов являются одним из важнейших условий для улучшения делового климата.

Сегодня у г-на Яковлева прозвучала фраза, что если бы не было частного права, не было бы кризиса. Мол, мы платим за то, что в России построена рыночная экономика, а мы стали частью мирового рынка. Мне кажется, это не вполне корректное утверждение. Хотя и правда кажется, что все похоже: у них кризис, и у нас кризис. Но кризис может возникать и как следствие монокультурной экономики, а не как следствие превращения ее в рыночную, а потому и цикличную. Монокультурная экономика — это когда экономика привязана к экспорту конкретного ресурса. И в случае если падает мировая цена на этот ресурс, падает и такая экономика. И это может не быть экономика рыночная. Также начала падать экономика брежневская после падения мировых цен на нефть в 1981—1982 г., в конце второго нефтяного шока 70-х годов прошлого века, когда мировая цена на нефть упала. Точно так же падала экономика горбачевская после 1986 г., когда опять цена на нефть рухнула в два раза. То есть сам по себе кризис — это еще не свидетельство «рыночности» отечественной экономики. Короче, я бы хотел указать на некоторые новые мифы, которые родились в последнее время. С ними как-то более осторожно нужно обращаться и понимать, что на самом деле от того, насколько удачной будет в том числе и ваша работа, во многом будет зависеть создание системы доверия в реальном секторе экономики. Причем разговоры о том, что это дело неспешное, пока книжка выйдет, потом какие-то поправки в законы будут внесены, потом какие-то административные решения будут приниматься... И поэтому, мол, не стоит преувеличивать значение подобных книг... Мне кажется, что это не так: бизнес — животное очень чувствительное, и он хорошо чувствует направление вектора высокой государственной мысли. И точно так же как он очень хорошо почувствовал этот вектор мысли после событий 2003 г., он точно так же, уверяю вас, с благодарностью откликнется на изменение направления вектора еще до того, как будут изменены остальные — правовые и административные — условия. У юристов, может быть, более спокойное отношение к существующим в стране проблемам, а у экономистов в условиях экономического кризиса

Верховенство права

ощущение такое, что огонь лижет пятки и нужно срочно принимать некоторые решения, чтобы запустить инвестиционные проекты, чтобы экономическая ситуация начала меняться к лучшему.

Я имею в виду совершенно конкретные, совершенно прагматичные вещи: бизнес вполне понятным образом реагирует на ухудшение делового климата либо на его улучшение. И полное формирование всего пакета необходимых правовых документов, всех инструментов инвестиционного климата ему в общем не нужно для того, чтобы, что называется, изменить свое поведение — не бежать из страны, голосуя ногами против проводимой экономической политики, а начинать в этой стране активно работать. Мне тут попала цифра, что с начала кризиса из страны ушло больше капитала, чем пришло в нее за последние 13 лет... Именно поэтому сейчас самое время переосмыслить экономическую политику последних лет — без этого возможно только продолжение движения в тупик.

За эти годы радикально переменялось отношение государства к частному бизнесу и иностранным инвесторам: с размахом проводилась политика ползучей национализации в форме так называемой бархатной реприватизации и возвращения государства в ТЭК: от «дела ЮКОСа» до скандалов с Ковыктой или «Сахалином-2». Потому в кризис страна вошла в ослабленном состоянии, поскольку одни институты так и не были созданы, а другие были разрушены. Упала эффективность управления крупными производственными комплексами как следствие деятельности стремительно растущих государственных и полугосударственных компаний и последовательного ограничения деятельности иностранных компаний (так называемые ножницы Путина), апогеем чего стало принятие в 2008 г. Федерального закона о стратегических отраслях, т.е. буквально накануне кризиса власти продолжали выталкивать иностранных инвесторов из страны. По сути иностранцам были предложены: обмен активами, роль миноритариев в капиталах основных компаний, функции подрядчиков российских компаний на крупных проектах; они были поставлены перед необходимостью учитывать неизбежность доминирования российских госкомпаний и их желание не особенно делиться доходами.

А.Г. ФЕДОТОВ: Анатолий Валентинович, вопрос к Вам. Мы с Вами общались, и я выразил даже не свою мысль (кажется, Игорь Анатолиевич ее высказал). Идея такая: тот Уголовный кодекс, который у нас есть, концептуально создавался тогда, когда использовался, во всяком случае в имущественных преступлениях, прежде всего как инструмент борьбы

против частной собственности и против расхищения собственности социалистической. И представляется, что в этом смысле Уголовный кодекс концептуально не изменился. Ваше мнение хотелось бы услышать.

А.В. НАУМОВ: Я, конечно, с этим не могу согласиться. Несмотря на то что Кодекс был принят в 1996 г., я вас уверяю, что принципы построения Кодекса были совершенно другие. И это понятно, потому что Конституция уже была, уже были провозглашены свобода экономической деятельности, конкуренция, равенство прав собственности. И, конечно, сравнивать в этом отношении ныне действующий Уголовный кодекс с советским Уголовным кодексом совершенно неверно, и пусть западные коллеги об этом знают, потому что идеологические основы совсем иные.

Прежний Кодекс исходил из господства социалистических идей, социалистической собственности. В нынешнем Кодексе заложены совершенно другие идеи, во главу угла уголовного права поставлены права человека, охрана прав человека. Советское уголовное право всегда начиналось с государственных преступлений. Впервые за советский и постсоветский период Особенная часть начинается, как в большинстве государств, с преступлений против жизни и здоровья, а потом идут преступления против прав человека. Дальше, когда формулируются последствия, допустим, тех же экономических преступлений, то приоритет сменился: в первую очередь указывается для граждан, потом, через запятую, — для общества и третье — для государства. Поэтому, я еще раз повторяю, совершенно на других позициях стоит нынешний Уголовный кодекс.

Другое дело, что все-таки нужна тонкая настройка, что общественные отношения сейчас конечно же изменились, поэтому совершенствовать уголовное законодательство именно в этом отношении надо. Каким образом? Уголовное право не должно отступать от охраны тех интересов, которые именно оно призвано охранять, ту же жизнь. 30 тыс. убийств в год совершается. Это охраняет только уголовное право. Уголовное право, конечно, в этой части должно быть строгим, оно не должно превращаться в такую фигуру, которая пальчиком грозит. Сейчас по уровню санкций, по уровню строгости мы примерно на европейском уровне. Наш Кодекс в этом отношении вполне по своей жесткости сопоставим с уголовным законодательством и Франции, и Испании, и Германии, вполне сопоставим. По сравнению, допустим, с Соединенными Штатами Америки наш Кодекс более либеральный, более мягкий, но это естественно, мы же ближе к Европе.

Но перекося как раз произошел именно в отношении экономических преступлений, и я постарался в своей работе, путем анализа судебной статистики в разных вариантах доказать, что криминализация предпринимательской деятельности ничего не дает, а только создает почву для коррупции властей и правоохранительных органов, больше ничего, тем более что объектами соответствующей статьи как раз не крупные компании становятся. Это тот случай, когда бизнес «кошмарят», мелкий и средний. И поэтому как раз моя идея - сохранять строгость уголовного права там, где она нужна. Может быть, ее даже можно и, немножко ближе к американцам, более строгой сделать. А вот в части экономических правонарушений здесь произошел перебор, и в ряде случаев я на примере конкретных статей постарался сказать, что криминализация является искусственной.

И.А. НОВИКОВ: Возникает очень интересный вопрос о единой концепции права. То есть это не спор о том, какое право важнее — уголовное или гражданское, — нет, это вопрос концептуального подхода к модели права нового, развивающегося в определенном направлении государства. Речь не идет о том, чтобы нивелировать все те достижения, все то хорошее, что было сделано, нет. Но речь идет о той опасной тенденции, которую нельзя недооценивать. Почему? Потому что мы уже проходили в истории похожего рода вещи, и мне кажется, что опасность заложена в отсутствии единого концептуального подхода.

Сегодня уже говорилось о том, какое право важнее, но мне казалось, что этот вопрос был поставлен несколько в иной плоскости: какое право должно концептуально определять отношения с государством? Так вот, если исходить из идеи, что Россия строит рыночные отношения, защищает частную собственность, то концепция, заложенная в рыночном Гражданском кодексе, должна найти логичное отражение прежде всего в таких отраслях, как уголовное право, административное право, которые этой концепции не должны противоречить.

В Казахстане очевидны концептуальные недостатки Уголовного кодекса, вызванные его отягощенной наследственностью советского периода, когда он был успешным средством борьбы с предпринимательством как таковым. Он и сейчас эффективно используется, будь то кланами, будь то властью (я не буду концентрироваться на этом вопросе) для борьбы с кем бы то ни было на основе конкретных норм уголовного права, будь они хорошие, будь они плохие.

Я хотел бы еще на одном моменте остановиться. Вы совершенно правильно заметили, что в Уголовном кодексе произошли определенные

изменения: глава о правах человека поставлена вперед, государственные преступления перенесли дальше, ст. 58 убрали — замечательно. Но сколько ни говори «халва», слаще не станет. И вот те частные случаи, которые назвали Вы и которые называли здесь другие выступающие, складываются именно в опасную систему - в опасную систему незащищенности. Незащищенности, в которой может оказаться любой из нас, и он будет оказываться незащищенным в результате неточных или расплывчатых формулировок Уголовного кодекса и более точных формулировок налогового законодательства, которое по какой-то причине оказалось не оценено ни с точки зрения его коррупционной составляющей, ни с точки зрения его рыночности. Это как раз и есть тот концептуальный подход к праву, который должен быть логичным. Сейчас в Казахстане принято Нормативное постановление Пленума Верховного суда Казахстана о лжепредпринимательстве, оно опубликовано на сайте, всем доступно. Вы знаете, что удивительно? В состав преступного деяния вводится посредничество, коммерческое посредничество. Вы можете себе представить эту ситуацию?

А.В. НАУМОВ: Как в советском Кодексе.

И.А. НОВИКОВ: Я не утрирую, я говорю совершенно точно: коммерческое посредничество считается преступным, что разъясняется Верховным судом. Я думаю, это может быть вызвано, наверное, недостатками образования у кого-то или, может быть, ошибочной концепцией либо это совершенно четкий и определенный заказ власти. Под властью мы понимаем не публичный интерес, мы понимаем интересы конкретных чиновников, возможно, кланов и т.п. Но что меня беспокоит? Меня беспокоит уже не только то, что на уровне закона создаются проблемы правовой незащищенности меня, других людей, которые работают в частном бизнесе. Меня беспокоит то, что Верховный суд как самостоятельная судебная власть сливается единым голосом с законодательной и исполнительной властью, полностью утрачивая свою независимость, которая бы гарантировала мою правовую защищенность в определенном вопросе. Я не знаю, как в России, но в Казахстане есть ощущение, что мы переходим какую-то опасную грань, за которой у людей теряется чувство защищенности. Я поражаюсь той открытости дискуссии, тем мыслям, о которых участники стола говорят открыто. Я боюсь, что у нас в Казахстане это будет даже сложно обсуждать вот так, открыто. Это уже становится табу, это уже становится запрещенным.

Еще об одном вопросе, о котором я хотел вам сказать, в плане опасения за предпринимательство. В Казахстане сейчас активно идет процесс привлечения лиц к ответственности без вины за так называемые последствия заключения сделок с предприятиями, которые впоследствии признали лжепредприятиями. Иными словами, Игорь Новиков, глава юридической компании, приглашает строителей, которые у него в офисе делают ремонт. Спустя пять лет обнаруживается, что эти строители зарегистрировали предприятие, не желая заниматься предпринимательской деятельностью. Суммы, уплаченные за ремонт, нам не позволят отнести в зачет — первое, второе — за эти пять лет с нас взимают подоходный налог на отнесенную в зачет оплату и пени за несвоевременную уплату в бюджет подоходного налога и НДС. Если эта сумма вписывается в размер административной ответственности, я привлекаюсь к административной ответственности. Но если этот размер превышает определенный, установленный законодательством — я привлекаюсь к уголовной ответственности. Вот эта перспектива, когда я за действия какого-то третьего лица буду отвечать своим честным именем, имуществом и свободой. Она и создает как раз ту правовую незащищенность.

Работая с Уголовным кодексом в Казахстане и с прежним Уголовным кодексом советского периода, я обнаружил, что те статьи, которые касаются защиты жизни, здоровья, которые были восприняты еще со времен царской России, работают замечательно, они до такой степени ясны, понятны, что позволяют их нормальное применение, и если возможно где-то злоупотребление, то это злоупотребление будет тоже на грани преступления. Но если мы говорим о той сомнительной во многом части, касающейся экономики и экономики рыночного периода, то, что есть у нас в Уголовном кодексе, — это конкретный инструмент борьбы с нами, который может оказаться в недобросовестных руках, и от этих рук мы зависим на все 100%.

У меня есть вопрос: востребована ли концептуальная модель развития уголовного, административного права здесь, в России? Востребована ли она властью? Почему? Потому что если она не востребована, то надо стучаться во все двери, иначе мы можем оказаться там, где, нам казалось, мы уже никогда не окажемся.

А.В. НАУМОВ: Игорь Анатольевич, вопрос, конечно, очень сложный. Однозначного ответа нет. С одной стороны, Уголовный кодекс и был создан как кодекс, все-таки защищающий рыночную экономику, это один из постулатов был. Но был переходный период. В чем сейчас сложность? Тревога в связи с чем? А тревога в связи с оценкой мирового

экономического кризиса. Ведь в данном случае и средства массовой информации, и пр. говорят: «вот они, либералы», т.е. сейчас либералов только ленивый, как говорится, не пинает. «Ну что, вы довели, вот эта либеральная экономика, государство устранили из экономики». Подспудно это же и на рыночную экономику идет накат в том отношении, что повинна в кризисе сама эта рыночная экономика. А что дальше-то делать? От рынка возвращаться к плану? Конечно, нет. Уже исторический эксперимент был один в этом отношении.

Поэтому речь идет о чем? Что, несмотря на то что все недостатки и, конечно, кризис — это порождение, конечно, рыночной экономики, бесспорно, но ведь Маркса никто не отменял, Маркс об этом писал, всегда это есть, но за кризисом всегда идет подъем. Меня, например, сейчас больше всего интересует не то, как мы сейчас жить будем в условиях кризиса, меня дальше интересует, а что будет после кризиса, как мы выйдем, другие страны выйдут из этого кризиса.

Т.Г. МОРЩАКОВА Хочу сказать об идее верховенства права в виде общих принципов права. Вот на самом деле посмотрите, как Верховный Суд определил доход, являющийся основой для того, чтобы предъявить уголовно-правовую претензию предпринимателю при незаконном предпринимательстве. А я хочу задать такой простой вопрос. Это предписание в законе не зафиксировано, но сформулировано в постановлении Пленума Верховного Суда, разве в этом предписании (учитывать ущерб от этой деятельности, включая не только прибыль, но и расходы), разве в нем нет прямого нарушения ст. 1 Протокола № 1, посвященного защите права собственности? Это совершенно явное нарушение ст. 1 Протокола № 1.

Мне все время хочется найти какие-то общие максимы, от которых мы могли бы идти, предлагая совершенствование законодательства, предлагая совершенствование судебной практики. Я могу привести совсем не криминальный пример. Частный нотариус у нас платит налоги, есть специальная норма, внесенная недавно в законодательство о нотариальной деятельности. И согласно этому акту нотариус какие-то услуги оказывает бесплатно, это его обязанность, потому что он вот так делит с государством заботу о сирых, бедных и несчастных. И нотариусы оказывают эти услуги бесплатно, но тут вдруг происходит интересное" изменение в законодательстве: в него включают статью о чем? Что этот тариф, не полученный частным нотариусом в связи с тем, что он оказывал нотариальную помощь бесплатно, оказывается, не исключается из налогооблагаемой базы, а включается в нее.

Верховенство права

Понимаете, если мы сравниваем разное отраслевое регулирование, мы видим нечто похожее, и это похожее, очевидно, диктуется одним и тем же в нашем сознании, в нашей культуре, которая много лет формировалась совсем при другом праве. И мне кажется, что это все — и в Верховном Суде, и в постановлении Пленума, и в законодательстве о нотариальной деятельности — это все оговорки по Фрейду, чистые совершенно: прибыль мы отрицаем, хоть мы делаем вид, что у нас рассчитанный на рыночные отношения Уголовный кодекс.

И мы многие максимы отрицаем. Вот меня тоже очень заинтересовала в главе Анатолия Валентиновича проблема, связанная с совокупностью и с изменениями в ст. 17. Вы написали совершенно справедливо, законодатель хотел учесть запрет наказания дважды за одно и то же. И поэтому он написал: если у нас есть уголовный состав, в котором в качестве квалифицирующего признака, усиливающего ответственность, влияющего на размер наказания, названо совершение другого преступления (например, у нас есть такой замечательный состав - убийство, сопряженное с разбоем), законодатель внес норму в Общую часть Кодекса, что это не создает совокупности. Если норма УК гласит, что ответственность устанавливается за убийство, сопряженное с разбоем, то надо карать за убийство, но не за убийство плюс разбой, потому что разбой — это отдельный состав преступления. Но как сложилась практика? Железобетонно. Верховный Суд пишет: при совершении убийства, сопряженного с разбоем, необходима двойная квалификация — по ст. 105 об убийстве с разбоем, по этому пункту, где разбой как учтенная совокупность в качестве квалифицирующего признака выступает, плюс по статье о разбойном нападении, где тоже есть квалифицирующий признак — причинение особо тяжкого вреда здоровью, включая и причинение смерти. Совершенно явное нарушение принципа «не дважды за одно и то же».

И Верховный Суд настаивает на этой позиции: норма закона, которая позволяла бы это устранить, не распространяется на идеальную совокупность, и так же говорит наша теория. Почему наша теория так говорит, что это распространяется только на реальную совокупность, но не на идеальную? Совершенно необоснованно. Но я скажу больше, уголовный законодатель сам по себе, хотя он и сделал эту оговорку о невозможности совокупности, грешен. Чем он грешен? Он в двух нормах Уголовного кодекса описывает разными словами одно и то же деяние — сначала он описывает его как убийство, сопряженное с разбоем, а потом он описывает его как разбой, сопряженный с убийством. Я даже не стала бы сейчас затрагивать вопрос о квалификации по совокупности, но затро-

нула бы один вопрос: при наличии такого двойного уголовного запрета на одни и те же действия, если правоприменитель может выбирать (мы говорим о единообразном применении) — выбрать один состав, по ст. 105, или другой состав, по ст. 162, разве можно правоприменителя ставить в такие условия, когда он должен выбрать или один состав, или другой? Это во всяком случае разрушает просто все — и справедливость наказания, и запрет, от которого эта справедливость уголовной ответственности идет, — «не дважды за одно и то же». И это тоже оговорка по Фрейду, понимаете? Потому что мы идем все-таки от старого Кодекса, который строился исходя из отраслевых правил, он никогда не учитывал правила надотраслевые и даже наднормативные, надпозитивистские. Вот почему меня все время волнует эта проблема: на чем будет основано единство? Верховный Суд сейчас обеспечил единство: во всех случаях убийства, сопряженного с разбоем, дела квалифицируются по совокупности — вот «замечательное» единство. И даже я в литературе уголовно-правовой читала объяснения: а как же, говорят, иначе? Замечательный мотив, который я тоже называю оговоркой по Фрейду: а как же, говорят, не квалифицировать по совокупности, ведь по ст. 105 можно применить более строгое наказание, чем по ст. 162? Значит, идея Кодекса — вовсе не в том, чтобы справедливо определить основания уголовной ответственности, она в другом — дать как можно больше и изыскать для того, чтобы дать безумно строгое наказание, максимально возможное, любые пути.

Теория здесь сама по себе, если мы не обратимся к надпозитивным правовым принципам, ничего не создаст. И есть очень много юристов, которые стоят на этой позиции: «только так делать и никак иначе», и это характеризует сознание теории, не только сознание правоприменителя. Вот поэтому со всем этим мы никак не разберемся. Точно то же мы имеем с вами в разъяснениях Пленума в связи с делами об отмывании. На что ориентирован Пленум? «Да вся эта частнопредпринимательская деятельность — это зло», и это оговорки по Фрейду. И никакие объяснения наподобие того, что в эти так называемые лихие, 90-е все, что было создано в качестве частной собственности, имело какое-то ужасное, преступное происхождение, этого не оправдывают, потому что нормальное правовое развитие сейчас уже невозможно, если мы не закроем на то глаза. Сколько раз предлагалась налоговая амнистия, дачная амнистия, еще какая-то амнистия? Нельзя считать оттуда, от того времени, когда государство еще не создало правил. Вот правильно Вениамин Федорович говорил, уже частное предпринимательство было, а правил для него не было. Кто виноват, эти люди или те, кто должен был создать правила?

Верховенство права

Поэтому мне кажется, что все-таки, конечно, наше отраслевое законодательство эти общие принципы права не освоило. Иначе как можно прямо нормой уголовного закона или разъяснениями Пленума, или нормой законодательства о нотариате отрицать ст. 1 Протокола № 1 к Европейской конвенции? Ведь это же не просто договор, это общепризнанное положение международного права в области, в частности, собственности, защиты собственности.

С отмыванием что произошло? Вы прекрасный пример приводите, как наш законодатель изображал, что он учитывает наши международные соглашения о борьбе с коррупцией. Это прекрасный пример: все, что он сделал, не надо было делать, потому что и так это уже учтено было, учтено абсолютно. И об отмывании точно так же — не надо было это учитывать, однако мы это продолжаем учитывать. Сейчас целая история была с восстановлением конфискации. Что мы такого восстановили, чего у нас до этого восстановления нельзя было сделать? Нажитое преступным путем в обязательном порядке подлежит изъятию. Все прописано, да? Если бы вы знали, сколько я выслушала упреков от довольно высокопоставленных должностных лиц о том, что мы нарушаем, из-за того что мы убрали конфискацию всего имущества, не преступно нажитого, а всего имущества человека, из-за того, что мы ее убрали в качестве дополнительной меры наказания, как мы нарушаем международные конвенции, как мы потворствуем преступникам. И весь Уголовный кодекс, когда его разрабатывали, имел хорошие идеи уйти от этого, но его же все время приводили к общему знаменателю с предыдущим развитием. «Вы способствуете преступникам, вы разрушаете прокуратуру, когда вводите принцип состязательности, вы еще что-то делаете» — это работают старые идеи. Если мы не придем к тому, что судебная практика должна быть построена на том, что соответствует общеправовым принципам, и если мы не придем к выводу о том, что закон должен быть построен на том, что соответствует общеправовым принципам, мы ситуации никогда не поправим.

А что это за нормы, в которых непонятно в чем обвиняют людей, вот, например, при нарушении условий лицензирования. Условия лицензирования для банка, они в каких актах определены? В актах самого разного уровня, это не просто правительственные акты, это даже нормативные акты банка, Центрального банка. Так может определяться уголовная ответственность? Уголовная ответственность — это не лишение лицензии, это не какие-то административные санкции для этих участников деятельности, если они нарушили лицензию. А вообще-то система лицензирования кем-нибудь будет когда-нибудь у нас

оценена с точки зрения различных методов правового регулирования? Лицензирование — это что? Это какой метод правового регулирования? Это же чисто разрешительный метод правового регулирования, пойдешь, получи разрешение, тогда ты можешь. Уже давно мир переходил, пусть меня поправят наши иностранные коллеги, на другое — есть стандарты, стандарты должны соблюдаться. Если кто-то в своей деятельности производит нечто, не соответствующее стандартам, за это он или будет лишаться чего-то, например возможности заниматься этой деятельностью, или будет привлекаться к какой-то ответственности. Но у нас же все лицензируется теперь.

Поэтому я бы все-таки больше согласилась с тезисом, что как Уголовный кодекс ни старался, да и многие другие законы, не только Уголовный кодекс, перейти от этого разрешительного метода правового регулирования к чему-то другому, мы так до конца и не перешли и уж теперь, конечно, не перейдем. В условиях кризиса. Хотя я совершенно согласна с тем, что сказал Михаил Александрович, что «кризис» — это не только банки, наверное, имеют право сказать — в головах, и он позволяет продолжать с юристов тоже снимать сейчас часть ответственности за те явления, которые они своими проектами и идеями продолжают нести в нашу жизнь, хотя эти идеи неправовые. Вот как нам сделать, чтобы прямо какой-то катехизис был составлен этих общеправовых идей, обязательных для всех? Не знаю. У меня есть один рецепт: обращаться к международному стандарту. И в этом смысле для меня позиция, например, Европейского Суда по правам человека — это, может быть, самое действенное для модернизации нашей правовой системы.

Я в свое время одну такую чудовищную идею выдвинула, которую Страсбургский суд, конечно, в силу своей деликатности и в силу своей позиции, которая построена на уважении национальных правовых систем, наверное, еще долго не примет, хотя России, например, это было бы очень полезно. Я считаю, что если для исполнения решений Страсбургского суда нужны какие-то общие мероприятия, которые планируются и рекомендуются Комитетом министров, то это можно очень просто сделать в России, не обращаясь к нашему законодателю и к нашему Правительству. Я считаю, что у нас есть все основания в нашей Конституции и в Законе о Конституционном суде для того, чтобы Комитет министров, исполняя решения Страсбургского суда, мог обратиться в Конституционный Суд Российской Федерации с ходатайством о признании норм, устранить которые необходимо для того, чтобы устранить такого рода нарушения, какие Страсбургский суд отметил

неконституционными. Путь простой, не будет ни необходимости идти через наш парламент, ни необходимости доказывать в нашем Правительстве, не будет бесконечных этих согласований, это очень просто, потому что Конституция позволяет суду, а Страсбургский суд — это суд, действующий на основе нашей Конституции в отношении наших граждан как признаваемая юрисдикция, и Конституция такому суду позволяет поставить вопрос о неконституционности национального закона.

То есть нужны какие-то сверхидеи, идеи, идущие не с национального уровня, а с наднационального уровня. Я понимаю, что то, что я говорю, — наверное, это экстрим, для российских юристов, наверное, это сверхэкстрим, но это действенный инструмент, иначе мы будем все время в каком положении находиться? Протокол № 14 к Европейской конвенции, усовершенствовавший процедуру Страсбургского суда и рассмотрения дел в Страсбургском суде, единственной Россией не ратифицирован¹. Мы что, можем остановить движение Европы к эффективным процедурам? Нет. Значит, нужно ставить вопрос таким образом, чтобы можно было принудить страну, любую, не только Россию, ратифицировать то, что ей положено. У нас не ратифицирован Протокол № 6, о запрете смертной казни, там мы спасаемся только тем, что у нас смертная казнь сейчас не применяется, потому что не обеспечен везде суд присяжных. И нас спасает эта временная норма Конституции, временная она потому, что она была, когда ее писали, как временная сформулирована: «Впредь до отмены смертной казни». На самом деле у нас отмена-то давно произошла, потому что отменой является акт подписания Протокола № 6. В силу Венской конвенции все знают: подписанный, но не ратифицированный протокол имеет точно такую же силу для государства, он запрещает стране, подписавшей акт, совершать действия, направленные против предмета и цели договора. Мы уже не можем это применять, у нас это состоялось, но наши парламентарии продолжают, или на потребу публики, или утешая себя своей необычайной самостоятельностью по отношению к мировому сообществу, настаивать на том, что у нас смертная казнь существует. Она да, на бумаге существует, но ее нет с точки зрения действующей системы права, потому что подписанный международный договор по Конституции выше стоит, и не только тот, который ратифицирован, потому что есть еще Венская конвенция о праве международных договоров. Если мы не найдем для себя какой-то отправной точки,

¹ Дискуссия велась до того, как Федеральным законом от 4 февраля 2010 г. № 5-ФЗ Россия ратифицировала Протокол № 14 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод. - *Примеч. ред.*

которая зафиксирована где-то над нашим национальным правом, мы не сумеем обеспечивать адекватное содержание национального регулирования правовым максимам, понимаете? Никакого верховенства права не будет, верховенство права — это не диктатура закона, правда же? Закон может быть какой угодно: и «вешать всех», и «рубить всем головы», и «всех называть одним именем», как в фашистской Германии было, закон может быть любой. И именно утверждение плохого закона как основы для единой практики больше всего страшит меня, поэтому я с чего начала, к тому и возвращаюсь, понимаете?

А.Г. ФЕДОТОВ: Слушая Игоря Анатольевича, я испытывал абсолютное дежавю, когда он рассказывал про то, как по истечении пяти лет после событий юридическое лицо вдруг признается «лжепредпринимателем», а наказывают за это совершенно добросовестное лицо, физическое или юридическое. То, про что говорил Игорь Анатольевич, у нас это называется «недобросовестный налогоплательщик». Как-то раз, я не берусь сказать, в скольких решениях это прозвучало, может быть, в одном, может быть, в двух решениях Конституционного Суда было использовано это понятие. Тут же что сделала налоговая инспекция? Она на этом целую концепцию построила, когда, несмотря на то что в налоговом праве нет ответственности за других, а есть ответственность налогоплательщика за себя, делалось то же самое — приходили к людям, которые у кого-то купили розетки или еще что-то, и выяснялось, что та организация, у которой розетки куплены, налоговую отчетность не сдает. И тогда налоговая говорит: «Вы недобросовестный налогоплательщик, потому что вы с несуществующей фирмой какие-то операции проводили» и наказывает точно так же.

Дело в том, что наше право в целом оказалось не готово к новым условиям и к новым общественным отношениям, и то, что мы приняли хороший Гражданский кодекс, в остальном нам, к сожалению, не помогло, и пока не помогает. И когда Тамара Георгиевна говорит о том, что должны быть какие-то надпозитивные, надотраслевые принципы, я с этим полностью согласен. Почему? Потому что если мы этого не делаем, у нас начинаются вот такие истории, причем иногда, извиняюсь, с использованием того, что неосторожно сказал Конституционный Суд.

И, строго говоря, дело не в том, что хорошее частное право и плохое публичное право, но у нас, к сожалению, в публичных отраслях действуют свои неписанные принципы. Мы вот тут говорим о надпозитивных принципах, а там свои принципы действуют, которые официально

провозглашаются одни, а реально действуют другие. Причем совершенно очевидно, что это некая презумпция вины, некая презумпция того, что если частная собственность в какой-то своей статике еще допустима, то в смысле предпринимательства это уже на грани или за гранью. То есть такая модифицированная идея гражданина или компании как государственного раба, с которым можно поступать либо так, либо так, потому что само государство себя правом связанным не считает. На мой взгляд, если говорить о неких надпозитивных принципах, то, наверное, принцип номер один — что государство должно не только объявлять, что оно связано правом, но и соблюдать это, чего мы, к сожалению, не видим. То есть мы видим прямо обратное.

На мой взгляд, совершенно очевидно, что наши отрасли публичного права настолько не готовы к сегодняшним условиям, что это мы испытываем все, извиняюсь, на собственной шкуре каждый день. Начать с того, о чем Елена Владимировна говорила, возьмите любую отрасль - природоохранное, налоговое законодательство, т.е. любую сферу действия публичного права, где человеку не дают самому решить, каково его право и что с ним делать, — у нас тут же начинаются чудеса. Тут же. Потому что существует абсолютная идея, что государство правом не связано. Если об этом не говорить, а молчать, то мы, наверное, никуда не сдвинемся, и в этом смысле эта идея Тамары Георгиевны о связанности правом хотя бы в смысле международных соглашений мне очень нравится, потому что я тоже не вижу другого выхода, строго говоря, потому что внутри страны я уже не вижу резерва.

И правильно мы говорим, что если на уровне судебной практики могут быть какие-то иллюзии, то на уровне законодательного регулирования какие могут быть иллюзии, возьмите, почитайте, например, закон об Олимпиаде в Сочи. Там просто собственник низведен, у него надо отобрать все и ничего ему особо не причитается. А никто же не отменял ни конституционные нормы, ни нормы гражданского права о частной собственности.

М.А. СУББОТИН: Я опять услышал от Анатолия Валентиновича знакомые слова о том, что мы — как все, т.е., по сути, что мы платим кризисами за то, что вступили в рыночную экономику, и еще старик Маркс об этом говорил. Отсюда фактически следует, что кризисы — это такая особая форма цивилизованности. Я уже предостерегал коллег-юристов относительно опасности обсуждать — неважно, в позитивном или негативном ключе — некую предопределенность экономического развития и призывал к аккуратному использованию экономической

терминологии и теории. Уточню свою позицию и уже буду говорить «по гамбургскому счету». Не только Маркс, который определил, что кризисом 1825 г. начинаются некие «периодические кругообороты современной жизни», писал на эту тему — жизнь экономических циклов и кризисов чрезвычайно богата. Помимо Маркса в причинах циклических колебаний экономики пыталось разобраться огромное число крупных экономистов. Известны неоклассические и неокейнсианские модели цикла Дьюзенберри, Гудвина, Хикса, Роуза, Шумпетера, Фриша и др. В частности, неуклюжесть государственных мер вмешательства в экономику, запаздывание и непредсказуемость их реального эффекта были предметом критики сторонников монетарной теории Фридмена.

Я могу долго на эту тему говорить, но проблема не в том, есть ли экономические циклы и кризисы или их нет. Кризисы вызывают либо желание им противостоять, либо ждать у моря погоды и надеяться на то, что выздоровление США или рост мировой экономики вытянут из ямы наши экспортные товары, а затем и всю нашу экономику. Следовательно, мало признавать тот факт, что экономика «дышит», как человек: вдох — выдох, подъем — спад. Даже здоровые люди дышат по-разному. И тем более по-разному дышат здоровый человек и астматик. Мы по-разному дышим, и причины для этого тоже разные. Поэтому нужна и по возможности точная диагностика, и добросовестное и оперативное лечение. Или если отвлечься от метафор, то в своих поисках причин возникновения нынешнего кризиса, в своих оценках российской экономической, социальной, политической жизни нам удобнее было бы говорить правду. И это никакой не радикализм, а только трезвость и честность оценок. Либо мы будем говорить все так, как есть на самом деле, и готовы обсуждать, что нужно сделать, чтобы изменить экономическую ситуацию к лучшему, либо мы будем рассуждать о том, что страна и ее экономика «чуть-чуть беременны». В первом случае мы будем говорить о том, как нужно лечить, во-втором — каждый из нас будет нести свою меру ответственности за глубину текущего кризиса, за его продолжительность, за его социально-экономические последствия, за его политические последствия в конце концов. Спасибо.

М. КАРАДЖОВА Относительно исполнения решений и рекомендаций Комитета министров. Я очень хорошо понимаю вашу позицию, но вы, безусловно, понимаете, в чем состоит цель этих рекомендаций. Она состоит в том, чтобы заставить государство работать, а не чтобы Страсбург за него работал.

Т.Г. МОРЩАКОВА: На самом деле я как раз предлагаю, чтобы государство наше, в лице Конституционного Суда, работало. Ведь Комитет министров обращается к Правительству? Вот и все. Просто нужно найти нужного партнера. Я понимаю всю шепетильность ситуации, и я понимаю, что никогда Страсбургский суд не захочет, чтобы его обвинили в том, что он действует через голову Правительства, но на самом деле в этом отражается только то, что судебная власть не является одной из правительственных голов.

А.Г. ФЕДОТОВ: У меня вопрос к представителям судейского сообщества, пусть и в отставке. Та тенденция, которая имеется в настоящее время, по сокращению, скажем так, поля деятельности суда присяжных, каково ваше отношение к ней? Какова причина этого? То есть суд действует неэффективно или наоборот? Потому что я, например, как адвокат воспринимаю это — не во всем, но во многом — как подтверждение колоссального непрофессионализма наших следственных органов. Потому что качество следствия (если это можно назвать качеством) очень часто таково, что по этим материалам дела решение готов выносить только профессиональный судья, а суд присяжных выносит совершенно другие вердикты, причем даже при обстоятельствах, которые вызывают большие сомнения.

Т.Г. МОРЩАКОВА: Можно я сейчас всех обрадую, чтобы действительно какая-то оптимистическая нота прозвучала? Буквально дня три тому назад Президент, Дмитрий Анатольевич Медведев, распекал, другого слова не могу подобрать, представителей прокуратуры, которые продолжали ругать суд присяжных, а он их распекал и сказал: «Это вы сами не умеете работать, а этот суд не виноват». Это тезис номер один для оптимизма. Тезис номер два для оптимизма заключается в том, что Комитет по законодательству Государственной Думы попросил Общественную палату, опять же на днях, подготовить предложения по расширению судов присяжных, с тем чтобы как-то компенсировать их удаление из дел, где речь идет о государственной измене, терроризме, шпионаже, массовых беспорядках и узурпации власти, введением присяжных при рассмотрении других категорий дел. Я знаю, что в основе этого лежит инициатива Совета при Президенте по развитию институтов гражданского общества и правам человека, возглавляемого ЭЛ. Памфиловой¹, потому что мы от этого Совета писали бумагу Президенту,

¹ Дискуссия велась до отставки Э.А. Памфиловой с этого поста по ее просьбе 30 июля 2010 г. — *Примеч. ред.*

на этой бумаге Президент написал, что он считает необходимым обсудить этот вопрос.

В.М. ЖУЙКОВ: Я могу повторить то, что я говорил и даже писал несколько раньше: что это продолжение контрреформы, которая у нас сейчас проводится, — аналог ситуации XIX в. Тогда тоже было сокращение суда присяжных и тоже примерно по такой же категории дел. И то, что сейчас, как бы в качестве компенсации, расширится круг дел, рассматриваемых присяжными, — это, конечно, будет очень хорошо. Расширится участие суда присяжных в других категориях дел, но это никоим образом не восполнит той потери, которая сейчас наступила. Потому что в этих делах у государства маленький интерес — ну, подумаешь, украл он или не украл у кого-то из кармана какую-то сумму, это не так важно, а вот оправдать обвиняемого в терроризме, в отношении которого нет никаких доказательств, — это совершенно другая вещь. Поэтому, к сожалению, это тенденция некая.

Игорь Анатольевич, Вы задали важнейший вопрос о том, имеется ли у нас концепция развития права. Концепция какая-то, конечно, есть. Вот я в Институте законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ работаю. Сейчас в Институте готовится 5-е издание Концепции российского законодательства, предыдущее было толстым томом, сейчас, наверное, будет еще побольше. Институт старается еще с середины 90-х годов, вот уже четыре издания было, пишет общую концепцию права, отраслевые концепции, но я думаю, что мало кто это все читает и мало кто учитывает. И отсюда вот эти противоречия между частным и публичным правом, о которых мы говорили, что важнее? Я считаю, что здесь не может быть приоритета ни у той части права нашего, ни у другой, а самое главное, что в регулировании каждого конкретного правоотношения должен быть между частным и публичным найден разумный баланс. Это, конечно, легко сказать, очень трудно сделать, но это, по-моему, самый главный критерий. И, между прочим, я обратил бы ваше внимание на то, что Конституционный Суд, когда признает многими своими постановлениями не соответствующим Конституции тот или иной закон или, наоборот, признает, как раз исходит из того, что этот баланс вторжения государства в частные интересы нарушен или не нарушен. Это, конечно, очень сложно определить, но это, по-моему, единственный критерий. Потому что сказать, что в этих отношениях выше публичное, в этих — частное, нельзя. Понимаете, чем больше я занимаюсь этими проблемами, тем больше прихожу к выводу — об этом сегодня

говорили, — что не просто искусственно это разделение, хотя в теории оно есть, но оно иногда просто даже вредно.

И конечно же обеспечение верховенства права должно в первую очередь реализовываться в законодательстве, вне всякого сомнения, законы должны во всяком случае стремиться к тому, чтобы обеспечивался единый концептуальный подход, с тем чтобы не было таких противоречивых регулирований. А у нас сейчас каждый разработчик проекта закона думает в первую очередь о своих интересах и пишет, что его закон в этих отношениях превыше всего, а все другие законы, которые ему противоречат, применяться не могут, такая формулировка существует во многих кодексах и просто в законах.

Х. БУЛЛ: Я задумался над проблемой распространения информации, особенно в отношении применения закона о правах человека, европейского закона, фактически это ведь не конвенция, это другое, это прецедентное право, это решения Страсбургского суда, и они, эти решения, доступны на французском или английском языке. Даже в Норвегии у нас проблема с этими решениями, потому что в первую очередь нам надо перевести все эти решения, а потом сделать их доступными и широкой общественности, и юристам. А пока они недоступны, вы не можете их применять. Я думаю, что я видел некоторые книги, которые публиковались неправительственными организациями, в которых заключались вот такие основные, ключевые решения Европейского Суда. Какова сейчас ситуация? Насколько я понимаю из этой дискуссии, судьи и, наверное, юристы и адвокаты как правило не имеют доступа к таким решениям. И, вероятно, на основе этих решений адвокаты не строят свои выступления в суде и судьи тоже не основывают свои решения на этих решениях Европейского Суда. И, насколько я помню, в российской Конституции есть положение, которое говорит о приоритете международных обязательств Российской Федерации. Так что если ситуация будет развиваться так, как она должна развиваться, судья должен быть свободен в применении решений Европейского Суда и делал бы так, наверное, если бы он это знал. Может быть, правда, я упрощаю? Я не знаю.

А.Г. ФЕДОТОВ: Эти решения доступны, но проблема в том, что их не применяют активно, во всяком случае суды. И Вы правильно сказали, что между тем, что мы подписали Конвенцию по правам человека, и применением непосредственно конкретных решений по конкретным делам есть дистанция.

В.М. ЖУЙКОВ: Наша Конституция реально применяется судами. Еще в 1995 г. Пленум Верховного Суда РФ принял постановление о применении судами общей юрисдикции норм Конституции. Несколько лет назад Пленум Верховного Суда принял постановление о применении судами общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров. Так что в принципе позиция Верховного Суда РФ твердая — Конституция и нормы международного права имеют приоритет перед нашим внутренним законодательством и должны применяться. Это общий подход.

Т.Г. МОРШАКОВА: У нас есть в теории дискуссия по поводу того, что именно из решений Страсбургского суда обязательно, а что не обязательно. Все сразу признают единодушно, что решение Страсбургского суда, вынесенное в отношении России, конечно, для нас обязательно независимо от того, как на национальной почве складывается по конкретному делу его исполнение, удачно или неудачно, быстро или медленно. Никто это не отрицает и не может отрицать, потому что действительно подписание Европейской конвенции означает и согласие с ее положением о том, что толковать Конвенцию официально может только Страсбургский суд и что страна, подписавшая Конвенцию, соглашается с этим толкованием, признавая юрисдикцию Страсбургского суда. Но другой вопрос заключается в том, насколько судебная практика да и теория соглашаются с тем, что прецеденты Страсбургского суда по делам в отношении других стран могут быть обязательны для Российской Федерации. На самом деле, как я представляю себе литературу по этому поводу, не только российскую, но и зарубежную, это во многих странах вызывает дискуссии. И у нас тоже есть такая позиция, согласно которой прецеденты по делам не против России не могут иметь обязательного значения. Но лично я придерживаюсь другой точки зрения. Та точка зрения, которой я придерживаюсь, например, постоянно отражается в решениях Конституционного Суда Российской Федерации, потому что Конституционный Суд выводит толкование норм Конвенции и норм нашей Конституции из прецедентов Страсбургского суда в отношении других стран. Так было истолковано очень много решений по Европейской конвенции. Например, мы приняли понятие обвинительной деятельности, которое было сформулировано в решениях Страсбургского суда не против России и согласно которому ее обнаруживают уже первые признаки преследования независимо от того, были ли в ходе судопроизводства приняты уже какие-то процессуальные акты, закрепившие обвинение. Это только один из примеров.

Верховенство права

Мы расширили право человека на помощь защитника в ситуациях, когда он еще не стал обвиняемым, и это в нашем судопроизводстве называется «адвокат для свидетеля». У нас очень много таких решений, где прецеденты в отношении других стран признаны обязательными у нас, на нашей национальной почве, повторюсь, исходя из одного простого принципа: Страсбургский суд дал толкование сути определенного права, защищаемого Конвенцией, — первое положение. Это толкование Страсбургского суда такого права, конвенционального, является официальным — второе положение. Официальное толкование Страсбургского суда признано Российской Федерацией при подписании Европейской конвенции — третье положение.

В.М. ЖУЙКОВ: Совершенно правильно, я согласен. И вообще, умное государство будет учиться на опыте других. Поэтому если в отношении кого-то, другой страны, Европейский Суд истолковал положения Конвенции таким-то образом, надо иметь в виду, что если будет дело против Российской Федерации, то таким же образом оно закончится вновь в Европейском Суде. Поэтому это, конечно, надо учитывать. В качестве примера я могу привести такую ситуацию. Европейский Суд принял несколько очень интересных постановлений по праву на свободу выражения мыслей, мнений и оценок (в отношении других стран, в отношении России я не знаю такого дела). И он там сказал, что невозможно опровергать оценочные суждения, что у должностных лиц, занимающих государственные должности, степень защиты их деловой репутации ограничена, потому что они публичные деятели. То есть их можно критиковать, и журналисты не несут за это никакой ответственности. И эти подходы Пленум Верховного Суда учел в постановлении «О судебной практике рассмотрения дел по защите чести, достоинства и деловой репутации», он дал такие разъяснения, основываясь во многом на позиции Европейского Суда по этому вопросу, хотя дел таких против Российской Федерации не было. И Верховный Суд исходил из того, что это нужно учесть и предупредить возможные негативные ситуации.

Е.В. НОВИКОВА: Замечательно. В таком случае разрешите считать нашу повестку исчерпанной, спасибо огромное за удовольствие совместной работы. Я надеюсь, что все это будет воплощено в результат, который вы скоро увидите. Всего доброго!

ГЛАВА 3

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА И КОНСТИТУЦИОННЫЕ ОСНОВЫ ЕДИНООБРАЗΙΑ СУДЕБНОГО ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ

Аксиоматическая суть судебного правоприменения как принятия индивидуальных правовых решений неизбежно сопряжена с отысканием применимого права, т.е. реализуется в сопоставлении универсального смысла правовых правил с особенностями единичного разрешаемого судом конфликта. При этом конкретные решения в спорных ситуациях, как правило, проблематичны. Разрешение правовых споров, относящихся к одному и тому же классу, осуществляют разные правоприменители. Формализация же поиска решений на основе исчерпывающего законодательного закрепления его алгоритма, как и полная формализация самого права, объективно невозможна. Поэтому естественно, что обеспечение единообразия правоприменения является предметом общественного и в том числе юридического дискурса, объединяя усилия доктрины, а также правотворческих и правоприменительных структур. Это объединение усилий объективно диктуется закономерностями жизни права. Законодатель, конечно, не может забывать о правовом содержании закона, допускать разноречивость в регулировании - вопрос о его системности и соответствии правовым принципам заслуживает особого рассмотрения. Юридическая доктрина, не ограничиваясь только анализом правовых предписаний, должна разрабатывать способы и системы аргументации, с помощью которых при формулировании и применении норм могут нивелироваться объективно ограниченные возможности закона, закрепляющего лишь довольно абстрактные модели поведения. Правоприменение же не может исходить ни из механического приложения нормы к конкретной ситуации, ни из абсолютной дискреции в выборе норм и их интерпретации.

Однако цель и содержание единства судебной практики, т.е. ее единых подходов к применению права, задаются не потребностями самой практики, а предназначением и содержанием права как такового. Судебные же процедуры как эффективное средство правоприменения, позволяющее отличать право от «неправа», имеют особые характеристики, которые обуславливают не любые, а только соответствующие

Верховенство права

сути правосудия методы обеспечения единства правоприменения — в качестве предпосылки господства права, правового мира и правовой определенности в процессах общественной модернизации.

Современные представления о праве в отличие от юридического позитивизма не связывают право только с нормативным актом, законом как результатом правотворческой деятельности государства и единственным источником права и предполагают, что понятие права включает и содержательный, ценностный аспект. Верховенство права характеризуется не только и не столько требованием подчинения закону, сколько прежде всего признанием неотчуждаемых прав и свобод человека непосредственно действующими и определяющими смысл и содержание законов, соответствующая проверка и применение которых обеспечиваются правосудием (данная цель и соответствующий ей механизм обеспечения верховенства права отражены в ст. 18 Конституции РФ). При этом суд не вправе применять неправовые по содержанию законы, а процедуры правосудия должны быть справедливыми и гарантировать предвидимость судебных решений, т.е. исключать произвол.

Какое место в этой системе целей и ценностей правосудия должно занимать обеспечение единства судебной практики? Ясно, что оно не является самоцелью: все формы обеспечения единства судебной практики должны быть сконцентрированы на исключении судебных ошибок и произвола со стороны суда, в том числе вынесения судом решений на основе неправового закона или в условиях несправедливых процедур.

Определяющие такие подходы стандарты — соответственно признанным в демократическом обществе правовым принципам — заложены и в российской Конституции. Содержательно это обусловливается признанием общечеловеческих ценностей, которые российский конституционный законодатель в силу своего собственного волеизъявления рассматривает в качестве основополагающих для действующего конституционного регулирования¹.

В привычной парадигме единство судебной практики опирается на следование закону в широком смысле слова, т.е. нормативному акту

¹ См.: *Эбзеев Б.С.* Глобализация, общепризнанные принципы и нормы международного права и правовое опосредование Конституцией России тенденций гуманитарного сотрудничества // *Российское правосудие.* 2007. № 4 (12). С. 11; *Морцакова Т.Г.* Доктринальные основы имплементации международных стандартов прав и свобод средствами конституционного правосудия // *Право. Журнал ВШЭ.* 2008. № 1. С. 3-4; *Нешатаева Т.Н.* Международное частное право и международный гражданский процесс. М., 2004. С. 104, 108.

Глава 3. Верховенство права и основы единообразия правоприменения

и его сложившемуся в правоприменении единообразному толкованию. Сравнительно недолгое в историческом контексте ориентирование национальной судебной системы на высшие конституционные ценности не привело к реальному отходу от старых позитивистских позиций. Чаще предпочтения правоприменителя, выражающиеся в ориентации на нормативные акты, а не на общие принципы права, в том числе признанные Россией как членом международного сообщества, приводят лишь к декоративному цитированию конституционных и международно-правовых положений в судебных решениях для обозначения формального стремления следовать им. Содержание правовых принципов при этом практически не раскрывается и не определяет сущность аргументации при обосновании индивидуально-правовых актов. Обеспечение единства в правоприменении на основе «диктатуры закона» этого и не предполагает. Более того, приводит к приоритету буквы нормативного текста. В судебной практике это во многих случаях считается более удобным, доступным и безопасным, чем реализация Конституции, правовых позиций конституционной и наднациональной юрисдикции, исходящих как раз из общих принципов права.

Однако привычный позитивизм, предпочитающий букву закона его истолкованию на основе правовых принципов, на самом деле не обеспечивает единообразного правоприменения и в конце концов имеет противоположный эффект. Правотворчество и правоприменение, исходящие из нереалистичного тезиса о том, что текст закона при его одинаковом прочтении может и должен приводить к единству в судебной практике, с одной стороны, освобождают от выявления в законе правового содержания, но, с другой стороны, не могут обеспечить устранение присущих законодательному регулированию (при всем его разнообразии и стремлении к наращиванию объема предписаний) неполноты и конкурентности норм, многовариантности их истолкования, а нередко и внешней противоречивости.

В результате нормативистский подход, требующий связанности судьи текстом нормы, при его неизбежной недостаточности как регулятора создает условия для произвольного расширения сферы судебного усмотрения¹ без необходимого его ограничения рамками правовых принципов, что в противоречии со стремлением к единообразному применению закона может приводить (в позитивистской традиции) к непредсказуемым решениям.

¹ См.: Каманин А.В. Влияние некоторых теоретических позиций на состояние и престиж юридической профессии // Каково это — быть юристом / Под ред. Е.А. Мишиной. М.: Либеральная миссия, 2009. С. 76—77.

Верховенство права

Должную основу единообразия правоприменения создает именно следование общим принципам права. Они, безусловно, связывают и законодателя, который, создавая нормы, также не свободен выбирать регулирование любого содержания. Однако особенности законотворческой процедуры: ее явный политический характер, многогосубъектность, не позволяющая принять целесообразные решения, не добившись консенсуса необходимого большинства, невозможность обеспечить подготовку и принятие решений непременно профессионалами-правоведами, различие лоббируемых интересов и многое другое, — объективно не позволяют надеяться, что сами нормы, создаваемые в таких процедурах, будут последовательным воплощением правовых принципов. В правосудии же, исключая по своей сути действие подобных факторов, общие принципы права опосредуют выявление единообразного правового смысла законодательного регулирования, в том числе и без обращения к законодателю с предложениями об изменении, конкретизации, дополнении, согласовании нормативных правил в случаях, когда сам по себе текст закона недостаточен, чтобы выявить его подлинное или должное содержание. Исходя из этого также очевидно, что стремление исключить или свести к минимуму значение судебской оценки применяемых норм как элемента профессионального правосознания и собственного убеждения судей, а следовательно, ограничить судебское усмотрение не адекватно решаемым судом задачам индивидуального правового регулирования¹ и не соответствует роли самостоятельной и независимой судебной власти в контроле за правовым содержанием законов.

Реализация правового смысла норм в правоприменении в качестве механизма, обеспечивающего верховенство права, в рамках правовой государственности представляет собой единственную цель не только правосудия по конкретным делам, но и единообразия правоприменения в целом. Иначе единство судебной практики не имеет легитимирующих его оснований.

Таким образом, единство в применении норм позитивного права социально обосновано только при условии, если оно обеспечивает верховенство права, т.е. служит реализации общих принципов права, признаваемых и действующих в демократическом обществе. Этим определяются как приоритеты единообразного толкования норм, так и допустимые способы обеспечения единства судебной практики.

* * *

¹ См.: *Алексеев С. С. Общая теория права. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2008. С. 63-64.*

Глава 3. Верховенство права и основы единообразия правоприменения

В конституционном контексте единство судебной практики прямо не фигурирует, поскольку в интересах общества оно востребовано только как средство, обеспечивающее господство права, а в ином значении оно имело бы отрицательный эффект, так как приводило бы к клонированию правонарушающей практики.

Опыт неоднократно имевших место в истории страны разного рода политических кампаний с участием судов (например, борьба с тунеядством, хулиганством, хищениями государственного имущества или общее усиление борьбы с преступностью) хотя и сопровождался унификацией судебной практики во всех возможных ее проявлениях — от использования жестких стереотипов наказания до процедур показательных выездных заседаний суда (вне судебных залов) с обязательным участием принудительно собираемой публики и общественных обвинителей, но каждый раз обнаруживал свою неэффективность. При этом отрицательные последствия таких способов обеспечения единства правоприменения проявлялись во всей судебной практике: снижались стандарты доказанности и законности при рассмотрении дел в судах; существенно деформировалось судебское и общественное правосознание; реально сокращалась сфера независимого правосудия.

Конституционно обусловленное и необходимое единообразие судебного правоприменения по существу восходит к равенству перед законом и судом, к запрету дискриминации и произвола во всех областях, при реализации любых прав и обязанностей, включая право на судебную защиту, в том числе от неправомερных судебных решений. Единство судебной практики должно служить обеспечению справедливого правосудия на основе равенства граждан, а предусмотренные возможности для устранения отклонений от правовых стандартов и их разного понимания правоприменителем продиктованы целью предупреждения и исправления судебных ошибок. Именно прагматическая задача коррекции индивидуальных правовых актов в соответствии с правовыми принципами, а вовсе не простое обеспечение единой государственной политики в области судебного определения прав и свобод придает стремлению к единству практики конституционно оправданную значимость. Судебное правоприменение, которое завершается вступающим в законную силу актом, в случае его ошибочности противоречит запрету ограничения прав и свобод иначе, чем на основе и в соответствии с федеральным законом и соразмерно предусмотренным Конституцией целям таких ограничений¹. Не соответствующий

¹ См. постановление Конституционного Суда РФ от 2 февраля 1996 г. № 4-П // СЗ РФ. 1996. № 7. Ст. 701 (п. 6 мотив, части).

правовым требованиям, противоречащий закону, ошибочный судебный акт разрушает единство практики, ориентированной на следование закону и праву.

Однако в догматике и юрисдикционной деятельности обеспечение единства судебной практики и устранение ошибочных судебных актов во многих случаях не рассматриваются как явления одного порядка, хотя и то, и другое представляют собой сущностные категории судебного правоприменения.

Цель обеспечения единства в судебной системе и результатах ее деятельности заявляется чаще как относящаяся к категории публичных интересов. В таком именно качестве нарушение единства судебной практики рассматривается в гражданском процессуальном и арбитражном процессуальном законе как основание для коррекции вступивших в законную силу судебных актов в исключительной процедуре надзорного производства: одна только обнаруженная судебная ошибка в определении прав и обязанностей, как и существенные отступления от процедур справедливого правосудия, не признаются достаточными для отмены подлежащих исполнению судебных актов — необходимо подтверждение определенной общезначимости судебного акта как разрушающего сложившуюся практику. Закономерно возникают вопросы: если практика была противоречивой, а не единой, разве не потребуются отмена исполняемого ошибочного судебного акта в случаях, когда заинтересованная сторона сделала все возможное для защиты своих прав перед судом; не придется ли признать, что единство судебной практики — понятие достаточно условное и интерпретация его нарушения в качестве основания отмены вступившего в силу акта — область дискреции суда, который не может быть лишен возможности оценить, как разрушительна для единообразного правоприменения не только повторяющаяся ошибочная позиция суда, но и единичная.

Если предназначение правосудия состоит в том, чтобы обеспечить, как это провозглашается в конституционной норме (ст. 18 Конституции РФ), защиту прав и свобод, то какой-либо, условно говоря, количественный подход к определению единства судебной практики вряд ли возможен. Правильность правоприменения не доказывается большим или меньшим числом совпадений судебных позиций. Индивидуальные правовые акты не могут не основываться на определенной судебной дискреции, что обусловлено учетом специфики конкретного правового конфликта, а также применением для его разрешения норм права, использующих как формализованные, так и оценочные понятия. Кроме того, достаточно устойчивая или даже единая практика

Глава 3. Верховенство права и основы единообразия правоприменения

применения нормы может не соответствовать идеям верховенства права и, значит, не должна рассматриваться как объект охраны, а, напротив, требует разрушения такого единства. Тогда отклоняющийся от обыкновений неправовой практики судебный акт не может признаваться ошибочным. Судебное правоприменение, ценность которого определяется независимым статусом судебной власти, подчинением суда только правовому закону, а не каким-либо указаниям, от кого бы они ни исходили, требует признания за судом в каждом деле права принять решение по собственному убеждению, в том числе если оно противоречит позиции вышестоящей судебной инстанции. Именно это отличает вертикаль судебных инстанций от других вертикалей власти. По справедливому замечанию Г.Ф. Шершеневича¹, обязательная ориентация на возможную или уже выраженную позицию вышестоящего суда по делу уничтожает существо правосудия. Указания вышестоящей судебной инстанции императивны только в части, касающейся устранения допущенных при принятии судебного акта нарушений закона. Хотя и другие расхождения между вышестоящим и нижестоящим судами могут привести к отмене решения последнего, т.е. обычно разрешаются не в его пользу. Однако не исключается также изменение позиции вышестоящего суда в отношении как конкретного дела, так и судебной практики в целом.

Уже из приведенных соображений ясно, что единство судебного правоприменения — не однозначно положительная его характеристика. Социальная обоснованность и правовая ценность единообразия правоприменения определяются тем, насколько оно адекватно таким целям, как обеспечение верховенства права, устранение судебных ошибок, поддержание доверия к суду как средству правовой защиты, достижение правовой определенности, гарантированность независимости судебной власти. Средства, которые могут использоваться для обеспечения единообразия, должны служить достижению этих целей и не могут вступать в противоречие с ними. Но и исходя из того, что единство практики суть социально полезное состояние постольку, поскольку оно ориентировано на названные цели, придется определять также должную их иерархию.

Исходя из конституционного приоритета личности, ее прав и свобод в качестве высшей ценности (ст. 2 Конституции РФ), что отражает признание общечеловеческих стандартов, на первое место в судебном

¹ Шершенев Г.Ф. Применение норм права // Журнал Министерства юстиции. 1903. № 1. С. 63—64; Он же. Учебник русского гражданского права. Т. 1. М.: Статут, 2005. С. 92-93; Он же. Наука гражданского права в России. М.: Статут, 2003. С. 241—244.

Верховенство права

правоприменении должно быть поставлено именно правильное определение судом прав и обязанностей каждого, в том числе вне зависимости от сложившихся обыкновений практики. Эта главная ценность обеспечивается в правосудии его процедурами, обязательными при рассмотрении каждого дела, и она главенствует в решении судом задач как по установлению фактов, так и по толкованию применимого права. Публичный интерес в достижении единства практики, более всего связанный с правовой определенностью, предсказуемостью судебных актов и основанным в том числе на этом доверием к судебным процедурам, в правовом государстве оправдан именно тем, что он служит равной защите индивидуальных прав и свобод, а не хотя бы и равному, но их нарушению. «Правосудие по самой своей сути может признаваться таковым лишь при условии, что оно отвечает требованиям справедливости и обеспечивает эффективное восстановление в правах»¹. Их защита имеет свои границы лишь постольку, поскольку осуществление прав и свобод человека не должно нарушать права и свободы других лиц (ч. 3 ст. 17 Конституции РФ).

Исключение ошибочного правоприменения является задачей каждого судебного акта, на основе которого определяются права и обязанности. Более того, на судей при рассмотрении ими любого дела возлагается проверка подлежащих применению правовых предписаний как одна из задач судебного контроля. Суд вправе и обязан оценить формальную и содержательную действительность нормы и обусловленную этим возможность ее применения. Не высшие судебные инстанции, а суд в конкретном правоприменительном процессе осуществляет нормоконтроль в широком смысле слова при разрешении дела². Результатом судебного нормоконтроля является решение об отсутствии правовых препятствий для применения нормы как с точки зрения ее места в иерархии правовых актов (по вертикали) и системе правовых норм (по горизонтали), так и исходя из самого содержания нормативного положения. Монополия судебной власти по нормоконтролю, реализуемому в каждом акте судебного правоприменения, отличает его от любого другого правоприменительного процесса, что отражается в конституционном требовании подчинения судьи только правовому закону (ст. 120 Конституции РФ).

Судебная проверка применимого права вытекает из запрета применять нормы, противоречащие не только Конституции, но и общепризнанным принципам и нормам международного права (ч. 4 ст. 15,

¹ См. постановление Конституционного Суда РФ от 2 февраля 1996 г. № 4-П.

² Процессуальное право // Энциклопедический словарь. М.: Норма, 2003. С. 258—259.

ч. 1 ст. 17 Конституции РФ). Право и обязанность по осуществлению нормоконтроля в конкретном правоприменительном процессе ограничены лишь разделением ответственности между судами по выявлению неправового содержания закона. Лишение такого закона юридической силы, т.е. его исключение из системы действующего права, в Российской Федерации, как и во многих других странах статутного права, отнесено к компетенции конституционного судопроизводства. На другие суды, выявившие неправовое содержание закона, возлагается обязанность обратиться к Конституционному Суду РФ¹ именно для того, чтобы обеспечить единую конституционно ориентированную позицию судебной практики, исключающую дальнейшее применение неконституционной нормы. «В аспекте взаимодействия судов различных видов юрисдикции и разграничения их компетенции по выявлению неконституционных законов исключение последних из числа действующих актов является совокупным результатом реализации, с одной стороны, обязанности общих судов поставить вопрос о конституционности закона перед Конституционным Судом Российской Федерации, а с другой — обязанности последнего окончательно разрешить этот вопрос»².

* * *

Создание и функционирование конституционной юрисдикции само по себе, преследуя цель охраны Конституции, опосредует также решение задачи единообразного правоприменения, исходя именно из общеправовых принципов, находящих отражение в Основном Законе. Практика конституционного правосудия представляется наиболее доступным средством распространения такого правопонимания, при котором правовое содержание законодательной и соответственно также правоприменительной деятельности рассматривается как единственно допустимое основание единообразия судебной практики.

В этом смысле ни один другой институт в национальной судебной системе не мог бы действовать как более эффективный механизм обеспечения верховенства права и единства правоприменения, чему способствуют многие объективные правовые предпосылки. Во-первых, конституционная юрисдикция выносит решения, обязательные для органов всех других ветвей власти — законодательной, исполнительной и судебной. Во-вторых, сама Конституция

¹ См. постановление Конституционного Суда РФ от 16 июня 1998 г. № 19-П // СЗ РФ. 1998. № 25. Ст. 3004 (п. 5 и 6 мотив, части).

² Там же.

Верховенство права

закрепляет монополию конституционного правосудия по официальному толкованию конституционных норм, включая содержащиеся в них общеправовые принципы, по лишению неконституционных предписаний их юридической силы, а также по конституционному, имеющему обязательный характер истолкованию нормативных положений. В национальной правовой системе нет других публичных институтов, которые уполномочены на официальное толкование конституционных норм и выявление конституционного смысла закона, приобретающих не только чисто казуальное значение. В-третьих, юридическая сила решений Конституционного Суда служит единому пониманию и восприятию во всей судебной практике международно-правовых стандартов защиты непосредственно действующих прав и свобод и прецедентов наднациональной страсбургской юрисдикции (Европейского Суда по правам человека): даже если законодатель не учитывает их в позитивном регулировании, Конституционный Суд признает их приоритет исходя из сущностного единства конституционных и международно-правовых подходов в области прав и свобод. Также легитимируются в конституционном правосудии прецеденты Европейского Суда по правам человека. Исходя из признания Россией его правомочия давать официальное толкование применяемой им Конвенции по защите основных прав и свобод, решения Страсбурга интерпретируются Конституционным Судом как обязывающие правотворческие и правоприменительные органы, т.е. как фактически приобретающие нормативную силу в качестве универсально применимого права (не только *ad hoc* и *ad personam*), что облегчает, в том числе для национальной судебной практики, восприятие правозащитного мировоззрения наднациональной юрисдикции. Конституционное правосудие ориентирует судебное правоприменение и на использование международных норм, имеющих рекомендательный характер, - обязательность решений Конституционного Суда придает и их толкованию императивное значение, тем самым позволяя учесть в актуальной практике перспективы мирового правового развития. Наконец, в-четвертых, конституционное правосудие вводит не только в научный, но и в практический правоприменительный оборот достижения доктрины относительно существа общеправовых принципов конституционализма и единых стандартов гуманитарного права, существенно облегчая для других судов ориентацию в современном демократическом правовом сознании.

Можно выделить ряд не предлагавшихся отечественной теорией XX в. общеправовых подходов в качестве универсальной основы

Глава 3. Верховенство права и основы единообразия правоприменения

единства в правовой системе. Они используются конституционным правосудием в качестве методологических при толковании конституционных идей о верховенстве права в правовом государстве и основаны на выявлении смысла, логики и взаимосвязи норм российской Конституции в исторических и правовых реалиях страны. Этим идеям должен следовать не только законодатель. Без их учета в практике осуществления правосудия не может обеспечиваться верховенство права, предполагающее в том числе единообразное и правовое по своему существу истолкование действующих нормативных предписаний¹. Согласно правовым позициям Конституционного Суда РФ, из конституционного признания в качестве общечеловеческих ценностей неотчуждаемых и принадлежащих человеку от рождения прав и свобод следует также, что и в судебной практике какая-либо альтернатива высшей ценности человеческой личности предложена быть не может. Иное лишило бы саму Конституцию ее изначального и обязательного для власти целеполагания — исключить любую дискриминацию в отношении принадлежащего к демократическому мировому сообществу народа России в области обеспечения прав и свобод человека — в сравнении с их международным стандартом, воспринятым также национальными правовыми системами¹.

Исходя из этого в конституционном правосудии раскрыто содержание принципа уважения достоинства, присущего всем членам человеческого общества, и оно является основой свободы, справедливости и всех неотъемлемых прав личности и обуславливает обязанность государства обеспечивать его охрану. На этом базируется вывод, имеющий универсальное значение в правозащитных механизмах, прежде всего в судебных: 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

¹ Не упрощая содержательное значение принципа верховенства права, но выделяя его квинтэссенцию, которая определяет также основной его смысл в сфере судебного правоприменения, реализующего правозащитную цель, не будет некорректным исходить из того, что верховенство права можно рассматривать как гарантию ненарушаемости прав личности, действующую благодаря ограничению государства на основе правовых законов, конституционно подтвержденного разделения властей и независимости власти судебной. Этим, конечно, не отрицается значение других присущих верховенству права аспектов, которые предполагают существование демократических институтов для конституирования власти, дееспособное гражданское общество, а также известный уровень правовой культуры.

² См.: Единое правовое пространство Европы и практика конституционного правосудия: Сб. докл. М., 2007. С. 14-15, 135, 220, 245, 253.

органов¹. Таким образом, Конституционный Суд вывел из буквы и духа Конституции запрет произвола, противостоящий возврату к тоталитарному опыту. Такое толкование принципа уважения достоинства личности было использовано Конституционным Судом для защиты прав на свободу и личную неприкосновенность, на доступ к суду и судебную защиту, включая судебные гарантии при аресте и право на исправление судебных ошибок и т.д.

Практикой конституционного правосудия был признан и общеправовой критерий определенности, ясности, недвусмысленности закона как признак его правового характера. Согласно общеправовым подходам, конкретизированным в решениях Конституционного Суда, именно неопределенность нормы препятствует единообразному пониманию требований закона, порождает противоречивую практику и возможность злоупотреблений, ослабляет гарантии защиты прав и приводит к произволу. Устранение таких недостатков неправового закона с позиций Конституционного Суда, как правило, невозможно с помощью его единообразного толкования в правоприменительной практике и требует участия либо законодательной власти, либо конституционного правосудия, т.е. таких инстанций, которые уполномочены на лишение закона юридической силы, его изменение или (при неоднозначности его смысла) на его имеющее императивный характер конституционное истолкование судебным органом конституционного контроля. Требование определенности закона как регулятора общественных отношений является необходимой предпосылкой доверия к нему, основанного на предсказуемости применения нормы, особенно в части определения юридических последствий ее неисполнения и применения мер ответственности. Содержательно российский подход отличается тем, что критерий определенности правовой нормы в конституционном правосудии был практически напрямую выведен из требования недискриминации перед законом и судом (ст. 19 Конституции РФ)², равно обращенного к законодателю и правоприменительной практике.

Существенным ориентиром для единообразных подходов в правоприменении является строгое следование общеправовому принципу

¹ См. постановления Конституционного Суда РФ: от 3 мая 1995 г. № 4-П (СЗ РФ. 1995. № 19. Ст. 1764) (п. 4 мотив, части); от 2 июля 1998 г. № 20-П (СЗ РФ. 1998. № 28. Ст. 3393) (п. 4 мотив, части); от 5 июля 2001 г. (СЗ РФ. 2001. № 29. Ст. 3059) (п. 6 мотив, части) и др.

² Постановления Конституционного Суда РФ: от 15 июля 1999 г. № 11-П (СЗ РФ. 1999. № 30. Ст. 3988) (п. 4 мотив, части); от 13 декабря 2001 г. № 16-П (СЗ РФ. № 52. Ч. II. Ст. 5014) (п. 5 мотив, части); от 17 июня 2004 г. № 12-П (СЗ РФ. 2004. № 27. Ст. 2803) (п. 4 мотив, части) и др.

Глава 3. Верховенство права и основы единообразия правоприменения

широкого толкования прав и свобод. Обоснование этого принципа, обращенного прежде всего к судебной практике, в правовых позициях Конституционного Суда базируется на признании прав и свобод высшей ценностью, на запрете их отрицания и умаления и общем дозволении защищать свои права всеми не запрещенными законом способами (ст. 45 и 55 Конституции РФ). Толкование этих норм позволило Конституционному Суду исходить из того, что избранный конституционным законодателем для сферы прав и свобод дозвольтельный способ регулирования, принятый также в международном и зарубежном национальном праве и обуславливающий в том числе проверку в конституционном правосудии допустимости вводимых законодателем ограничений прав и свобод, объективно предполагает, что по умолчанию они ограничиваться не могут. Значит, ни действия и решения исполнительной власти, ни узкое судебное толкование прав в отсутствие четко сформулированного предписания закона, обоснованно вводящего их ограничения, не могут препятствовать осуществлению права. Федеральный законодатель не вправе делегировать свои полномочия в области ограничения прав и свобод никаким другим уровням и ветвям власти, как и вводить такое регулирование, которое посягало бы на само существо того или иного права и приводило бы к утрате его реального содержания. Такая правовая позиция является базовой для осуществления судебного контроля в отношении и законов, и нормативных предписаний ниже уровня федерального закона, и судебных актов. Правоприменитель не вправе при применении закона расширительно толковать введенные законодателем ограничения. Тем более не могут расширительно толковаться запретительные нормы, например нормы, устанавливающие ответственность, в частности уголовно-правовую. Недопустимость расширительного толкования ограничений и запретов в сфере публично-правовой ответственности провозглашается еще более определенно, благодаря специальным, основанным на общеправовых принципах, закрепленных в международных актах и конституционных нормах, запретам привлечения к ответственности за деяние, прямо не предусмотренное законом, в том числе на основании аналогии закона, придания закону, отягчающему ответственность, обратной силы, а также осуждения и наказания повторно за одно и то же деяние.

Направленная на ограничение прав воля законодателя должна быть мотивирована конституционно одобряемыми целями: защитой основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечением обороны страны и безопасности

Верховенство права

государства¹. Однако оправдать перечисленными целями вводимые законом и применяемые на его основе в судебной практике ограничения возможно только в той мере, в какой достижение этих целей опосредованно обеспечивает именно" защиту прав и свобод. Это предъ-являет дополнительные требования к мотивировке правоприменитель-ных актов. Иные публичные интересы, которые должны учитываться при введении и применении ограничений, признаются достаточным для них основанием только в том единственном случае, если защита публичного (общего) интереса необходима в целях защиты интере-сов каждого. В ином контексте ограничение права расходилось бы с признанием личности высшей среди конституционных ценностей. Расширение предусмотренных Конституцией оснований ограничения прав и свобод через признание оправдывающих такие ограничения, перечисленных в Конституции целей в качестве ценностей, конку-рирующих с высшей ценностью человеческой личности, не может признаваться соответствующим букве и духу Конституции. Наконец, не последним по своему значению в этой догматике широкого толко-вания прав является критерий пропорциональности ограничений. Он действует при оценке не только законодательных решений, но и при проверке практических ограничительных мер. Пропорциональной (соразмерной) не может признаваться ограничительная мера, которая искажает само существо права, ведет к отказу от него или даже, явля-ясь адекватной для одной части адресатов, не принимает во внимание положение других; применение ограничительных мер несоразмерно, если имелись иные способы достижения необходимых целей.

Обозначение (хотя и далеко не полное) названных общеправовых подходов имеет стратегическое значение для формирования единообраз-ного правоприменения, что обусловлено, с одной стороны, их конститу-ционной значимостью в качестве принципов толкования применимого права, а с другой — достаточной сложностью их извлечения из кон-ституционного текста в ходе непосредственно правоприменительного процесса. Именно поэтому такая задача наиболее эффективно решается средствами конституционного правосудия, опосредующего конститу-ционное программирование правоприменительной практики в целом.

Без признания и воплощения общих правовых принципов в качест-ве определяющих смысл единообразного судебного правоприменения последнее не может заявляться как конституционно одобряемая цель

¹ Постановления Конституционного Суда РФ: от 1 апреля 2003 г. № 4-П (СЗ РФ. 2003. № 15. Ст. 1416) (п. 2 мотив, части); от 30 октября 2003 г. № 15-П (СЗ РФ. 2003. № 4. Ст. 4358) (п. 5 мотив, части) и др.

Глава 3. Верховенство права и основы единообразия правоприменения

праве-реализации. Само конституционное регулирование содержит и многие другие общеправовые требования в качестве применяемого при осуществлении правосудия единого масштаба его правового содержания. Не заслугой, но обязанностью конституционного судопроизводства является уяснение в необходимых случаях их смысла. С точки зрения обеспечения единства в судебной практике реализация названной задачи конституционной юрисдикцией является по определению эффективным средством, хотя зарубежный опыт этого института использует и более широкие, чем в России, его возможности для достижения данной цели, включая проверку и отмену судебных актов других судов.

* * *

Следование общим принципам права, в том числе закрепленным на конституционном уровне, которое содержательно обосновывает единообразное правоприменение как составляющую верховенства права, представляется с точки зрения научного правопонимания более сложной проблемой, чем отработка технологий и институциональных форм обеспечения единства в судебной системе и практике. Однако именно эти последние задачи задевают интересы практически всех институтов судебной власти и потому вызывают множество теоретических споров и практических расхождений в подходах к определению роли и полномочий различных судебных структур и институтов в сфере обеспечения единообразия правоприменения. Даже то, что просто решается на теоретическом уровне, нередко становится непреодолимым в практике взаимодействия субъектов судебной власти.

В институциональном аспекте проблема единства в судебной практике связана с существованием в национальной судебной системе различных видов юрисдикции, руководство которыми осуществляют три предусмотренных Конституцией РФ высших суда (Конституционный, Верховный и Высший Арбитражный), представляющих соответственно три ветви судебной власти.

Не только некоторыми специалистами, но и на уровне руководства страны обсуждается возможность реализации идеи институционального единства судебной системы, «безотраслевое» ее построение, т.е. без организационного выделения в ней судов, осуществляющих конституционную, административную, арбитражную, общую (включая гражданскую и уголовную) юрисдикции, чтобы руководство судебной системой осуществлялось из единого центра, а именно одного, стоящего во главе всей судебной системы судебного органа.

Верховенство права

Думается, что такое устройство судебной системы никак не решило бы задачу унификации правоприменительной практики, осложнило бы осуществление процессуального руководства ею, непременно привело бы (в связи с возложением на одни и те же суды разноречивых функций) к большей хаотичности во взаимоотношениях вышестоящих и нижестоящих судов, противоречило бы повышению эффективности правосудия на основе специализации судов и судей, затруднило бы, а не облегчило выработку единых подходов к толкованию и применению права, главное же, представляло бы явный регресс в организации судебной власти и судебной системы. Единообразному правоприменению, напротив, более могла бы служить такая модификация судебных структур, которая связана с углублением специализации в юрисдикциях, например создание специальных судов по делам несовершеннолетних, административных судов, судов по трудовым делам и т.д. В качестве фактора большего достижения единства работало бы также изменение территориальной основы организации судебной системы, с тем чтобы она не была привязана к административно-территориальному и государственно-территориальному делению, т.е. аналогично тому, как это имеет место в системе арбитражных судов и в организации мировой юстиции. Тем самым изначально нивелируется тенденция к возникновению местных практик и местных влияний в судебной деятельности и, следовательно, создаются более благоприятные условия для единообразного понимания и применения права.

Отвечающий современным представлениям подход к пониманию единства судебной власти и единства в судебной системе при существовании судов различных видов юрисдикции требует полноты их полномочий, при которой судебная власть в целом, все суды вместе исключили бы возможность не обеспеченного судебной защитой правового пространства (первый аспект единства целей судебной власти). Одновременно гарантируется и наибольшая ее эффективность на основе учета специфики различных дел, но при единых общих конституционных принципах справедливого правосудия (второй аспект единства целей судебной власти). Только если это достигнуто и пробелов в эффективной судебной защите нет, может быть реальна цель обеспечения господства права, программирующая создание судебной власти. Осуществление данной общей цели усилиями судов различной юрисдикции цементирует судебную власть как единую правозащитную систему.

Общность задач всех ветвей судебной власти по обеспечению верховенства права путем осуществления правосудия, а именно это лежит в основе стремления и к единообразному правоприменению, связана,

естественно, с разграничением полномочий и определением взаимоотношений между ними, т.е. с четким определением компетенции каждой ветви судебной власти, с тем чтобы они не дублировали друг друга, а также с системой их процессуальных взаимоотношений. Последние включают возможности обращения судов различных видов юрисдикции друг к другу, принятие решений в ситуациях спорной подсудности, а также значение актов одной ветви судебной власти для других.

Конституционный Суд, защищающий от неконституционного закона, является в отличие от других судов органом, осуществляющим только нормоконтроль, а именно проверку нормативных предписаний с точки зрения их соответствия Конституции, хотя из компетенции других судов нормоконтроль также не исключен, поскольку они по жалобам граждан и юридических лиц принимают решения о признании недействительными не только ненормативных, но и подзаконных нормативных актов, если последние противоречат Конституции и другим федеральным законам. Процедура принятия таких решений определена в процессуальном законе.

Кроме того, суды, как уже говорилось, при рассмотрении любого уголовного дела, гражданского или арбитражного спора должны выявлять конституционный смысл подлежащих применению норм, т.е. толковать их в соответствии с Конституцией, а в случаях, когда в силу самого содержания нормы такое толкование исключено, не вправе применять ее для разрешения конкретного дела (третий аспект единства целей судебной власти).

Таким образом, все суды своими методами решают задачу очищения законодательства и правоприменительной практики от действия неконституционных нормативных актов. Это, однако, не должно рассматриваться как смешение функций. Но нечеткое разграничение задач по нормоконтролю либо отказ судов общей и арбитражной юрисдикции от проверки правового характера применяемого закона, как ни парадоксально, противоречили бы стремлению к единообразию в судебном правоприменении, основанному на верховенстве и непосредственном действии Конституции.

Конституционный Суд вправе признать неконституционным и утратившим юридическую силу закон, т.е. акт, принятый парламентом в установленной действующей Конституцией законодательной процедуре, в то время как защита граждан от незаконных и неконституционных подзаконных актов возложена на другие суды. Лишь в процедуре абстрактного конституционного нормоконтроля, который не связан

Верховенство права

с проверкой актов, подлежащих применению в конкретном деле, Конституционный Суд вправе по запросам исчерпывающе определенных Конституцией государственных инстанций проверять конституционность нормативных предписаний ниже уровня закона. Это создает четкие основы разграничения судебной компетенции в области нормоконтроля. Они прямо закреплены в Конституции Российской Федерации и Федеральном конституционном законе от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации».

К сожалению, в практике взаимоотношений Конституционного Суда и Верховного Суда, возглавляющего систему судов общей юрисдикции, весьма спорным остается вопрос о том, какова роль последних в оценке конституционности законов в формальном смысле слова, т.е. актов парламента. Например, Верховный Суд РФ формулирует в постановлении Пленума о непосредственном применении Конституции в общем судопроизводстве¹ ряд существенных рекомендаций, которые должны служить обеспечению верховенства и непосредственного действия конституционного регулирования прав и свобод человека, по сути, игнорируя компетенцию Конституционного Суда в сфере их защиты от неконституционных формальных законов. Согласно той интерпретации, которая дана в указанном постановлении Пленума, любой суд, обнаружив противоречие закона Конституции, вправе «дисквалифицировать» его как таковой. Конечно, при рассмотрении конкретного дела суд вправе и обязан признать, что определенный закон как противоречащий Конституции не может быть применен. Остается, однако, открытым вопрос о том, насколько оценка закона как противоречащего Конституции значима за пределами данного дела, в котором закон (как неконституционный) не был применен судом, и может ли она быть признана обязательной для других судов. Позиция Верховного Суда по данному вопросу существенно снижает возможности судебной защиты против неконституционного закона, как они складываются за пределами рассмотренного дела, т.е. в судебной системе в целом, так как не решает проблемы существования, продолжения действия этого закона в правовой системе. Ибо в отличие от решений Конституционного Суда позиция иных видов юрисдикции по поводу неприменения закона необязательна для других судов. Судебное решение по конкретному делу, вынесенное судом общей или арбитражной юрисдикции, не может устранить закон из правового

¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 г. № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1996. № 1.

Глава 3. Верховенство права и основы единообразия правоприменения

пространства. Такое полномочие принадлежит Конституционному Суду. Все другие суды согласно Конституции обязаны подчиняться закону, обеспечивая равенство граждан перед законом и судом и тем самым единство судебного правоприменения. Судебная система не достигает ни одной из этих целей, если в каждом отдельном процессе любой суд вправе «отложить» закон в сторону, не ставя вопрос о дальнейшей его судьбе.

К сожалению, Верховный Суд РФ в упомянутом постановлении предлагает придерживаться именно такой неконституционной позиции, не согласующейся с конституционным статусом судов и судей, с их обязанностью следовать закону, с их общей задачей по устранению не соответствующих Конституции норм из массива действующего законодательства, чем, собственно, и должен обеспечиваться единый подход к защите прав и свобод граждан в судебной практике. Суд не может и не должен подчиняться неконституционному закону, но он не вправе в то же время оставить открытым вопрос о судьбе закона. Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации» обязывает суды других видов юрисдикции (именно обязывает, а не только предоставляет им право) обращаться в таких случаях в Конституционный Суд РФ с запросом о проверке конституционности закона. Причем такое обращение является обязательным и в случае, если рассматривающий конкретный спор суд считает возможным и достаточным применение для его разрешения норм Конституции, и в случае, если суд считает, что сделать это невозможно, и приостанавливает рассмотрение дела, чтобы обратиться к конституционной юрисдикции. Независимо от того, вынесено ли решение по конкретному делу, обязанность обратиться в Конституционный Суд сохраняется. Иное чревато нарушением единства в судебной практике. «Отказ от применения в конкретном деле закона, неконституционного с точки зрения суда, без обращения в связи с этим в Конституционный Суд Российской Федерации противоречил бы и конституционным положениям, согласно которым законы действуют единообразно на всей территории Российской Федерации (ст. 4, 15 и 76), и в то же время ставил бы под сомнение верховенство Конституции Российской Федерации, так как оно не может быть реализовано, если допускается разноречивое толкование различными судами конституционных Норм»¹. Компетенционные и процессуальные предписания, определяющие взаимоотношения между конституционным и иными видами

¹ См. постановление Конституционного Суда РФ от 16 июня 1998 г. № 19-П // СЗ РФ. 1998. № 25 (п. 5 мотив, части).

Верховенство права

юрисдикции, исходят из общей ответственности судебной системы за состояние применяемого ею законодательства.

Однако используемые ими методы обеспечения верховенства и непосредственного действия конституционных норм согласно самой Конституции различны. У судов общей юрисдикции и арбитражных судов нет полномочия признавать не соответствующими Конституции РФ и потому недействующими нормативные акты, лишение которых юридической силы в связи с их неконституционностью отнесено к компетенции конституционной юрисдикции. Это касается не только федеральных законов, но и нормативных актов Президента, палат парламента и Правительства, учредительных актов субъектов федерации, их законов и других нормативных актов, договоров между органами государственной власти Федерации и ее субъектов, а также не вступивших в силу международных договоров Российской Федерации. Соответствующее разграничение ответственности за правовое содержание законов прямо предусмотрено в ст. 125 Конституции РФ: она относит Верховный Суд и Высший Арбитражный Суд РФ к субъектам, имеющим полномочие обращаться к конституционной юрисдикции с запросами о проверке (вне связи с рассмотрением конкретного дела, т.е. в порядке абстрактного нормоконтроля) конституционности перечисленных актов наряду с запросами любого суда о проверке конституционности закона, примененного или подлежащего применению в конкретном деле.

Обязанность судов для официального подтверждения неконституционности закона обращаться в Конституционный Суд РФ не ограничивает непосредственное действие и применение Конституции РФ, так как закон, который, по мнению суда, не соответствует Конституции РФ, сам также препятствует реализации ее положений в судебной практике, и для обеспечения ее непосредственного действия требуется лишение такого закона юридической силы в порядке конституционного судопроизводства¹, даже когда дело уже разрешено судом на основании конкретной конституционной нормы.

Устранение неконституционного закона из системы правовых актов не может быть достигнуто ни путем разрешения дел в порядке гражданского, административного или уголовного судопроизводства, ни путем разъяснений по вопросам судебной практики, которые в соответствии со ст. 126 и 127 Конституции РФ дают Пленумы Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда. Последние не уполномочены

¹ См. постановление Конституционного Суда РФ от 16 июня 1998 г. № 19-П // СЗ РФ. 1998. № 25 (п. 5 мотив, части).

Глава 3. Верховенство права и основы единообразия правоприменения

определять какой-либо иной порядок обеспечения непосредственного применения Конституции РФ при разрешении конкретных дел, чем предусмотренный, в том числе ее ст. 125, устанавливающей полномочия и процедуры конституционного судебного контроля. Иное не соответствовало бы требованию законного суда для каждого дела. В то же время без соблюдения требования законного суда для каждого дела единство судебной практики и, в частности, единообразное применение судами конституционного регулирования конечно же не могут быть обеспечены. Этот принцип справедливого правосудия, закрепленный в международном и национальном конституционном праве (ст. 47, 118, 120, 128 Конституции РФ), как и в отраслевом законодательстве, подразумевает законодательное определение не только территориальной и инстанционной, но прежде всего предметной подсудности дел в широком ее смысле, включая разграничение компетенции между судами различного вида юрисдикции.

Рассмотренные правовые позиции Конституционного Суда РФ сформулированы в его постановлении по делу о толковании отдельных положений ст. 125—127 Конституции РФ, определяющих компетенцию трех высших судов в области нормоконтроля, включая их задачи по обеспечению единообразного понимания и применения прежде всего конституционных предписаний, что, естественно, составляет основу единства правореализации в законотворчестве и судебной практике. Характерно, что инициаторами соответствующих запросов о толковании являлись по данному делу законодательные органы субъектов федерации¹, мотивировавшие свое ходатайство о толковании названных конституционных норм разноречивой практикой судов, которые в ряде случаев признавали неконституционными и утрачивающими юридическую силу нормативно-правовые акты, проверка конституционности которых отнесена к ведению конституционной юрисдикции.

Не имеет смысла стремление к единству в судебном правоприменении и оно не может привести к верховенству права, если позволительно возражать против единообразного толкования Конституции и установленного ею и вытекающего из ее норм разделения судебных полномочий.

Развитие форм процессуального взаимодействия между конституционной юрисдикцией и другими судами показывает довольно противоречивое отношение к такому взаимодействию со стороны последних.

¹ Законодательное собрание Республики Карелия и Государственный совет Республики Коми.

Верховенство права

Правомочие судов обращаться к конституционной юрисдикции с запросом о проверке конституционности нормы, подлежащей применению в конкретном деле, впервые получило закрепление в Конституции РФ 1993 г. и основанном на ней Федеральном конституционном законе «О Конституционном Суде Российской Федерации».

При обсуждении проекта Конституции на Конституционном совещании¹ представители Верховного Суда РФ возражали против предоставления каждому суду и судье права обратиться в Конституционный Суд РФ с запросом о конституционности закона, подлежащего применению в конкретном деле, и настаивали на том, чтобы такое правомочие принадлежало только Верховному Суду. Другие судебные структуры и судьи при этом должны были лишь иметь возможность изложить свои соображения о необходимости проверки конституционности закона Верховному Суду, который во всех случаях мог не согласиться с такой инициативой суда. Таким образом, Верховному Суду РФ должно было быть предоставлено право вето в отношении обращения судов к конституционной юрисдикции. Мотивировка такой позиции состояла именно в том, чтобы, обеспечивая единые подходы в судебной практике к основаниям обращений в Конституционный Суд со стороны других судов, исключить для них такую дополнительную возможность возражений против сложившихся позиций высшего суда общей юрисдикции по вопросам толкования и оценки действующего закона. Однако такой способ укрепления единства судебной практики был отвергнут участниками Конституционного совещания как несовместимый с независимостью судов и судей, и они получили правомочие инициировать процедуру конкретного конституционного нормоконтроля.

Идея обеспечивать единство в судебной практике, допуская исключительно централизованные (через Верховный Суд) возражения против неконституционности норм и их толкования, после принятия Конституции явно получила свое развитие в позиции Верховного Суда, который, во-первых, часто отменяет решения нижестоящих судов об обращении с запросом в Конституционный Суд и, во-вторых, считает, что судьи не только могут сами решить вопрос о неконституционности закона, подлежащего применению, но и не обязаны при этом настаивать перед конституционной юрисдикцией на признании такого закона недействительным. Хотя это прямо противоречит достижению

¹ Конституционное совещание: Стенограммы. Материалы. Документы. В 20 т. Справочный том. М.: Юрид. лит., 1996. С. 34–35. Марино И. Президент и Основной Закон России. Отцы-основатели Конституции: правовые позиции. М.: АЛМИ, 2006. С. 125.

Глава 3. Верховенство права и основы единообразия правоприменения

единообразного правоприменения, но данная цель, вероятно, отступила перед отрицанием монопольных прерогатив Конституционного Суда РФ по лишению неконституционного закона юридической силы как якобы умаляющих самостоятельность других судов. Правда, при этом Верховный Суд настаивал и настаивает на том, что для обоснования судебного запроса в Конституционный Суд достаточно наличия у судьи сомнений в качестве закона — это вытекает из указанного выше постановления Пленума Верховного Суда РФ¹, чем по существу как раз умаляется правомочие применяющего закон суда по самостоятельному уяснению конституционного смысла нормы. Суд не может отказать в применении нормы, основываясь на сомнениях в ее действительности, и устраняет его путем казуального судебного толкования. Именно это подтверждено также прямым предписанием Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации», согласно которому при рассмотрении дела в любой инстанции, только придя к выводу о несоответствии закона, примененного или подлежащего применению в указанном деле, Конституции РФ, т.е. будучи убежденным в неконституционности данного закона, суд обращается с запросом о его проверке в порядке конституционного судопроизводства (ст. 101).

* * *

К сожалению, позиции высших судов и по другим вопросам взаимодействия судебных структур внутри судебной системы конфликтуют с конституционным статусом судебного конституционного контроля и осуществляющего его Конституционного Суда РФ. Ясно, что это не способствует ни единству судебной практики, ни тем более верховенству права, а официально заявляемая ориентация судебной практики на непосредственное применение Конституции становится в известной мере декларативной.

Казалось бы, что конституционное правосудие в системе других ветвей судебной власти должно служить объединяющим началом. Оно с момента своего учреждения способствовало своими решениями становлению судебной власти как таковой, демонстрировало значимость ее полномочий в качестве противовеса законодательной и исполнительной власти, отстаивало широкие возможности судебной защиты против решений и действий любых властных инстанций, подтверждало полноту компетенции судов во всех видах судопроизводства

¹ См. п. 3 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 г. № 8 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1996. № 1.

Верховенство права

и их дискреционные полномочия, в том числе в области определения и толкования применимого права, корректировки в судебной практике неконституционного истолкования закона, применения норм Конституции и международного права. В конституционном судопроизводстве были дисквалифицированы многие законодательные решения, ограничивавшие конституционный статус судей, их независимость, несменяемость и неприкосновенность, защищались единство федеральной судебной системы, недопустимость снижения достигнутого уровня финансирования судов и материального обеспечения судей, отстаивались процедуры справедливого правосудия.

Становление судебной власти в России без этой активной поддержки ее конституционного статуса со стороны конституционного правосудия не могло бы, очевидно, происходить так быстро.

В то же время для регулирования и практики конституционного правосудия в Российской Федерации характерно вполне определенное его самоограничение и по предмету судебного контроля, и по пределам проверки, и по набору инвектив, которые могут быть адресованы другим судам. В отличие от других национальных и наднациональных конституционных юрисдикции Конституционный Суд РФ решает исключительно вопросы права, не проверяет конституционность действий, индивидуальных и правоприменительных актов, не исследует фактические обстоятельства, если это входит в компетенцию других судов, не корректирует и не отменяет судебные акты, основанные на неконституционных нормах, а лишь признает их подлежащими пересмотру в обычном порядке, определяемом процессуальным законодательством.

При таких условиях, исходя из интересов единообразного правоприменения в целях обеспечения верховенства Конституции, приобретает особое значение именно сотрудничество в судебной системе, основанное на признании обязательности судебных актов, принятых компетентным судом в пределах его законных полномочий. Полномочия и обязательное значение актов конституционного правосудия установлены самой Конституцией, т.е. они имеют самый высокий уровень легитимации в национальной правовой системе. На них распространяется также защита от неисполнения путем привлечения к предусмотренной федеральным законом ответственности.

В реальной правоприменительной практике другие суды, однако, не признают значимость прямой конституционной регламентации конституционного правосудия как придающей его актам уникальность и конституционно признанную, а не только законную силу.

Глава 3. Верховенство права и основы единообразия правоприменения

Речь не идет о том, является ли Конституционный Суд по отношению к другим высшим судам стоящим на более высокой ступени или равным им по значению в иерархии судебной системы. Эти характеристики вообще неприменимы к взаимоотношениям трех высших судов, представляющих различные виды судебной юрисдикции Российской Федерации. Каждый из них осуществляет свою компетенцию и в области осуществления своей компетенции является единственным уполномоченным на это органом.

Однако из всех высших судов правом официального толкования Конституции наделен именно Конституционный Суд. Это полномочие означает только одно: толкование Конституции, которое дает Конституционный Суд, является обязательным для всех, включая другие суды, чем обеспечивается искомое единство судебной практики при применении конституционных норм всеми судами.

Пределы обязательного толкования Конституции Конституционным Судом не ограничиваются только актами официального абстрактного толкования конституционных норм. Обязательным является и то толкование Конституции, которое дается при рассмотрении конституционности законов в порядке абстрактного нормоконтроля — по обращениям уполномоченных государственных органов и в порядке конкретного нормоконтроля — по жалобам граждан и запросам судов. В этих процедурах нормоконтроля всегда присутствует акт толкования конституционной нормы — он определяет масштаб проверки конституционности закона. Кроме того, Конституционный Суд управомочен Федеральным конституционным законом «О Конституционном Суде Российской Федерации» на выявление смысла так называемых простых законов — без этого нельзя оценить их соответствие Конституции. В данном случае позиция Конституционного Суда по существу основывается не только на толковании Конституции, но и на толковании простого законодательства. Поэтому нельзя проводить разграничение компетенции между Конституционным Судом и другими судами на основе упрощенного тезиса, согласно которому Конституционный Суд толкует Конституцию, в то время как простые законы толкуются только другими судами. Истолкование закона в его конституционном смысле есть та область компетенции Конституционного Суда, которая как раз и способствует обеспечению в судебной системе положения, при котором конституционные нормы реально действуют, воплощаясь в судебной практике. В российской правовой системе нет другого органа, который, выявляя конституционный смысл нормы, придает ему императивное значение для всех других судов.

Оценивается ли при этом конституционность судебной практики? Согласно Федеральному конституционному закону «О Конституционном Суде Российской Федерации» любая норма оценивается им исходя как из ее буквального смысла, так и из того смысла, который придается ей судебной практикой (ст. 74). Указанное требование закона по существу позволяет признать неконституционность как самой нормы, так и интерпретации ее содержания другими судами. Таким образом, исключается ошибочная, противоречащая Конституции судебная практика. При этом право отмены судебных решений имеют только те суды, к компетенции которых отнесено рассмотрение конкретных дел, разрешенных ранее на основании норм, утрачивающих силу в соответствии с решением Конституционного Суда об их неконституционности или о возможности их применения лишь в выявленном Конституционным Судом смысле, которому прежнее правоприменение не соответствовало. Такой пересмотр представляет собой собственно реализацию в судебной практике и решения Конституционного Суда, и лежащей в его основе конституционной нормы.

Бесспорно, что юридическая сила решений Конституционного Суда обеспечивает им значение существенного конституционного способа формирования будущей единообразной судебной практики. Но они одновременно являются таким же способом ее коррекции. В отличие от правоприменительных и других актов вышестоящих судов акты конституционного правосудия создают основания для приведения в соответствие с Конституцией и конституционным смыслом закона не только будущего правоприменения и не только решений судов, уже состоявшихся в рамках одного правоприменительного процесса по конкретному делу. Устраняя неконституционные предписания из правового поля, они изменяют состояние применимого права для целого ряда разрешенных дел, т.е. закладывают основы для единообразного изменения той судебной практики, которая ранее сложилась, но, однако, не соответствующим Конституции образом.

Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации» предусматривает три различающиеся ситуации приведения такой судебной практики в соответствие с актами конституционного правосудия: а) решение, вынесенное ранее судом по делу заявителя в Конституционном Суде, должно быть пересмотрено «во всяком случае» (ст. 100); б) решения других судов, основанные на неконституционном акте, подлежат пересмотру «в установленных законом случаях» (ст. 79); в) акты, подобные тем, которые признаны не соответствующими Конституции, или основанные на них, подлежат

отмене в установленном порядке (ст. 87), который подразумевает в том числе и признание в судах общей и арбитражной юрисдикции недействительными актов ниже уровня федерального закона, аналогичных по содержанию ранее лишенным юридической силы неконституционными нормам.

О названных ситуациях только условно можно говорить как о демонстрирующих обратную силу решений Конституционного Суда как негативного законодателя. Для других судебных юрисдикции вопрос о таком их действии оказывается самым болезненным, так как требует пересмотра состоявшихся решений.

Отвлекаясь от не обоснованных правовыми подходами реалий судебного правоприменения, трудно понять явно отрицательное отношение судебных инстанций к этой обязательной для них перспективе, собственно, аналогичной пересмотру правоприменительного судебного акта в любом виде судопроизводства по решению уполномоченного на его проверку суда. Пересмотр судебных решений в связи с обнаруженной неконституционностью нормы дает даже меньше оснований для отрицательной реакции осуществляющей его судебной инстанции — он меньше связан с упречностью в деятельности суда, с критикой нарушений в обычных судебных процедурах и адекватен практически последствиям изменения нормы принявшим ее нормотворцем. Однако практика других юрисдикции, отказывающих в пересмотре своих актов, основанных на неконституционном законе, является распространенной и, представляя собой уникальное российское явление, заслуживает анализа.

Пересмотр дела заявителя, выигравшего в Конституционном Суде спор о неконституционности закона, прямо предусмотренный в Федеральном конституционном законе как обязательный «во всяком случае», рассматривается в конституционном правосудии как привилегия (премия), предоставляемая заявителю в силу закона за его гражданскую инициативу, позволившую устранить неконституционную норму: защищая свои личные права, он действует также в публичных интересах. Неконституционный акт или его отвергнутый как противоречащий Конституции смысл далее не может признаваться применимым правом при определении прав и обязанностей заявителя, т.е. действующим нормативным предписанием, независимо от того, что установленные процессуальным законом, необходимые обычно условия пересмотра (например, связанные с процессуальными сроками, общегражданской исковой давностью, установленным законом требованием исчерпать другие способы защиты, уплатой соответствующих судебных пошлин —

набор условий зависит от законодателя, регламентирующего процедуры) уже не могут быть соблюдены.

Отказать в таком пересмотре теоретически можно было бы только в силу того, что судебный акт не основан на неконституционном предписании. Вместе с тем такое основание не может быть установлено вне конституционного судопроизводства. Оно практически означало бы, что конституционное правосудие было осуществлено в нарушение предусмотренного законом условия допустимости конституционной жалобы, возможной лишь в случае, когда примененный или подлежащий применению закон нарушает конституционные права. Но, во-первых, у судов других видов юрисдикции нет полномочий проверять соблюдение в конституционном правосудии требований к допустимости жалобы. Они не являются компетентным законным судом для решения этого вопроса. Во-вторых, при выявлении существенных нарушений процессуальной формы и процессуальных прав, даже если они не повлияли с точки зрения проверяющей судебный акт инстанции на существо решения в части применения материального права, закон исключает отказ от такой праввосстановительной санкции, как отмена акта. Тем более это недопустимо, когда речь идет, как в конституционном судопроизводстве, о конституционных правах.

Используемые судами общей и арбитражной юрисдикции другие аргументы, приводящие к отказу в пересмотре решений, принятых в противоречии с конституционной интерпретацией закона, кажутся откровенно несостоятельными. Можно привести примеры, когда высшие суды других юрисдикции считают себя вправе настаивать на своем истолковании нормы, которое отвергнуто Конституционным Судом, либо полагают, что пересмотр их судебных актов обязателен, только когда примененный судами закон как не соответствующий Конституции полностью лишен юридической силы, т.е. не признают эту обязательность пересмотра, когда установлено, что норма подлежит применению только в ее выявленном Конституционным Судом конституционном смысле. Эти аргументы по своему существу отрицают компетенцию конституционного правосудия или неосновательно сужают ее вопреки закрепляющим ее нормам самого высокого уровня. В силу общеправового требования законного компетентного суда для каждого дела чисто судебская дискреция в отношении отказа от реализации актов конституционного правосудия невозможна. Она также, как при отказе суда от применения неконституционного закона, требует дополнительного подключения инстанций, правомочных исключить квазинормативные (по их общезначимости и обязательности) правовые

позиции Конституционного Суда из системы применимого права. Это возможно только путем устранения законодателем закона, явившегося предметом оценки в конституционном судопроизводстве, или путем изменения сформулированной в нем правовой позиции самим Конституционным Судом.

Более юридизировано выглядит отказ от пересмотра судебных актов, основанных на неконституционных предписаниях, со ссылкой на то, что в процессуальном законодательстве нет соответствующих оснований для отмены и изменения судебных решений и что для таких случаев не установлен какой-либо особый порядок их пересмотра. С точки зрения процессуального права такая аргументация представляется одиозной. Во-первых, среди оснований отмены или изменения судебных решений во всех отраслях процессуального права и во всех процедурах пересмотра судебных решений называется применение судами при разрешении конкретного дела закона, не подлежащего применению. Если Конституционный Суд по жалобе гражданина признал, что какой-то закон неконституционен, он тем самым признал, что указанный закон не подлежит применению ни в данном деле, ни по всем другим делам. Поскольку закон, признанный неконституционным, утрачивает юридическую силу, обычные процедуры, в которых исправляются решения судов, основанные на применении ненадлежащего акта, должны действовать и в случаях, когда применение закона исключается в силу решения Конституционного Суда. Обязательность решений Конституционного Суда и обязательность пересмотра на основании постановления Конституционного Суда решения по делу, в котором был применен неконституционный закон, вытекают из общей правовой природы судебных решений, поскольку для исполнения любого судебного решения, для его признания общеобязательным не требуется подтверждения этой обязательности никакими другими органами. Такого подтверждения не требует и решение Конституционного Суда.

Во-вторых, одно только указание на то, что дело заявителя, обратившегося в Конституционный Суд, подлежит пересмотру, прямо формулирует основание для пересмотра ранее вынесенных судебных решений. Причем оно закреплено в Федеральном конституционном законе, который в иерархии правовых актов согласно действующей Конституции занимает более высокое место, чем процессуальное законодательство.

В-третьих, ссылка на отсутствие установленного законом порядка такого пересмотра свидетельствует об отрицании потенциала действующего

Верховенство права

процессуального регулирования: в гражданском процессуальном и арбитражном процессуальном законодательстве изначально закреплялось, что вступившие в законную силу судебные акты любого суда могут быть пересмотрены в случаях; когда отменяется послуживший основанием для их принятия акт государственного органа (п. 4 ч. 2 ст. 392 ГПК, п. 4 ст. 311 АПК РФ). Не распространять понятие акта государственного органа на законы нет никаких оснований, так же как неоспоримо, что лишение юридической силы неконституционной нормы адекватно ее отмене. Ясно, что названными положениями процессуального закона определяется и соответствующая процедура возобновления производства (в силу новых или вновь открывшихся обстоятельств)¹. Такое толкование процессуального закона находит в текущем законодательстве и свое подтверждение, и свою конкретизацию благодаря дополнению перечня новых или вновь открывшихся обстоятельств в качестве оснований для возобновления производства по делу. В Уголовно-процессуальном и Арбитражном процессуальном кодексах РФ среди них теперь прямо указано признание Конституционным Судом закона, примененного в конкретном деле, не соответствующим Конституции РФ (ч. 4 ст. 413 УПК РФ, п. 6 ст. 311 АПК РФ).

В-четвертых, особая процедура возобновления производства в силу новых или вновь открывшихся обстоятельств по делам заявителей в конституционном правосудии не исключает, что другие дела, разрешенные на основе неконституционных норм, могут быть пересмотрены. Формулировка ст. 79 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации», согласно которой такие дела подлежат пересмотру в установленных законом случаях, подтверждает действие в отношении таких дел общих оснований и предусмотренных отраслевым законодательством судебных процедур пересмотра при соблюдении условий его допустимости.

При использовании процессуальных институтов, в рамках которых осуществляется пересмотр дел, разрешенных ранее на основе неконституционных норм, действуют все условия и сроки, с учетом которых заинтересованные лица по собственной инициативе вправе осуществлять защиту своих прав перед судом соответствующей инстанции². Применительно к случаям пересмотра таких дел можно говорить об обратной силе актов конституционного правосудия, реализующихся

¹ Для целей данного анализа не имеет значения обсуждение корректности названия процедуры и различных ее оснований.

² См. определения Конституционного Суда РФ от 14 января 1999 г. № 20-О, от 4 мая 2000 г. № 48-0 и др.

Глава 3. Верховенство права и основы единообразия правоприменения

через правоприменительные решения других судов (так же как имеющие обратную силу нормативные предписания)¹.

Во всяком случае достижение или восстановление конституционно обоснованного единообразия судебной практики с помощью механизма конституционного правосудия невозможно вне практического признания другими юрисдикциями обязательности его актов. Она диктуется конституционным требованием законного суда для каждого дела, представляет собой сущностный признак эффективного средства судебной защиты и как таковая рассматривается в качестве универсально присущего судебным актам свойства, обуславливающего наряду с другими единство судебной системы.

В связи с этим обсуждается так называемое прецедентное значение решений Конституционного Суда.

Обозначение юридического значения решений Конституционного Суда как прецедента неточно, поскольку прецедент есть применение правовых выводов одного суда при рассмотрении дел другим судом в ситуации, сходной по фактическим обстоятельствам. Применительно к решениям Конституционного Суда речь не идет о прецеденте в указанном смысле. Если Конституционный Суд признал неконституционным или истолковал какое-то нормативное положение, то это его решение обязательно для всех случаев, когда решается вопрос о применимости либо этой нормы, либо акта именно такого же содержания. Речь идет не об аналогичной, а о той же самой ситуации и не о сходной фактической стороне дела, а о том же правовом содержании закона как применимого права.

Для оценки юридического значения решения Конституционного Суда представляется более подходящим понятие преюдиции, предполагающее неоспоримое значение для других судов первоначального судебного установления фактов. Правда, в конституционном правосудии само понятие факта приобретает другой оттенок. Устанавливаемый Конституционным Судом факт, который должен признаваться другими судами без нового его исследования, состоит в наличии или отсутствии правового содержания закона, соответствия или несоответствия его конституционной норме.

¹ Право Конституционного Суда определить порядок исполнения своих актов и в том числе, следовательно, оговорить их распространение на прежнюю судебную практику, собственно, аналогично тому, как это оговаривается применительно к обратной силе закона. Случаи же обязательного распространения любых действующих в отношении неопределенного круга лиц актов на прошлое время оговариваются самой Конституцией. Принцип обратной силы правовых предписаний, регулирующих привлечение к ответственности, в полной мере относится к правовым позициям Конституционного Суда.

Верховенство права

И хотя это явление чисто правового порядка, в определенном смысле оно может рассматриваться как особый факт, который имеет преюдициальное значение не только для других судов, но и для законодателя, что косвенно подтверждается запретом преодолевать решение о содержательной неконституционности закона его повторным принятием. Причем установленный факт неконституционности нормативного содержания акта не сводится к признанию не соответствующим Конституции правового установления, закрепленного в форме только проверенного судом закона. Такое же правовое содержание других актов также не имеет права на существование с момента вынесения Конституционным Судом решения о неконституционности рассмотренной им нормы. Преюдициальное значение факта неконституционности нормативного правила влечет невозможность применения другими судами таких же правил, закрепленных в других актах. Последнее — часть механизма, обеспечивающего единство правоприменения на основе актов конституционного правосудия.

* * *

В контексте начавшейся в стране с 1990-х гг. трансформации реформирование судебной системы происходило параллельно со становлением конституционного правосудия. Последнее оказывало определенное влияние на судебное правоприменение в целом не только, как уже говорилось, содержанием своих решений, но и заразительностью воплощенных в его статусе идей судебной власти. Возможность проверить в судебном процессе правовое содержание нормы и сказать нормотворцу «нет» постепенно утвердилась в процедурах нормоконтроля во всех судах. Это, безусловно, усиливало ощущение независимости и самостоятельности судебной власти, гарантии которых также были расширены. Судебная практика все более рассматривалась как сфера не только применения, но и формирования права, особенно в связи с провозглашением непосредственного действия прав и свобод, включением общепризнанных принципов и норм международного права в правовую систему страны и признанием их приоритета перед внутренним законом. Не сразу обновлялось законодательное регулирование, однако после принятия новой Конституции все правовые акты, действовавшие до ее вступления в силу, могли применяться только в части, не противоречащей ее предписаниям, реализация которых во многих случаях становилась задачей исключительно правоприменительной практики. Менялось отношение к значению судебных решений как источников формирования права в широком смысле

Глава 3. Верховенство права и основы единообразия правоприменения

слова. Стали актуальными в научном дискурсе проблемы прецедентного права. Интерес к ним подогревался и процессами конвергенции существующих в мире систем общего и статутного права, и прямым обращением научного экспертного сообщества и правовой практики к зарубежному опыту развития правовых систем, и даже привлечением иностранных специалистов к разработке и экспертированию новых правовых текстов.

В таких условиях менялись представления о властных полномочиях судов, их роли в становлении правовой системы, значении и корректирующей силе судебных актов, связанности судов не только законом, но и правом. Определенным образом поколебалось прежнее единство в судебных институтах и судебном правоприменении; создавались новые виды юрисдикции, появились суды с участием присяжных с расхожим мифом о том, что они могут пренебречь законом. Исчезла в системе общих судов ранее закреплённая в законе обязательность директивных указаний высшего судебного органа страны — постановлений Пленума Верховного Суда. Все это обострило проблему обеспечения единства судебной системы и судебной практики. Ее решение затруднено действием разнонаправленных факторов. Маятник качнулся в сторону расширения судебской дискреции и стал возвращаться к формальной связанности судьи законом, к необходимости исключения судебского произвола и расширению способов обеспечения единообразия в судебной практике в условиях постоянно и иногда хаотично меняющегося законодательного регулирования, не лишённого ни противоречий, ни пробелов. Ослабление публичных начал (то, что прежде называлось законностью в деятельности правоохранительных органов и судов) дополнилось коррупционными явлениями. Начатая судебная реформа, несмотря на ряд ее успешных шагов, не завершена, хотя приняты и продолжают осуществляться государственные программы развития судебной системы до 2011 г. При этом ни в самой судебной системе, ни в кругу занимающихся судебной реформой государственных и экспертных институтов нет единства в представлении о должных ее мероприятиях. И в этом смысле малоуправляемая ситуация в судебной системе может востребовать и востребует разные средства для обеспечения единообразного правоприменения.

В связи с этим в русле рассматриваемой темы о конституционных основах такого единообразия представляется необходимым рассмотреть некоторые конституционные ориентиры приемлемости и эффективности средств, работающих в направлении унификации судебной практики.

Верховенство права

Бесспорна роль юрисдикции высших судов в устранении противоречий в судебном правоприменении. В страсбургской практике функция высших судов по устранению противоречий в толковании судами применимого права рассматривается как непреложная их задача, так как в противном случае сам высший суд становился бы источником правовой неопределенности (дело «Беян против Румынии» № 1 от 6 декабря 2007 г., жалоба № 30658/05). К конституционным полномочиям высших судов в Российской Федерации отнесено осуществление ими (в предусмотренных законом процессуальных формах) надзора за судебной деятельностью и формулирование разъяснений по вопросам судебной практики (ст. 126 и 127 Конституции РФ). Проверка судебных актов вышестоящими судами во всех видах судопроизводства и во всех процедурах позволяет откорректировать судебное толкование и применение права. Это охватывается широким понятием осуществления судебного надзора в его конституционном (а не отраслевом) значении, включающим формы проверки как вступивших, так и не вступивших в законную силу судебных актов по конкретным делам¹. Значение судебных решений вышестоящих судов по конкретным делам представляется неоспоримым для корректировки практики — они всегда имеют определенные юридические последствия для разрешения данного дела и, действуя в отношении участников спорного правоотношения, определяя их права и обязанности, опосредуют применение право-восстановительных санкций именно в рамках определенного правоприменительного процесса, т.е. всегда могут отменить или изменить неверный судебный акт. В принципе эффективность этого средства в качестве обеспечивающего единые подходы в судебном правоприменении не должна ставиться под сомнение, если исходить из того, что: (а) система судебных инстанций позволяет реализовать право каждого на проверку решения по его делу вышестоящим судом; (б) гарантируется доступность информации о практике этих судов не только для участников процесса; (в) сама деятельность таких инстанций не искажается какими-либо обстоятельствами, обуславливающими, что они не могут выступать как обеспечивающие справедливое правосудие и выявление судебных ошибок в применении норм материального и процессуального права. Трудно согласиться с тем, что единство судебной практики в его значении для реализации верховенства права может

¹ В зарубежных процессуальных теории и практике судебный акт признается подлежащим исполнению с момента его вынесения, в то время как его вступление в законную силу означает окончательность судебного решения в качестве *res judicata* и исключает пересмотр.

быть обеспечено без названных условий. Конечно, есть более простые способы «согласования» практики высших и низших судов: можно заранее поинтересоваться при рассмотрении дела мнением проверяющей инстанции по поводу конкретного решения, можно объявить сверху вниз по всей судебной вертикали о предпочтениях высшего суда или, что все же лучше, рассылать рекомендации по применению норм, выбору санкций и т.д.¹ Приблизительно такую роль играет в российской судебной системе использование результатов обобщения судебной практики. Однако любые управленческие методы применительно к судам ограничены принципами справедливого правосудия, предполагающими независимость суда при разрешении дела на основе свободы судейского убеждения, рассмотрения правовых конфликтов только компетентным законным судом и в надлежащих процедурах. Этими характеристиками определяется существо понятий суда, правосудия, судебной власти, и они в иерархии ее ценностей не могут уступить более простому приказному, т.е. по сути административному, методу управления, хотя бы и с целью исключить отклонения в единообразном правоприменении².

В российской судебной системе есть значительные резервы для того, чтобы повысить потенциал вышестоящих и высших судов в решении этой задачи. Уже официально признана необходимость создания в системе судов общей юрисдикции апелляционной инстанции для всех дел (сейчас в апелляционном порядке проверяются только акты мировых судей). Суды кассационной инстанции в силу своей перегруженности и особенностей процедуры не справляются с задачами ни по устранению судебных ошибок, ни тем более по выработке единых правовых

¹ Известен опыт ежегодного обсуждения решений Верховного суда в Канаде с привлечением не только судей, но и научной общественности, а также рассылаемых в американские суды предложений о стандартных санкциях в зависимости от обстоятельств и тяжести подтвердившихся в суде нарушений.

² Конституционный Суд РФ в постановлении от 17 марта 2009 г. № 5-П указал на то, что несудебная процедура ревизии судебных актов принципиально недопустима, поскольку означала бы возможность (вопреки обусловленным природой правосудия и установленным процессуальным законом формам проверки правосудности судебных решений исключительно вышестоящими судебными инстанциями) замещения актов органов правосудия по существу административными указаниями, что является безусловным отступлением от необходимых гарантий самостоятельности, полноты и исключительности судебной власти. Это не согласуется также с позицией Европейского Суда по правам человека, в силу которой полномочие суда вынести обязывающее решение, которое не может быть изменено несудебной властью, присуще самому понятию «суд» (постановление от 19 апреля 1994 г. по делу «Ван де Хурк против Нидерландов»). С этой точки зрения судом признаются только те инстанции, которые корректируют практику в процессуальных формах.

позиций. Верховный Суд РФ, действуя одновременно как первая, кассационная и надзорная инстанция, не может в пространствах России компенсировать недостатки судебного правоприменения нижестоящих судов по конкретным делам. Это задает насущные направления развития и реформирования судебной системы.

Многотрудность необходимых преобразований в структуре и задачах судебных инстанций обращает к использованию других форм исправления судебного правоприменения. Обсуждается прецедентное значение судебных актов высших судов по конкретным делам и обязательность их разъяснений по вопросам судебной практики.

Ориентация на разрешенные высшим судом дела и сформулированные в решениях по ним правовые позиции при рассмотрении других дел в нижестоящих судах — объективная данность в любой судебной системе. Это, однако, не означает, что можно во всех случаях говорить об их прецедентном значении, — пожалуй, в российских теории и практике такая характеристика лишь условный оборот речи, отражающий желательность следования одобряемому высшим судом образцу при разрешении аналогичных дел, не адекватная сути прецедента как правового явления¹. В действительности речь идет об обязательности решения вышестоящего или высшего суда для разрешения не только проверенного ими дела, но и других дел, которая, если она не сочетается с дополнительными, ставящими пределы этой обязательности условиями, очевидно, не соответствует положению о независимости судей и их подчинении только закону. Как минимум должна быть обеспечена возможность отвергнуть обязательность ранее состоявшихся по другим делам решений для данного случая, рассматриваемого судом, а также изменить существо сформулированной ранее правовой позиции. Хотя было бы неверным отрицать обучающую роль информации о сложившихся алгоритмах

¹ Прецедент как источник права был характерен для неразвитых правовых систем, фактически заменяя отсутствующий закон и постепенно складываясь в систему общеобязательных правил; в некоторых странах Европы нормы так называемого прецедентного права инкорпорируются в законодательство; для стран общего права актуальна во многих случаях замена прецедента законом. Прецедент, который дает толкование норме закона, фактически может изменить ее смысл. Но, как правило, на уровне обыкновений или норм устанавливаются также адресаты, которые должны следовать прецеденту, — это суды более низкого звена и создавшие прецедент вышестоящие суды. Суд обладает достаточной дискрецией, чтобы признать, что определенный прецедент или все ранее созданные неприменимы в конкретном деле, — это должно быть мотивировано, но не требует обращения к вышестоящей инстанции, создавшей прецедент (см.: Четвертин В.А. Прецедент // Юридическая энциклопедия. М.: Юрист, 2001. С. 867; Четвертин В.А., Юрко Т.Е. Судебное правотворчество // Юриспруденция XXI века: горизонты развития: Очерки. СПб., 2007. С. 368-395).

при разрешении дел, сходных по фактическим обстоятельствам. Следуя своим обязательным образцам, вышестоящие и высшие суды легче, чем в отсутствие таких образцов, могут реализовать полномочия по отмене расходящихся с их позицией судебных актов. Но и они должны иметь возможность отступить от ранее выведенного правила. В принципе ориентация на судебный прецедент — напротив, более сложный способ обеспечения единства судебной практики, чем тот, который существует в действующей российской правовой системе на основе требования подчинения закону. Да и обжалующие решения участники процесса в российской правовой культуре вряд ли могли бы рассчитывать на то, что при рассмотрении их жалобы вышестоящим судом будут приняты во внимание решения по аналогичным делам. Это нехарактерный, а часто и недоступный аргумент для обоснования жалобы на судебный акт. При отмене же решения суда, даже если закон предусматривает в качестве ее основания нарушение единообразия в толковании и применении норм права (как в ст. 304 АПК РФ), суд вряд ли может отказаться от содержательной критики конкретного неверного правопонимания, приведенного в ошибочном судебном акте (он как минимум должен будет сослаться на содержание своих ранее изложенных по другому делу мотивов). Иное не согласовывалось бы с требованиями процессуального закона об обоснованности и мотивированности судебных актов (ч. 3 ст. 15 АПК РФ, ч. 4 ст. 7 УПК РФ, ст. 195, 198 и 199 ГПК РФ) в их истолковании, данном Конституционным Судом, и нарушало бы требования справедливого правосудия и конституционное право на судебную защиту в вышестоящей судебной инстанции¹.

Конституционные полномочия высших судов давать разъяснения судебной практики рассматриваются представителями этих юрисдикции

¹ Как указал Конституционный Суд РФ, вытекающие из ст. 46 (ч. 1 и 2) Конституции РФ, п. 5 ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах, ст. 2 Протокола № 7 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод требования справедливого правосудия и эффективного восстановления в правах применительно к решениям соответствующих судебных инстанций предполагают обязательность фактического и правового обоснования принимаемых ими решений, в том числе обоснования отказа в отмене или изменении обжалуемого судебного акта, что невозможно без последовательного рассмотрения и оценки доводов соответствующей жалобы. Судам вышестоящих инстанций не предоставляется «возможность игнорировать или произвольно отклонять доводы жалобы, не приводя фактические и правовые мотивы отказа в удовлетворении заявленных требований, поскольку мотивировка решения суда во всяком случае должна основываться на рассмотрении конкретных обстоятельств, нашедших отражение в материалах дела и дополнительно представленных сторонами материалами, а также на нормах материального и процессуального права» (определение Конституционного Суда РФ от 25 января 2005 г. № 42-0).

Верховенство права

как обосновывающие обязательность таких разъяснений. В реальном правоприменении они действительно имеют обязательное значение. Это подтверждается использованием ссылок на них в судебных актах всех уровней, т.е. и при вынесении решений, и при их корректировке вышестоящими судами. Однако Конституция не легитимирует обязательность разъяснений высших судов. Их значение как таковых объективно определено силой реакции на отступления от содержащихся в них правовых позиций. Почему нельзя согласиться с запретом для нижестоящих судов отклоняться от разъяснений? Такой запрет или даже признание обязательности этих разъяснений в законе противоречат праву и обязанности суда в любом процессе проверять подлежащие применению нормы с точки зрения их соответствия Конституции и закону. Эта монополия судов в правоприменительном процессе осуществлять выбор применимого права, в том числе путем подтверждения правового содержания закона, основанная на независимом статусе судей, — основная конституционная опора принципа разделения властей и обеспечения правосудием прав и свобод. В иерархии конституционных правовых принципов она представляет собой более высокую ценность, чем единообразие судебной практики и соблюдение всеми судами разъяснений, а по сути — указаний (они именно так формулируются в текстах постановлений пленумов высших судов), вне зависимости от того, насколько они правильны по существу.

Для исключения отклонений от единой практики правоприменения достаточна ее корректировка через отмену и изменение судебных актов. Можно возразить, однако, что этого недостаточно для того, чтобы предупредить отклонения, т.е. для предварительной профилактической, так сказать, настройки ее на правильное толкование норм, как недостаточно для этого, впрочем, ни самого закона, ни судейского правосознания. Но тогда должны быть рассмотрены необходимые способы, которые устраняли бы возможные негативные последствия связанности судьи чем-то иным, кроме конституционных принципов и норм, не подлежащим к тому же никакому контролю. Постановления пленумов высших судов нельзя обжаловать в судебном порядке, как акты любых других органов, включая законодательные; они могут быть только лишены их предмета, если законодатель изменит регулирование, или изменены самими высшими судами.

С точки зрения процесса администрирования в судебной системе обязательность разъяснений высших судов делает их более легким способом управления, чем одно только требование подчинения закону, потому что в своих разъяснениях Верховный Суд и Высший

Глава 3. Верховенство права и основы единообразия правоприменения

Арбитражный Суд могут конкретизировать закон, разъяснить его термины, восполнить пробелы, т.е. регулирование в результате становится более определенным и в то же время нижестоящие суды освобождаются от трудного самостоятельного поиска его правового содержания. Однако в судебной системе страны нет инстанции, которая могла бы проверить (подтвердить или опровергнуть), что закон интерпретирован (путем общих разъяснений) в соответствии с его правовым содержанием, подобно тому, как это осуществляется в конституционном правосудии при проверке смысла нормы, который придается ей правоприменительной практикой. Постановления пленумов высших судов — не акт правоприменения по конкретному делу. Они реально воспринимаются как создающие общее, пусть подзаконное, но регулирование и в этом смысле имеют квазинормативный или прецедентный характер; теоретический спор об адекватности подобных характеристик не имеет значения на фоне признания общеобязательности этих актов абстрактного судебного толкования закона. Но тогда оценка осуществленного таким образом толкования как обязательного требует логичного продолжения, которое, во-первых, соответствовало бы его подзаконности, а во-вторых, определяло бы его место в системе конституционного истолкования нормы, осуществляемого и в конституционном правосудии, и в остальной судебной практике. Логика судебной проверки любых подлежащих применению норм на соответствие общим правовым принципам, Конституции и закону явно нарушается, когда, с одной стороны, Верховный Суд настаивает на том, что любой суд, как уже упоминалось, может отвергнуть закон в качестве основы разрешения дела, не ставя вопрос о его лишении юридической силы перед конституционной юрисдикцией, а с другой — разъяснения высших судов исключаются из предмета судебного контроля при их применении по конкретному делу. В этом ряду рассуждений не укладываются в конституционные представления об иерархии нормативных правил и случаи отказа в судах общей и арбитражной юрисдикции следовать правовым позициям Конституционного Суда, которыми выявлен конституционный смысл нормы. Разъяснения высших судов, которые должны в свою очередь лишь выявлять смысл закона, реально оказываются более связывающими, чем закон и его истолкование Конституционным Судом, хотя обязательность для судей каких-либо других актов, кроме Конституции и правового закона, исключена.

Возможны два варианта выхода из такого положения: или судебная система России, включая суды всех видов юрисдикции, будет исходить из тезиса, что для суда нет ничего обязывающего, кроме закона,

включая, конечно, Основной закон, а акты абстрактного судебного толкования имеют рекомендательное значение, или же должна существовать защита от незаконных и от неконституционных постановлений пленумов высших судов. Эта проблема известна и зарубежному конституционному судопроизводству. Если указания, которые дают высшие суды нижестоящим судам на основе обобщения судебной практики, признаются обязательными, значит, необходимо допустить их оспаривание и проверку их конституционности. Именно так утверждение об обязательности директив высшего суда было, например, преодолено в Венгрии. В российской судебной системе, если настаивать на обязательном для судов значении указаний пленумов высших судов, такую проверку должен осуществлять Конституционный Суд.

Сложившееся в судах обыкновение сверять решение по делу с актами абстрактного судебного толкования провоцирует восприятие как обязательных не только постановлений пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда, но и позиций, содержащихся в распространяемых ими обзорах судебной практики, информационных письмах, ответах на вопросы судей по проблемам толкования и применения закона, разъяснениях Высшей квалификационной коллегии судей и даже Судебного департамента¹. Практически у судов нет способа спорить и с этими рекомендациями, вырабатываемыми вообще вне какой бы то ни было процессуальной формы.

Опасность состоит именно в том, что подобные администрированию методы все более распространяются как способ толкования закона и даже как способ его изменения. Например, получившее достаточную известность постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14 февраля 2008 г. № 14² фактически заменило надзорный порядок

¹ Обширная документация, исходящая от этих действующих при Верховном Суде органов, хотя ни Высшая квалификационная коллегия судей как орган судейского сообщества, ни Судебный департамент при Верховном Суде в качестве осуществляющего судебное управление не уполномочены на толкование применимого права, по существу содержит разъяснения положений законодательства и о статусе судей, и о процедурах в судах, коль скоро последние требуют организационно-ресурсного обеспечения. Чтобы такое утверждение не показалось голословным, достаточно привести разъяснения Высшей квалификационной коллегии судей о том, как должна пониматься мотивированность решений о лишении судьи его статуса (они потом могут быть обжалованы в Верховном Суде), или предписание Судебного департамента о порядке реализации права каждого обвиняемого и осужденного на получение за свой счет копии материалов уголовного дела, в том числе с помощью технических средств, как предполагающего не только оплату копирования и амортизации оборудования, но и осуществление такого копирования самим обвиняемым или его представителем с помощью их собственного, доставляемого ими в суд оборудования.

² Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2008. № 3.

пересмотра дел в Президиуме Высшего Арбитражного Суда как единственной надзорной инстанции по такому основанию, как нарушение единообразия судебной практики указанием Президиума другим судам о пересмотре ранее вынесенных ими вступивших в законную силу актов в процедуре возобновления дел по вновь открывшимся обстоятельствам, признав новым основанием такого пересмотра сформированную Высшим Арбитражным Судом практику применения определенных положений закона. Ясно, что прямой приказ сверху по всей судебной системе по принципу «делай, как я» несочетаем со статусом суда как органа судебной власти и строится на признании такого статуса только за высшими судами. При этом во многих случаях оказываются забытыми существенные требования к применению судами правовых норм, такие как запрет расширительного толкования ограничений, требование компетентного суда для каждого дела, ясность и определенность формируемой правовой позиции, недопустимость дискриминации и т.д. В конкретных делах соблюдение этих принципов проверить можно, так как существует субъект такой проверки, а именно Конституционный Суд, в абстрактных руководящих разъяснениях — нельзя¹.

Среди искажающих существо справедливого правосудия должны быть названы и такие методы руководства судебной практикой, как неадекватное использование статистических показателей и дисциплинарная практика в отношении судей. В течение десятилетий до формирования судебной системы страны в ее нынешнем виде сложилось правило оценки качества осуществления правосудия по статистическим показателям, по своему существу непригодным для характеристики работы судьи. Более всего эксплуатируемые в этих целях проценты отмены и изменения судебных актов, дающие в совокупности с другими данными картину состояния судебной работы в ее статике и динамике и с этой точки зрения представляющие ценность (если только методы ведения статистического учета ее не искажают), используются для того, чтобы поощрить судью к поиску отнюдь не лучшего решения по делу,

¹ Правда, некоторое время в решениях Конституционного Суда содержание постановлений пленумов высших судов обоснованно рассматривалось как выявляющее смысл, придаваемый судебной практикой оспоренному в конституционном правосудии закону. К сожалению, в условиях достаточной напряженности между высшими судами такой подход становится все менее выраженным: Конституционный Суд, придерживаясь идеи конструктивного сотрудничества в судебной системе, склоняется к самоограничению в этой своей компетенции, хотя она в полной мере не только соответствует предмету проверки, как он определяется в Федеральном конституционном законе «О Конституционном Суде Российской Федерации», но и отвечает юридической природе последнего и его предназначению в качестве судебного органа конституционного контроля (ст. 3, 74).

Верховенство права

а ожидаемого, заранее приемлемого для всей системы в целом и вышестоящего суда в частности. Так как любое несогласие последнего с вынесенным решением нижестоящим судом рассматривается как отрицательная характеристика процесса и итогового документа по делу. Но, во-первых, то, что вышестоящая инстанция пришла по делу к другому выводу, далеко не всегда свидетельствует о допущенной нижестоящим судом ошибке, а во-вторых, общая ответственность судебной системы за качество ее деятельности, если оно меряется процентами отмены и изменения актов судов, вынуждает вышестоящие суды максимально экономно использовать такие санкции и отказываться тем самым от восстановления нарушенных в судопроизводстве прав тех, кто обращается за судебной защитой. Единая, стремящаяся внешне к безошибочности судебная практика благодаря этому действительно формируется, единое справедливое правосудие не достигается и, более того, перестает быть единственной целью судебной системы.

Ситуация еще более усугубляется использованием данных об отмене и изменении судебных решений как показателей ошибочной работы судьи в качестве основания для применения к нему мер дисциплинарной ответственности. Практически вся дисциплинарная практика использует эти показатели как характеристику судьи, достаточную уже в зависимости от одной их численной величины для того, чтобы сделать вывод о его профессиональной непригодности. Такой подход в действительности является отступлением от конституционного и общеправового принципа неотвеченности судьи за существо принимаемого им по делу решения, который (аналогично принципу неотвеченности за депутатское голосование в парламенте) гарантирует осуществление правосудия независимым судом, в соответствии с внутренним убеждением судьи, основанным на установленных им фактических обстоятельствах и подлежащем применению закону, без какого бы то ни было влияния искажающих его позицию внешних и внутренних мотивов.

* * *

Конституционные рамки стремления к единообразной практике судов заданы параметрами справедливого правосудия и служащими этому гарантиями соответствующего правового статуса суда и судей. Единство судебной практики, как выражающее верховенство в ней права, обеспечивается прежде всего его общими принципами. С этой точки зрения представляются важными теоретическая разработка и практическое решение проблем, объективно затрудняющих применение единого правового масштаба не только при толковании

Глава 3. Верховенство права и основы единообразия правоприменения

конкретной нормы в пределах одной юрисдикции, но и в системе судов в целом. Такие проблемы необходимо выявлять законодателю, с тем чтобы процедуры судебной защиты аналогичных прав в разных юрисдикциях не дискриминировали участников сходных правоотношений. К его же задачам относится обеспечение системности правового регулирования, в котором отраслевое законодательство не должно исходить из возможности игнорировать содержательное единство используемых правовых категорий и претендовать на исключительно автономное их определение, — тогда правовые сущности исчезают и единообразное их воплощение в правоприменении исключено. В правоприменительной практике нужны единые подходы к решению объективно неизбежных ситуаций, связанных с коллизией и конкуренцией норм, пробелами в законе, которые устраняются на основе общих принципов права, обосновывающих в том числе иерархию правовых ценностей, включая признание приоритета принципов и норм международного права, а также с использованием аналогии права и закона.

Требует последовательного решения определение допустимых границ правоустановительной деятельности судов, взаимообязывающей силы актов разных юрисдикции, в том числе возможности опровержения преюдиции судебных решений лишь при использовании процедур, в которых осуществлено первоначальное установление фактов, а также признание юридической силы судебных актов других юрисдикции, принятых в пределах их компетенции, и утверждение единообразного подхода к преодолению противоречий между ними. Иначе объективно необходимое стремление к единству практики может порождать использование недопустимых способов его достижения и приводит к отрицательным результатам, разрушающим правосудие как эффективное средство правовой защиты, которое обеспечивает каждому при определении его прав и обязанностей рассмотрение его правового конфликта компетентным, независимым, беспристрастным судом, созданным на основании закона и принимающим обязательные решения¹.

¹ Статья 14 (п. 1) Международного пакта о гражданских и политических правах, ст. 6 (п. 1) и ст. 13 Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

ГЛАВА 4

ЕДИНСТВО ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ И МЕХАНИЗМ ЕГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ СУДЕБНОЙ СИСТЕМОЙ

Обеспечение единства правоприменения в любой национальной судебной системе, а в современном мире и в международных системах правоприменения, в таких, например, как Совет Европы, имеет первостепенное значение для качества и эффективности правосудия. Ведь правосудие — один из основных способов реализации права. А право по своей сущности представляет собой средство регулирования общественных отношений, внесения в них упорядоченности, стабильности, признания и защиты интересов и прав их участников.

Важнейший принцип реализации права — принцип правовой определенности становится не декларацией, а реальностью лишь при условии единства судебной практики по толкованию и применению норм права, предсказуемости и тождественности судебных решений по аналогичным обстоятельствам. Единство правоприменения судами — необходимая предпосылка как реального внедрения права в жизнь общества, так и доверия граждан к судебной системе. Можно утверждать, что единство судебной практики — имманентное свойство подлинного правосудия.

Идеальное единство судебной практики в принципе недостижимо хотя бы потому, что право и правосудие находятся в состоянии постоянного развития. Но задача и процесс достижения единства судебного правоприменения существуют всегда и везде, во все времена и во всех правовых системах.

Международным сообществом накоплен богатый опыт в обеспечении единства судебного правоприменения. Он характеризуется, с одной стороны, наличием особенностей механизмов обеспечения единства правоприменения в странах, принадлежащих к разным правовым системам (континентальной европейской системе, системе англосаксонского права и т.д.), а с другой — использованием общих приемов и постепенным сближением национальных систем, особенно в рамках международных объединений, таких как ЕС, Совет Европы, СНГ и др.

Глава 4. Единство правоприменения и механизм его обеспечения

В России в соответствии с традициями и действующим правом используются следующие способы и средства обеспечения единства судебного правоприменения.

Во-первых, в систему подготовки юридических кадров вообще, кандидатов на должности судей в частности, а также повышения квалификации судей включается программный материал, посвященный необходимости и методам обеспечения единства судебного правоприменения.

В частности, изучаются правила толкования правовых норм, принципы их применения, правила восполнения пробелов в праве путем применения аналогии закона и аналогии права, полномочия Конституционного Суда РФ по осуществлению конституционного надзора и по толкованию Конституции РФ, полномочия Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ по даче разъяснений по вопросам судебной практики.

Программы курсов повышения квалификации судей и помощников судей включают вопросы обеспечения единства судебной практики по отдельным, наиболее сложным и новым категориям дел.

Учеба судей в целях ознакомления с типичными судебными ошибками также используется для обеспечения единства правоприменения.

Во-вторых, во всех судах созданы материально-технические и организационные предпосылки для обеспечения судей, их помощников и специалистов информацией не только о действующем законодательстве, но и о практике его применения по отдельным категориям дел. В баз данных имеющихся информационных систем введена вся судебная практика Высшего Арбитражного Суда РФ и федеральных арбитражных судов округов, являющихся судами кассационных инстанций.

Электронные базы данных судебной практики для поиска аналогичных дел в целях выявления, имеется ли выработанная высшими судами правовая позиция по применению тех или иных норм материального или процессуального права, могут быть использованы в работе нижестоящих судебных инстанций для того, чтобы избежать разнобоя в практике, и для предупреждения судебных ошибок.

Во всех арбитражных судах имеются подразделения, выполняющие функции по обобщению и анализу судебной практики, ее единства по отдельным категориям дел, которые готовят информационные справки и обзоры на основе проведенных работ.

В-третьих, важными средствами обеспечения единства практики судебного правонарушения служат открытость и гласность судебных процессов и судебных решений. Открытость судебных заседаний для участников процессов, публики, средств массовой информации, доступность

Верховенство права

баз данных судебных решений позволяют осуществлять общественный контроль за судебными актами, выявлять и широко обсуждать в научных кругах и средствах массовой информации судебные решения в аспекте их единства, следования ранее выработанным судами правовым позициям.

При высших и многих других судах действуют научно-консультативные советы, позволяющие ученым-юристам обсуждать наиболее сложные проблемы, возникающие при отправлении правосудия, в том числе вопросы единства судебной практики.

Материалы по анализу и обобщению судебной практики юристами - учеными и практиками широко публикуются и распространяются через различные издания, в том числе в многочисленных журналах правового профиля, а также в интернете.

Формирование практики правоприменения и обеспечение ее единства происходят с участием всех судов, но особая роль принадлежит высшим судам, являющимся центрами судебной системы.

В Российской Федерации наряду с Конституционным Судом РФ функционируют суды общей юрисдикции, высшим судебным органом для которых является Верховный Суд РФ, и арбитражные суды, для которых высшей судебной инстанцией является Высший Арбитражный Суд РФ.

Суды общей юрисдикции осуществляют гражданское, административное и уголовное судопроизводство по подведомственным им делам. Арбитражные суды осуществляют гражданское и административное судопроизводство по спорам между лицами, занимающимися предпринимательской деятельностью, а также между этими лицами и органами государственной и муниципальной власти и управления.

Статус и функции Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ идентичны. Статьи 126 и 127 Конституции указывают на то, что оба суда являются высшими судебными инстанциями по подведомственным им делам и спорам, осуществляют в предусмотренных законом процессуальных формах судебный надзор за деятельностью соответствующих судов и дают разъяснения по вопросам судебной практики.

Поскольку положение высших судов в целом идентично, хотя имеются и некоторые отличия в организационных и процедурных формах их деятельности, на которые в дальнейшем будет указано, рассмотрим роль высших судебных инстанций в обеспечении единства правоприменения на примере Высшего Арбитражного Суда РФ.

Арбитражные суды, осуществляющие правосудие в сфере экономики России, относятся в соответствии с федеральными конституционными законами от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ «О судебной системе

Глава 4. Единство правоприменения и механизм его обеспечения

Российской Федерации» и от 28 апреля 1995 г. № 1-ФКЗ «Об арбитражных судах в Российской Федерации» к федеральным судам, образующим единую систему. Судами первой инстанции являются арбитражные суды субъектов Российской Федерации (республик, краев, областей и автономных округов). К судам второй инстанции относятся 20 апелляционных арбитражных судов, каждый из которых обслуживает территорию нескольких субъектов Российской Федерации. Третья инстанция представлена федеральными арбитражными судами, обслуживающими территорию 10 федеральных судебных округов. Эти 10 судов выполняют функцию кассационной инстанции. Высший Арбитражный Суд распространяет свою юрисдикцию на всю территорию России и является единственной инстанцией, которая рассматривает по жалобам сторон дела в порядке судебного надзора, т.е. в исключительном порядке для обеспечения единства правоприменения.

Таким образом, система арбитражных судов России является четырехзвенной. Из четырех звеньев три являются вышестоящими инстанциями, проверяющими по жалобам сторон соответствие судебных актов материальному и процессуальному праву и тем самым обеспечивающими на своем уровне единство правоприменения. Но каждая из этих инстанций выполняет свою особую роль в решении этой задачи.

Суды второго уровня — апелляционные суды — проверяют по жалобам сторон обоснованность и законность решений и по фактическим обстоятельствам, и по соответствию их праву как материальному, так и процессуальному. Эти суды вправе в необходимых случаях рассматривать дополнительные фактические обстоятельства, расширять доказательственную базу судебного решения. Они поэтому могут отменить или изменить решение суда первой инстанции по фактическим основаниям и вправе изменить или отменить решение и вынести новое решение по вопросам права. По сути они воспроизводят судопроизводство первой инстанции.

Суды третьего уровня — кассационные суды — проверяют решение суда только с позиции соблюдения и правильности толкования и применения права. При этом они не могут отказать заявителю в пересмотре дела в аспекте применения права, т.е. кассационная инстанция является доступной для любой стороны, оспаривающей судебное решение по правовым основаниям. При этом кассационный суд должен устранить допущенное нарушение права и одновременно обеспечить единство правоприменения на подведомственной территории и в самом кассационном суде.

Процедура рассмотрения дела в надзорной инстанции существенно отличается от кассационной процедуры, ибо функции кассационной и надзорной инстанций различны. Основная функция кассационной

инстанции состоит в том, что она призвана по заявлениям сторон устранять выявленные нарушения материального или процессуального права, которые оказывают влияние на судебные акты и эффективность защиты прав и интересов спорящих сторон. Поэтому кассационная инстанция должна быть доступной для участников судопроизводства, подача кассационной жалобы в судах России влечет за собой обязательное рассмотрение дела кассационной инстанцией.

Напротив, основная функция надзорной инстанции, являющейся четвертой инстанцией, состоит в том, что она, будучи единым центром судебной системы, предназначена для обеспечения единства судебной практики. При этом надзорная инстанция выполняет и еще две функции. Во-первых, она служит дополнительной гарантией защиты прав сторон, не нашедших эффективной защиты в судах первой, апелляционной и кассационной инстанций. Во-вторых, что не менее важно, Высший Арбитражный Суд РФ, аккумулируя опыт всех арбитражных судов России, играет важнейшую роль в развитии права, в выработке правовых позиций, которые воспринимаются системой арбитражных судов в качестве прецедентных. Поэтому надзорная инстанция является исключительной. Подача жалобы сама по себе не влечет за собой пересмотра дела.

Процессуальное законодательство России, регламентирующее судопроизводство в надзорной инстанции как в судах общей юрисдикции, так и в арбитражных судах, в 2002—2008 гг. было существенно изменено, что превратило надзорное производство в полноценную судебную процедуру. При этом были учтены и критические оценки ранее существовавших надзорных процедур Европейским Судом по правам человека.

Во-первых, в соответствии с новыми правилами судебное решение пересматривается в надзорном порядке исключительно по жалобе спорящих сторон или лиц, права которых затрагиваются судебным актом, а также по представлению участвующего в деле прокурора.

Во-вторых, исключены дискреционные полномочия по возбуждению надзорного судопроизводства, которые ранее принадлежали председателям высших судов и их заместителям, а также Генеральному прокурору РФ и его заместителям.

Теперь надзорное производство представляет собой судебную процедуру, состоящую из трех стадий: первая — принятие заявления к производству в надзорной инстанции; вторая — рассмотрение заявления о пересмотре судебного акта в порядке надзора с вынесением решения о пересмотре или об отказе в пересмотре судебного акта; третья — рассмотрение дела в порядке надзора с вынесением судебного акта об отмене, изменении или оставлении в силе обжалованного судебного решения.

Глава 4. Единство правоприменения и механизм его обеспечения

В-третьих, поскольку предметом проверки в порядке надзора, как и в кассационном порядке, является судебное решение, которое после апелляционного рассмотрения или истечения срока на апелляционное рассмотрение хотя и не является окончательным, но вступает в законную силу, т.е. подлежит исполнению, то исходя из принципа правовой определенности и стабильности судебного акта новое процессуальное законодательство России устанавливает предельные сроки и конкретные основания для пересмотра судебных актов в порядке судебного надзора.

Так, АПК РФ 2002 г. установлено, что заявление или представление о пересмотре в порядке надзора судебного акта может быть подано в Высший Арбитражный Суд РФ в срок, не превышающий трех месяцев со дня вступления в законную силу последнего оспариваемого судебного акта по данному делу, если исчерпаны другие имеющиеся возможности для проверки оспариваемого акта. При этом срок подачи заявления, пропущенный по причинам, не зависящим от лица, может быть восстановлен судьей Высшего Арбитражного Суда РФ при условии, что ходатайство подано не позднее чем через шесть месяцев со дня вступления оспариваемого акта в законную силу или со дня, когда лицо, не участвовавшее в деле, узнало или должно было узнать о нарушении его прав или законных интересов оспариваемым судебным актом.

Лица, прав и интересов которых касается судебный акт, вправе оспорить его в порядке надзора, если полагают, что этим актом существенно нарушены их права и законные интересы в результате нарушения или неправильного применения арбитражным судом норм материального или процессуального права.

Заявление о пересмотре судебного решения должно соответствовать требованиям, указанным в ст. 294 АПК РФ, в том числе содержать основания для пересмотра судебного акта со ссылкой на нарушения или неправильное применение норм права, повлекшие за собой нарушения прав и законных интересов заявителя.

С учетом соблюдения этих требований судья принимает решение о принятии или непринятии заявления к рассмотрению.

Принятое заявление на предмет его приемлемости, т.е. наличия оснований для передачи дела в Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ, рассматривается в месячный срок коллегиальным составом из трех судей Высшего Арбитражного Суда РФ.

Что касается оснований для передачи дела в Президиум Высшего Арбитражного Суда, а также для изменения или отмены им оспариваемых судебных актов, то они совпадают. В соответствии со ст. 304 АПК РФ судебный акт может быть изменен или отменен Президиумом Высшего

Верховенство права

Арбитражного Суда, если этот акт: 1) нарушает единообразие в толковании и применении арбитражными судами норм права; 2) нарушает права и свободы человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права, международным договорам Российской Федерации; 3) нарушает права и законные интересы неопределенного круга лиц или иные публичные интересы.

Президиум Высшего Арбитражного Суда рассматривает дела в порядке их поступления в Президиум, но не позднее чем в срок, не превышающий трех месяцев со дня вынесения коллегией судей определения о передаче дела в Президиум.

Таким образом, Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ в качестве высшей судебной инстанции по делам, подведомственным арбитражным судам России, своими актами обеспечивает правовую основу для единства правоприменения в сфере экономического правосудия.

Несмотря на то что судебный надзор в системе арбитражных споров России приведен в соответствие с европейскими стандартами, определяемыми, в частности, правовыми позициями, содержащимися в постановлениях Европейского Суда по правам человека, можно встретить суждения о том, что четвертая инстанция является излишней. Обосновывается это, в частности, тем, что в порядке надзора пересматриваются «окончательные» судебные решения, что дестабилизирует гражданский оборот, и что высшая судебная инстанция могла бы функционировать в качестве кассационной инстанции.

Принятие к реализации такого рода предложений повлекло бы за собой существенное снижение эффективности правосудия в защите прав и интересов граждан.

Во-первых, как уже отмечалось, и кассационная инстанция пересматривает «окончательные» решения, вступившие в законную силу, т.е. подлежащие исполнению.

Во-вторых, и это наиболее существенно, совмещение в одном судебном звене кассационной инстанции и высшей судебной инстанции, обеспечивающей единство правоприменения, далеко не всегда эффективно. Еще Сенат дореволюционной России, который «сидел на двух стульях», критиковали за то, что он не мог справляться с обеими этими функциями без ущерба хотя бы для одной из них. Действительно, такое совмещение возможно в сравнительно небольших странах. В таких больших странах, как Россия, это приводит к огромным перегрузкам высших судов и вследствие этого к снижению эффективности их работы в качестве центра судебной системы.

Глава 4. Единство правоприменения и механизм его обеспечения

Кроме того, сосредоточение в высшем суде кассационного судопроизводства сделало бы его недоступным для большинства лиц, добивающихся кассационного пересмотра. В России 10 кассационных судов рассматривают в год 80—90 тыс. дел в кассационном порядке, Президиум же Высшего Арбитражного Суда РФ в год рассматривает не более 200—300 дел.

Значительное увеличение числа рассматриваемых дел неизбежно снижает глубину их проработки, качество работы высшей судебной инстанции, ее потенциал в развитии права, что особенно важно в условиях интенсивного обновления и развития правовой системы России.

Разумеется, судебный надзор, как и правосудие в целом, нуждается в дальнейшем совершенствовании. Представляются, например, оправданными предложения о пересмотре структуры обжалования судебных решений в системе судов общей юрисдикции с повышением роли апелляционного и кассационного обжалования и сосредоточения судебного надзора в Верховном Суде РФ.

Судебный надзор как средство обеспечения единства правоприменения является типичным в том смысле, что он сопряжен с рассмотрением судом высшей инстанции конкретных дел. Менее традиционным, но не менее эффективным является другой способ обеспечения единства — разъяснения по толкованию и применению права путем принятия постановлений Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ. Возможность такого способа обеспечения единства правоприменения создана ст. 126 и 127 Конституции РФ, которые наделяют Верховный Суд РФ и Высший Арбитражный Суд РФ полномочием давать разъяснения по вопросам судебной практики. Федеральный конституционный закон «Об арбитражных судах в Российской Федерации», определяя в развитие Конституции РФ полномочия Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ, в ст. 13 установил, что Пленум дает разъяснения по вопросам судебной практики на основе материалов изучения и обобщения практики применения нормативных правовых актов арбитражными судами.

Среди актов судебного толкования норм права разъяснения, содержащиеся в постановлениях Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ, обладают наибольшей юридической силой в этих судебных системах, поскольку они имеют конституционную основу в виде норм ст. 126 и 127 Конституции РФ. Кроме того, они наиболее авторитетны в судебском и правовом сообществе, поскольку принимаются полным составом судей высших судов на основе обобщения практики всех нижестоящих судов и после тщательной проработки, в которой учитываются позиции судов, а также представителей правовой науки.

Верховенство права

К числу достоинств постановлений пленумов высших судов относится и то, что они имеют системный характер, содержат взаимосвязанные разъяснения многих вопросов применения определенного законодательного акта, например ГК РФ, или практики рассмотрения определенной категории дел, например налоговых споров.

Поскольку в России существуют две судебные системы — судов общей юрисдикции и арбитражных судов, которые во многих случаях применяют нормы одних и тех же законодательных актов, то существует весьма значимая проблема предотвращения противоречий в правовых позициях двух высших судов. К сожалению, нормы судебного права не содержат механизмов согласования позиций высших судов двух систем. Однако в практике судебной деятельности такой механизм довольно быстро был создан в виде совместных постановлений пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ. Приняты и успешно действуют совместные постановления по разграничению подведомственности дел судам общей юрисдикции и арбитражным судам, по применению норм ГК РФ и многих других актов.

В целях закрепления существующей практики совместных постановлений пленумов высших судов целесообразно предусмотреть возможность и необходимость их принятия в Федеральном конституционном законе «О судебной системе Российской Федерации».

Важная роль в обеспечении единообразия судебной практики принадлежит Конституционному Суду РФ. В соответствии со ст. 125 Конституции РФ только Конституционный Суд по запросам соответствующих органов государственной власти, в том числе высших судов России, разрешает дела о соответствии Конституции РФ федеральных законов, иных нормативных актов, конституций, законов и иных нормативных актов субъектов Российской Федерации по вопросам, относящимся к ведению Российской Федерации и совместному ведению Российской Федерации и ее субъектов. Конституционный Суд РФ по жалобам граждан на нарушение их конституционных прав и свобод и по запросам судов проверяет также конституционность закона, примененного или подлежащего применению в конкретном деле.

Только Конституционный Суд РФ дает по запросам указанных в ст. 125 Конституции РФ органов государственной власти толкование Конституции РФ.

Для единства судебной практики особенно важно то, что Конституционный Суд оценивает конституционность нормативных актов с учетом того смысла, который придается рассматриваемым нормам в практике судебного правоприменения.

Глава 4. Единство правоприменения и механизм его обеспечения

Аналогичную роль для обеспечения единства судебного правоприменения играют и правовые позиции, содержащиеся в судебных актах Европейского Суда по правам человека в аспекте толкования и применения Европейской конвенции о правах и основных свободах человека и гражданина.

Статья 104 Конституции РФ наделяет наряду с другими органами государственной власти Конституционный Суд, Верховный Суд РФ и Высший Арбитражный Суд РФ правом законодательной инициативы. Это право позволяет высшим судам на основе материалов судебной практики, проводимых анализов и обобщений практики применения судами законов и иных нормативных актов вносить предложения по совершенствованию законодательства, в том числе по устранению имеющихся в нем проблем и противоречий.

На основе анализа практики рассмотрения дел Европейским Судом по правам человека по обращениям граждан Российской Федерации Верховным Судом РФ подготовлен проект закона о возмещении ущерба, который может быть причинен гражданину вследствие несоразмерно длительных сроков рассмотрения судами дел, а также несвоевременного исполнения судебных решений.

Используются и иные способы обеспечения единства судебного правоприменения. Так, в соответствии со ст. 16 Федерального конституционного закона «Об арбитражных судах в Российской Федерации» Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ рассматривает на своих заседаниях отдельные вопросы судебной практики и о результатах рассмотрения информирует арбитражные суды. Обычно это происходит на основе проведенных обобщений судебной практики нижестоящих судов или касается спорных вопросов толкования и применения нового законодательства, по которому еще не сложились устойчивые правовые положения. Эти материалы являются информационными.

Поиск и совершенствование способов обеспечения единства судебной практики идут постоянно. В частности, в настоящее время готовится проект закона о запросах нижестоящих судов в Высший Арбитражный Суд по сложным вопросам применения новых правовых норм, по которым отсутствуют выработанные и воспринятые судами правовые положения. Развернувшаяся по законопроекту дискуссия позволит, в том числе с учетом зарубежного и международного опыта, взвесить позитивные и негативные стороны судебного запроса и найти верное решение.

В советское время в правовой науке роль судебного прецедента как средства развития права полностью отвергалась, поскольку источником права признавались лишь законы и подзаконные акты. В современной России ситуация изменилась. Как и в других странах

Верховенство права

континентального права, многими юристами, учеными и практиками, в том числе судьями, отмечается роль судебной практики в развитии права, констатируется наличие судебных прецедентов, закрепляемых в качестве таковых в актах Конституционного Суда РФ, а также в актах Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда, особенно в постановлениях их пленумов, содержащих разъяснения по сложным и спорным вопросам судопроизводства по гражданским, административным и уголовным делам. При этом в юридической литературе восприятие судами позиций, сформированных высшими судебными инстанциями по аналогичным делам, обычно рассматривается в плане достижения единства правоприменения без ущерба для конституционного принципа независимости судей как определяющего фактора правосудия.

Что касается содержательного аспекта толкования и применения права, то в новой России и здесь произошли радикальные перемены, ставшие следствием преобразования как правовой системы, так и правосудия.

Основное изменение правовой системы России состоит в возрождении частного права. В советское время вследствие абсолютного преобладания публичной собственности и огосударствления общественной жизни право было публицизированным, содержало лишь фрагменты частного права.

Переход России к формированию гражданского общества с институтами демократии, свободной рыночной экономикой, базирующейся на частной собственности, объективно обусловил необходимость воссоздания частного права. Основой новой правовой системы, включающей в себя и публичное, и частное право, стала Конституция РФ 1993 г.

В соответствии с закрепленными в ней конституционными принципами произошло обновление российского права по всем его отраслям.

Возрождение частного права связано прежде всего с разработкой и принятием нового Гражданского кодекса в 1994—2006 гг. Приняты также новые кодексы по трудовому, жилищному, семейному, земельному праву, многочисленные законодательные акты, конкретизирующие ГК РФ по отдельным аспектам регулирования — юридических лиц, банков, финансового рынка, транспортных услуг и т.п.

Наличие в праве двух подсистем - частного и публичного права — ставит перед правоприменителями, в том числе и перед судами, дополнительные, подчас весьма сложные задачи и вопросы в процессе толкования и применения права.

Во-первых, необходимо учитывать, что частное право и публичное право представляют собой два отличающихся друг от друга типа правового регулирования.

Глава 4. Единство правоприменения и механизм его обеспечения

Частное право регулирует нормальные для общества экономические и иные отношения между гражданами, а также их объединениями, в рамках и посредством которых их участники реализуют свои потребности и интересы: отношения собственности, в том числе интеллектуальной, товарно-денежные, трудовые, жилищные, семейные отношения. Это отношения равенства, свободы, координации.

Частное право наделяет участников этих отношений правами как юридическими средствами реализации интересов и удовлетворения потребностей сторон, регулирование имеет здесь правонаделительную (дозволительную) направленность. Отношения строятся на основе юридического равенства сторон, отсутствия власти и подчинения между ними. Стороны наделяются правовой автономией, самостоятельностью, свободой в регулировании отношений посредством заключаемых ими договоров, не противоречащих праву. Само правовое регулирование является диспозитивным, оставляющим свободу для саморегулирования, и в значительной мере децентрализованным.

Напротив, публичное право регулирует отношения, в которых участвует государство как власть. Это отношения по осуществлению государственного управления определенными сферами общественной жизни, например по поддержанию общественного порядка, по обороне страны, по осуществлению правосудия, налоговых и бюджетных отношений и т.п.

Публичное право обеспечивает реализацию интересов общества в целом, публичные интересы. Оно строит отношения на основе субординации, власти одной стороны и подчинения другой. Поэтому регулирование является императивным и централизованным. В качестве правовых предписаний используются преимущественно обязывание (например, в налоговом праве) или запреты (в уголовном праве).

Столь существенные различия между публичным и частным правом требуют от правоприменителя, во-первых, правильно определять правовую природу применяемых норм по их принадлежности к частному или публичному праву. Во-вторых, правильно определять природу отношения, к которому применяется норма права, поскольку публичное и частное право имеют свой предмет, свою сферу регулирования «и не могут применяться к чужим отношениям». В-третьих, нельзя допускать смешения функций частного и публичного права. Например, принадлежность имущества на праве собственности должна в спорных случаях определяться на основе норм гражданского права в рамках гражданского судопроизводства, а совершение или несвершение лицом преступного посягательства против чужого права собственности — только по нормам уголовного права в рамках уголовного судопро-

Верховенство права

изводства. В-четвертых, следует учитывать, что правильное толкование норм публичного и частного права обладает своими особенностями, предопределяемыми своеобразием самого частного и публичного права. Так, запретительные нормы уголовного права и обязывающие нормы административного права не могут быть истолкованы распространительно, а правонаделительные нормы частного права, напротив, не подлежат ограничительному толкованию. Пробелы в частном праве могут восполняться посредством применения аналогии закона или права, что недопустимо в публичном праве, например в определении компетенции властного органа или должностного лица.

Во-вторых, при толковании и применении частного и публичного права необходимо учитывать их соотношение в системе права, которое может быть различным. В условиях тоталитарного государства на первый план по своему значению выходит публичное право, поскольку фактически реализуется принцип «человек для государства». Напротив, в гражданском обществе, где создаются условия для реализации принципа «государство для человека», соотношение складывается в пользу частного права.

Соотношение частного и публичного права в современной России определяется Конституцией РФ. Статья 2 Конституции устанавливает: «Человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина — обязанность государства». Статья 7 Конституции указывает на то, что «Российская Федерация — социальное государство, политика которого направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека».

Эти и многие другие аналогичные положения действующей в России Конституции должны быть для судов отправными положениями, указывающими на то, что права и свободы человека, в том числе устанавливаемые частным правом, должны охраняться и защищаться публичным правом как приоритетные.

Соотношение частного и публичного права предопределяет и функции правосудия или по крайней мере влияет на них. В условиях тоталитарного государства правосудие в большей степени является карательным. Напротив, в гражданском обществе правосудие является преимущественно правозащитным. Именно такое преобразование произошло в современной России. Судебная статистика соотношения дел гражданских, административных и уголовных указывает на то, что в стране произошел переход от преимущественно карательного к преимущественно правозащитному правосудию.

Глава 4. Единство правоприменения и механизм его обеспечения

В-третьих, право представляет собой единое целое, части и отрасли которого в реальной действительности применяются во взаимодействии, чем в значительной степени и определяется эффективность права.

Опыт правового регулирования, например в сфере экономики, показывает, что право оказывается эффективным регулятором общественных отношений лишь при условии отлаженного взаимодействия всех отраслей права, совокупного и согласованного применения их норм. Такая согласованность необходима как на уровне нормотворчества, так и на уровне правоприменения.

Отношения собственности, предпринимательской деятельности, товарно-денежного оборота, использования результатов творческой деятельности регулируются в целом частным правом. Но это регулирование может быть слабым и неэффективным, если оно не подкрепляется публично-правовым регулированием или тем более деформируется им. Представляется, что в современной России, да, пожалуй, и не только в ней, именно недостаточно отработанное взаимодействие частного и публичного права является одной из причин многих экономических и социальных неурядиц, в том числе и охватившего мировую экономику кризиса.

В процессе нормотворчества и правоприменения взаимодействие частного и публичного права должно обеспечивать, во-первых, реализацию единых для права в целом конституционных принципов, таких, например, как приоритет защиты прав и свобод человека и гражданина.

Во-вторых, отрасли и нормы публичного права должны обеспечивать необходимые условия для нормального функционирования институтов частного права. Так, в условиях рыночной экономики должна быть создана эффективная система антимонопольного регулирования. В противном случае нормальная конкуренция как основа рыночной экономики будет невозможна. Институт банкротства как элемент частного права должен быть обязательно подкреплен уголовно-правовыми нормами об ответственности за преднамеренное и фиктивное банкротство. Без этого институт банкротства может превратиться в средство противоправного захвата чужого бизнеса. Институты государственной регистрации юридических лиц и прав на недвижимость должны обладать качеством достоверности. В противном случае государственная регистрация, произведенная без хотя бы-элементарной оценки достоверности представленных документов, например на предмет их подделки, может превратиться из средства защиты права собственности в средство криминального завладения ею, что и происходит в действительности.

Верховенство права

В-третьих, публичное право должно обеспечивать охрану частных прав от противоправных посягательств.

Весьма актуальными продолжают оставаться вопросы эффективности охраны права собственности, в том числе с использованием гражданско-правовых форм, таких как фиктивные сделки, сделки с применением обмана, поддельных документов и т.п.

Особого внимания заслуживают вопросы уголовно-правовой охраны прав авторов на результаты творческой деятельности в сфере науки, искусства, литературы.

В-четвертых, при нарушении частных прав и свобод публичное (судебное) право должно обеспечивать эффективную защиту прав путем их восстановления или предоставления компенсации.

Вместе с тем само частное право должно содержать нормы и институты, обеспечивающие начала добросовестности сторон в их отношениях и пресечение злоупотребления правами и свободами во вред другим лицам и публичным интересам.

Это особенно актуально для сферы финансового рынка, банковских и кредитно-расчетных отношений, где злоупотребления могут принимать крупномасштабный характер, затрагивать интересы большого числа лиц и наносить вред публичным и национальным интересам.

В настоящее время в России осуществляется проработка концепции совершенствования гражданского законодательства как частного права. Не менее значимой могла бы быть концептуальная проработка и публичного права под углом зрения его эффективности в аспекте взаимодействия с частным правом. Полезно было бы, например, проработать уголовно-правовые нормы по борьбе с экономическими правонарушениями. Целесообразно, в частности, выявить, нет ли необходимости, с одной стороны, в декриминализации некоторых правонарушений, а с другой — во введении недостающих составов по преодолению общественно опасных посягательств на нормальные экономические отношения.

Еще более актуальна необходимость концептуального исследования административно-правового воздействия на современные экономические отношения с целью повышения его эффективности, особенно механизма выявления и своевременного пресечения злоупотреблений частными правами, способных причинить значительный вред экономике и правам граждан.

ГЛАВА 5

СОВРЕМЕННЫЕ ПРОБЛЕМЫ ЕДИНСТВА СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ

1. Общие положения единства судебной практики

Под единством судебной практики понимается единообразное (одинаковое) применение одних и тех же норм права всеми судами государства при рассмотрении и разрешении дел, относящихся к их компетенции.

Обеспечение единства судебной практики всегда рассматривалось как очень важная задача, стоящая в первую очередь перед высшими судами: в советские времена — перед Верховным Судом СССР (в отношении применения союзного законодательства) и Верховным Судом РСФСР (в отношении применения республиканского законодательства), в настоящее время — перед Верховным Судом РФ и Высшим Арбитражным Судом РФ. Главным способом обеспечения единства судебной практики были и продолжают являться постановления пленумов этих судов (их роль и значение, а также другие способы обеспечения единства судебной практики будут рассмотрены ниже).

В 2002 г. понятия «единство судебной практики», «единообразие в толковании и применении судами норм права» были впервые введены в процессуальное законодательство (ГПК и АПК РФ).

Так, в ч. 3 ст. 377 ГПК РФ установлено, что условием обжалования в Президиум Верховного Суда РФ определений Судебной коллегии по гражданским делам и Военной коллегии Верховного Суда РФ, вынесенных ими в надзорном порядке, являются нарушения этими определениями «единства судебной практики», а ст. 389 ГПК РФ установлено, что Председатель Верховного Суда РФ или его заместитель вправе (при определенных в этой же статье условиях, которые также будут рассмотрены ниже) внести в Президиум Верховного Суда РФ представление о пересмотре в порядке надзора судебных постановлений «в целях обеспечения единства судебной практики».

В п. 1 ст. 304 АПК РФ установлено, что одним из оснований для изменения или отмены в порядке надзора вступившего в законную силу судебного акта является нарушение этим актом «единообразия в толковании и применении арбитражными судами норм права».

Верховенство права

С учетом этих изменений важность исследований проблем обеспечения единства судебной практики возрастает.

Исходя из устройства судебной системы Российской Федерации (наличия в ней двух по сути самостоятельных систем: судов общей юрисдикции и арбитражных судов) можно выделить два аспекта обеспечения единства судебной практики:

1) обеспечение единства судебной практики в каждой из этих систем (т.е. отдельно в судах общей юрисдикции и в арбитражных судах), что является задачами Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ, которые в соответствии со ст. 126 и 127 Конституции РФ возглавляют эти системы;

2) обеспечение единства применения законодательства в целом в судебной системе Российской Федерации, т.е. как судами общей юрисдикции, так и арбитражными судами, когда они применяют одни и те же нормы права (кто решает эту задачу, закон не устанавливает; надо полагать, что это должна быть совместная задача всех трех высших судов, установленных Конституцией РФ: Конституционного Суда РФ, Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ).

Прежде чем перейти к исследованию отдельных проблем обеспечения единства судебной практики, представляется важным ответить на некоторые общие вопросы, имеющие исключительно важное значение: всегда ли полезно единство судебной практики и нужно ли к нему стремиться? Если полезно, то каким оно должно быть по своему содержанию и какие цели должно преследовать?

В российской истории немало фактов, свидетельствующих как о положительных, так и об отрицательных последствиях формирования высшими судами единой судебной практики по отдельным категориям дел.

О положительном влиянии постановлений Пленума Верховного Суда СССР и Пленума Верховного Суда РФ (ранее - РСФСР), формировавших единую судебную практику, имеется немало научных исследований, о чем также будет сказано и в данной работе.

Однако, чтобы иметь полное представление о проблемах обеспечения единства судебной практики и быть в состоянии правильно ответить на поставленные выше вопросы, необходимо исследовать и негативные проявления единства судебной практики. Это позволит также избежать подобного в будущем.

Отрицательные явления в судебной практике выражались, в частности, в принятии высшими судами неправильных разъяснений вопросов, возникавших у судов при применении различных законодательных актов. Особенно неблагоприятные последствия влекли разъяснения

в сфере уголовных правоотношений, когда суды в целях усиления борьбы с преступностью (хотя эта «борьба» не входит в их задачи) расширительно толковали отдельные нормы уголовных кодексов.

На этот счет имеются примеры как из нашего недалекого прошлого, так и из настоящего.

Известно, что во времена Союза ССР народное хозяйство развивалось на основе государственных планов, принимаемых в форме законов. При этом поощрялось перевыполнение планов по выпуску продукции, строительству объектов и другим показателям. За это работникам предприятий, перевыполнившим установленные для них планы, выплачивались денежные премии. Невыполнение планов рассматривалось как нарушение государственной дисциплины. Данные о выполнении планов включались в государственную отчетность. Приписки в государственной отчетности и представление других умышленно искаженных отчетных данных о выполнении планов преследовались в уголовном порядке (в РСФСР — как «противогосударственные действия, наносящие вред народному хозяйству СССР» на основании ст. 152¹ Уголовного кодекса, предусматривавшей наказание вплоть до лишения свободы на срок до трех лет; в других союзных республиках — на основании соответствующих статей их уголовных кодексов, предусматривавших аналогичное наказание).

Не будем вдаваться в оценку такого подхода законодателя к установлению ответственности за указанные действия, поскольку в данном случае важнее другое — практика применения судами уголовного закона при рассмотрении указанных дел, которая привела к его недопустимому с точки зрения права расширительному толкованию.

Пленум Верховного Суда СССР в п. 10 постановления от 12 января 1973 г. № 1 «О судебной практике по делам о приписках и других искажениях отчетности о выполнении планов» (в ред. постановления от 25 февраля 1977 г. № 4) разъяснил: «Если приписки в государственной отчетности и представление других умышленно искаженных отчетных данных о выполнении планов были сопряжены с последующим умышленным незаконным оформлением документов и обращением материальных средств в свою собственность или *собственность других лиц* (курсив мой. - В.Ж.), содеянное должно квалифицироваться по статьям УК, предусматривающим ответственность за приписки и хищения социалистической собственности, исходя при этом *из всей суммы денежных средств, полученных как должностным лицом, совершившим приписки, так и переданных другим лицам в виде премий либо иных выплат* (курсив мой. — В.Ж.)».

Это разъяснение (при неизменности уголовного закона) привело к тому, что должностные лица (директора предприятий и др.), указавшие в государственной отчетности ложные данные о перевыполнении плана, стали нести уголовную ответственность не только по ст. 152¹ УК РСФСР, но и за хищения государственного имущества — денежных премий, полученных за «перевыполнение плана» не только ими самими, но и всеми работниками предприятий. Поскольку общие суммы премий, особенно выплачиваемых на крупных предприятиях, были значительными, директора этих предприятий, получившие лично небольшие суммы, зачастую осуждались за хищения государственного имущества в особо крупных размерах (в то время под ним понималось хищение на сумму 10 тыс. руб. и более) по ст. 93¹ УК РСФСР, предусматривавшей наказание в виде лишения свободы на срок от 8 до 15 лет (тогда — максимальный срок лишения свободы) с конфискацией имущества или смертной казни с конфискацией имущества.

Суды, для которых указанное разъяснение Пленума Верховного Суда СССР было обязательным, неуклонно соблюдали его.

Так было обеспечено «единство судебной практики» по делам о приписках и других искажениях отчетности о выполнении планов, на которые благодаря расширительному толкованию уголовного закона судами неправомерно распространялось действие его норм об ответственности за хищения государственного имущества.

Нетрудно представить, насколько неправомерно суровее стала судебная практика по указанным делам и сколько людей были неосновательно осуждены к длительным срокам лишения свободы за хищения государственного имущества, которые они не совершали.

Тем не менее Пленум Верховного Суда СССР сохранил этот подход и в п. 10 нового постановления, посвященного данной проблеме, от 21 июня 1985 г. № 7 «О практике применения судами законодательства по делам о приписках и других искажениях отчетности о выполнении планов», в котором дал разъяснение, аналогичное указанному выше (постановление от 12 января 1973 г. № 1 было признано утратившим силу).

Только постановлением от 24 декабря 1987 г. № 15 Пленум Верховного Суда СССР изменил свою позицию и разъяснил в новой редакции п. 10 постановления от 21 июня 1985 г. № 7: «Приписки, совершенные без цели присвоения государственного имущества (они все не преследовали специально эту цель, а совершались лишь с намерением создать видимость выполнения планов. — В.Ж.), если они повлекли незаконную выплату заработной платы, премий или списание материальных ценностей, чем причинен существенный материальный

Глава 5. Современные проблемы единства судебной практики

ущерб, подлежат квалификации по статьям 152¹ и 170 («злоупотребление властью или служебным положением», за которое — в случае причинения существенного вреда государственным интересам — максимальное наказание составляло, как и по ст. 152¹, лишение свободы на срок до трех лет. — В.Ж.) УК РСФСР и соответствующим статьям УК других союзных республик».

Таким образом, Верховный Суд СССР признал, что указанные выше действия не являются хищением государственного имущества, а прежняя сформированная им судебная практика по данным делам была неправильной.

Это разумное, принципиальное, хотя и запоздалое разъяснение положило конец ошибочной судебной практике и способствовало устранению многочисленных «перегибов», допущенных судами под влиянием прежнего разъяснения при рассмотрении уголовных дел о приписках и других искажениях отчетности о выполнении планов. Верховный Суд РСФСР после этого пересмотрел в порядке надзора множество указанных уголовных дел, по которым граждане были неправомерно осуждены за хищения государственного имущества, и внес в приговоры соответствующие изменения, значительным образом улучшающие их положение.

Так, в результате ошибочного подхода к формированию «единой судебной практики» (неправомерного усиления уголовной ответственности не законодателем, а судами!) по рассмотрению указанных дел были невосполнимо нарушены права многих людей, а на суды в последующем возложено бремя по исправлению допущенных ошибок, отнявшее у них немало сил и времени, которые (при изначально правильном подходе к этим делам) можно было бы потратить с большей пользой.

Несомненно, хорошо то, что Верховный Суд СССР признал ошибочность своей позиции по формированию указанной судебной практики, но было бы значительно лучше, если бы он и все другие суды государства не допустили бы ее возникновения.

Эта история должна была бы стать уроком для развития современной судебной практики России, Однако, как показывает жизнь, ошибки повторяются.

Так, в настоящее время в Российской Федерации установлена ответственность за незаконное осуществление предпринимательской деятельности, под которой согласно ст. 2 ГК РФ понимается деятельность, направленная на систематическое извлечение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг, осуществляемая самостоятельно на свой риск лицом,

Верховенство права

зарегистрированным в установленном законом порядке в качестве индивидуального предпринимателя.

Преступлением, влекущим уголовную ответственность, указанная деятельность признается, если она осуществляется лицом без регистрации в качестве индивидуального предпринимателя или с нарушением правил регистрации либо без получения лицензии (в случаях, когда в соответствии с федеральным законом получение лицензии обязательно), но при наличии одного из обязательных условий:

- причинение крупного ущерба гражданам, организациям или государству;
- извлечение дохода в крупном размере (ч. 1 ст. 171 УК РФ).

Если это деяние совершается организованной группой или сопряжено с извлечением дохода в особо крупном размере, то оно квалифицируется по ч. 2 ст. 171 УК РФ, предусматривающей более строгую ответственность, чем по ч. 1 ст. 171 УК РФ.

При отсутствии указанных условий незаконная предпринимательская деятельность влечет административную ответственность (ст. 14.1 КоАП РФ). Таким образом, одним из критериев разграничения указанных составов преступления и административного правонарушения является размер извлеченного дохода от незаконной предпринимательской деятельности.

В соответствии с примечанием к ст. 169 УК РФ крупным доходом признается доход в сумме, превышающей 250 тыс. руб., а особо крупным — 1 млн руб.

Следовательно, если доход от незаконной предпринимательской деятельности не превышает 250 тыс. руб., она преступлением не является и влечет лишь административную ответственность, а если превышает — то уголовную: в размере до 1 млн руб. — по ч. 1 ст. 171 УК РФ, свыше 1 млн руб. — по ч. 2 ст. 171 УК РФ.

Поэтому очень большое значение при решении вопроса о привлечении граждан, занимающихся незаконной предпринимательской деятельностью, к ответственности имеет правильное определение размеров дохода от нее. Как определять этот размер? Поскольку УК РФ ответа на этот вопрос не дает, его должна решить судебная практика. Совершенно очевидна исключительная важность правильного ответа, поскольку от него зависит решение вопроса о привлечении граждан к уголовной ответственности.

Пленум Верховного Суда РФ (опять же в целях правильного и единообразного применения судами закона) принял постановление от 18 ноября 2004 г. № 23 «О судебной практике по делам о незаконном пред-

Глава 5. Современные проблемы единства судебной практики

принимательстве и легализации (отмывании) денежных средств или иного имущества, приобретенных преступным путем», в п. 12 которого разъяснил: «Под доходом в статье 171 УК РФ следует понимать выручку от реализации товаров (работ, услуг) за период осуществления незаконной предпринимательской деятельности *без вычета* (курсив мой. - В.Ж.) произведенных лицом расходов, связанных с осуществлением незаконной предпринимательской деятельности».

Это разъяснение представляется неправильным, противоречащим и закону, и здравому смыслу¹.

В результате применения судами данного разъяснения Пленум Верховного Суда РФ судебная практика будет «единой», но совершенно неправильной и ее рано или поздно все равно придется пересматривать, как и указанную выше бывшую единой судебную практику по делам о приписках.

Приведенные примеры дачи разъяснений высшими судами, а по сути судебного толкования Пленумом Верховного Суда СССР и Пленумом Верховного Суда РФ уголовных законов, вызывают потребность определить принципиальный подход к даче таких разъяснений (толкований) в подобных ситуациях (в случаях противоречий, неясностей в законах и других нормативных правовых актах), причем не только в сфере уголовного права, но и в регулировании иных публичных отношений, в которых сторонами являются граждане и государство (его органы или должностные лица).

Этот подход можно почерпнуть из принятой в 1998 г. части первой Налогового кодекса РФ.

В п. 7 ст. 3 этого Кодекса закреплено исключительно важное положение: «Все неустранимые сомнения, противоречия и неясности актов законодательства о налогах и сборах толкуются в пользу налогоплательщика (плательщика сборов)». Такой подход к толкованию сомнений, противоречий и неясностей в нормах *материального* права — *в пользу человека* — прямо закреплен в российском отраслевом законодательстве впервые и на первый взгляд без дополнительного регулирования может применяться лишь в сфере налоговых правоотношений (правило о толковании всех сомнений в пользу человека, закрепленное ранее в уголовно-процессуальном законодательстве, регулирует совершенно иные отношения - по доказыванию вины лица, обвиняемого в совершении преступления, и для данной проблемы значения не имеет).

¹ Подробное обоснование см.: *Наумов А.В. Проблемы искусственной криминализации экономической деятельности* (гл. 1 настоящего издания).

Верховенство права

Между тем этот подход (полагаю, что он вполне имеет право быть возведенным в принцип), закрепленный в НК РФ, регулирующем отношения по установлению, введению и взиманию налогов и сборов в Российской Федерации (ст. 2 НК РФ), вытекает из положений, имеющих более общее, чем норма отдельной отрасли права, значение и более высокую юридическую силу, — ст. 18 Конституции РФ, в соответствии с которой *права и свободы человека и гражданина* определяют смысл, содержание и *применение* законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и *обеспечиваются правосудием*. Исходя из этого конституционного положения, являющегося одним из положений, составляющих основы правового статуса личности в Российской Федерации (ст. 64 Конституции РФ), имеются все основания распространить указанный подход (принцип) и на толкование и применение иных (не только налоговых) нормативных правовых актов, регулирующих публично-правовые отношения.

Если бы в приведенных выше примерах Верховный Суд СССР и Верховный Суд РФ толковали бы неясности в ст. 152¹ УК РСФСР и ст. 171 УК РФ в пользу граждан, привлекаемых к уголовной ответственности, они не дали бы таких разъяснений и не нарушили бы их права.

Эти примеры негативных последствий обеспечения единства судебной практики (к сожалению, их можно было бы и продолжить) со всей очевидностью свидетельствуют о том, что единство судебной практики не всегда полезно, что судебная практика может быть ошибочна и опасна, приносить вред людям. Такому «единству», конечно, не должно быть места в нашей жизни.

А какое же единство судебной практики нужно и каким оно должно быть?

Конституция РФ, включив в правовую систему России общепризнанные принципы и нормы международного права, определив, исходя из этих принципов и норм, в гл. 2 основы правового статуса личности и приоритет прав и свобод человека, установила, что они (права и свободы) являются непосредственно действующими, определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти и обеспечиваются правосудием, что каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод (ст. 2, 15, 18, 46).

Совершенно очевидно, что, исходя из этих конституционных положений, любое лицо (как физическое, так и юридическое) вправе рассчитывать на эффективную защиту судом своих прав, свобод и охраняемых законом интересов в любом регионе Российской Федерации в равной степени, т.е. любым судом, которому подведомственно

Глава 5. Современные проблемы единства судебной практики

и подсудно его дело, как общей юрисдикции, так и арбитражным, как федеральным судом, так и судом субъекта Российской Федерации.

В связи с этим приобретает особое значение обеспечение единства судебной практики, с тем чтобы Конституция РФ и основанное на ней (соответствующее ей) федеральное законодательство применялись всеми судами Российской Федерации правильно и, следовательно, единообразно, независимо от каких-либо попыток ограничить или исказить действие этих правовых актов в тех или иных местностях.

Следовательно, единство судебной практики в России в принципе необходимо, но со следующей существенной оговоркой, делающей невозможным существование приведенной выше или подобной ей судебной практики, нарушающей права человека.

Судебная практика должна обеспечивать верховенство права на всей территории Российской Федерации, т.е. должна обеспечивать праву жизнь и развитие, а не его попрание и уничтожение. Только в этом может и должно проявляться ее единство (именно такое единство судебной практики, если оно упоминается в положительном значении, имеется в виду в настоящей работе).

Судебная практика, противоречащая праву, не должна существовать. Если же она (чаще всего это происходит под влиянием высших судов государства — Верховного Суда РФ или Высшего Арбитражного Суда РФ) все же возникает, то граждане должны иметь возможность защищаться от такой практики, добиваться ее изменения и возмещения причиненного им вреда.

Специально разработанных механизмов такой защиты у нас нет. В настоящее время представляются возможными два способа:

— обжалование в Конституционный Суд РФ закона, на основе которого сложилась такая практика;

— обращение в Европейский Суд по правам человека с жалобой на нарушение судами Российской Федерации прав, закрепленных в Конвенции о защите прав человека и основных свобод и протоколах к ней.

Однако эти способы не настолько эффективны, как может показаться на первый взгляд.

Решения Конституционного Суда РФ и Европейского Суда по правам человека воспринимаются как относящиеся лишь к тем лицам, по жалобам которых они вынесены, поэтому не влекут пересмотра аналогичных судебных постановлений, вынесенных судами в отношении других лиц.

Например, имелось много случаев, когда Конституционный Суд РФ признавал не соответствующим Конституции РФ закон, на основе которого было принято решение судом общей юрисдикции, после чего

Верховенство права

это решение, естественно, пересматривалось. Однако в пересмотре подобных многочисленных решений, вынесенных ранее в отношении других граждан, суды, в том числе Верховный Суд РФ, отказывали, ссылаясь на то, что эти граждане в Конституционный Суд РФ не обращались и его постановление на них не распространяется. В результате права этих граждан так и оставались нарушенными.

Данная проблема (защита прав граждан и организаций, пострадавших от судебной практики, противоречащей праву) требует отдельного исследования и разрешения, поскольку является исключительно важной. Здесь же в качестве общего вывода следует отметить, что судебная практика может признаваться соответствующей праву, обеспечивающей его верховенство (в единстве именно такой судебной практики заинтересованы и общество, и государство, которое провозгласило себя правовым, и отдельные люди), если она исходит из:

- приоритета прав и свобод личности;
- связанности государства правом;
- разграничения понятий «право» и «закон» и приоритета права над законом.

В кратком виде это означает следующее.

Государство должно служить интересам людей. Оно не свободно в принятии законов, так как законы могут противоречить этим интересам, быть крайне жестокими и несправедливыми, отменять права и свободы человека и гражданина или неоправданно ограничивать их. Такие законы не могут признаваться правовыми. Запрет на их издание вытекает из общепризнанных принципов и норм международного права (Всеобщей декларации прав человека, Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах, Международного пакта о гражданских и политических правах, Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней) и прямо закреплен в ч. 2 и 3 ст. 55 Конституции РФ.

Следовательно, законодатель обязан издавать, а суды — применять только правовые законы. С учетом этого и надо понимать очень важное для судебной деятельности, в том числе и для формирования единой судебной практики, конституционное положение о том, что судьи независимы и подчиняются только Конституции РФ и федеральному закону (ч. 1 ст. 120): судья подчиняется не любому закону, а только такому, который не противоречит Конституции РФ и общепризнанным принципам и нормам международного права.

В реализации такого подхода к оценке законов на предмет их соответствия праву огромную роль призван играть Конституционный Суд РФ.

Глава 5. Современные проблемы единства судебной практики

Только следование судами праву будет способствовать формированию той судебной практики, в единстве которой заинтересованы люди и которая принесет пользу обществу и государству.

///. Факторы, влияющие на состояние судебной практики и ее единство

Роль и значение судебной практики существенно возросли с принятием в 1993 г. новой Конституции РФ.

Это связано с тем, что Конституция РФ значительно повысила статус суда и расширила его компетенцию.

Суд стал органом, самостоятельно осуществляющим государственную власть в установленной Конституцией РФ (ст. 10, 11) системе разделения властей, способным оказывать влияние на другие ветви государственной власти — законодательную и исполнительную.

Конституция РФ закрепила кардинальным образом расширившуюся незадолго до этого (с принятием 5 сентября 1991 г. Съездом народных депутатов СССР в качестве акта, обязательного к исполнению всеми государственными органами, должностными лицами, организациями и гражданами, Декларации прав и свобод человека и гражданина) компетенцию судов в сфере защиты прав, свобод и законных интересов граждан и организаций.

Право на судебную защиту провозглашено в качестве права, не подлежащего никаким ограничениям (в том числе и путем принятия законов), а также в качестве гарантии всех других прав и свобод.

Эти положения включены в основы правового статуса личности в Российской Федерации, которые не могут быть пересмотрены путем внесения изменений в Конституцию РФ (гл. 2 и 9), т.е. им обеспечена высокая степень стабильности — их пересмотр возможен только путем принятия всенародным голосованием новой Конституции.

Право на судебную защиту закреплено также и на международно-правовом уровне — в ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, которая ратифицирована Россией и является для нее обязательной с 5 мая 1998 г.

В результате компетенция судов стала распространяться на все без исключения дела о защите прав, свобод и законных интересов граждан и организаций (раньше право на судебную защиту могло быть ограничено законами, что имело весьма широкое распространение). По всем этим делам суды стали обладать и полной компетенцией в решении всех имеющих значение вопросов, как права, так и фактов (до этого для суда зачастую преюдициальное значение

Верховенство права

имели решения административных и других органов, а также должностных лиц).

В компетенцию судов были переданы некоторые важные для граждан дела, связанные с определением их правового положения, в которых отсутствует спор о праве (об усыновлении, об эмансипации и др.).

Суд стал осуществлять контроль за действиями некоторых государственных органов и должностных лиц, связанными с ограничением прав граждан на личную неприкосновенность, на неприкосновенность жилища, тайну переписки, телефонных переговоров (эти ограничения стали возможны на основании судебного решения) и др.

С расширением компетенции судов и возникновением новых способов судебной защиты в ведении судов появились принципиально новые категории дел, имеющие большое общественное и государственное значение: дела, связанные с осуществлением избирательных и других политических прав (с созданием и ликвидацией политических партий, общественных организаций и т.п.), с защитой права собственности, осуществлением предпринимательской деятельности, оспариванием нормативных правовых актов, оспариванием ненормативных решений и действий органов государственной власти, местного самоуправления и их должностных лиц, нарушающих права и свободы граждан и организаций, в том числе и права неопределенного круга лиц, и др.

С созданием новой правовой системы России связано и образование Конституционного Суда РФ, который оказывает большое влияние и на законодательство, и на судебную практику.

С учетом существенно возросшей роли судов состояние судебной практики в значительной степени определяет состояние правовой системы Российской Федерации в целом и положение с соблюдением прав человека.

Соответственно возрастает и ответственность судов — их ошибки, как в рассмотрении конкретных дел, так и в формировании судебной практики, теперь могут обойтись людям значительно дороже, чем раньше.

На качество судебной практики оказывают влияние многие факторы.

Наиболее важными из них (кроме деятельности самого суда, которая будет рассмотрена отдельно) представляются следующие.

1. Состояние материального права, т.е. права, которое применяется судами при разрешении дел.

2. Состояние процессуального права, т.е. права, которое определяет порядок судопроизводства в судах Российской Федерации — судах общей юрисдикции и арбитражных судах.

3. Устройство судебной системы Российской Федерации.

Глава 5. Современные проблемы единства судебной практики

Недостатки каждой из этих составляющих способствуют ошибкам в судебной практике, а нередко и непосредственно порождают их.

Рассмотрим указанные факторы.

1. Состояние материального права и его влияние на единство судебной практики

Система нормативных правовых актов, применяемых судами при разрешении дел, очень сложна.

В общем виде она определена в Конституции РФ и (в разной степени) детализируется в кодексах, а также иных законах.

Так, согласно Конституции РФ ее составляют:

— сама Конституция, имеющая высшую юридическую силу, прямое действие и подлежащая применению на всей территории Российской Федерации (ч. 1 ст. 15);

— общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации (ч. 4 ст. 15);

— федеральное законодательство, принимаемое по предметам ведения Российской Федерации (ст. 71) и по предметам совместного ведения Российской Федерации и ее субъектов (ст. 72);

— законодательство субъектов Российской Федерации, принимаемое по предметам их совместного ведения с Российской Федерацией (ст. 72) и по предметам собственного регулирования (ст. 76);

— нормативные правовые акты органов местного самоуправления (гл. 8).

Более подробный перечень нормативных актов, применяемых судами общей юрисдикции и арбитражными судами при разрешении дел (кроме уголовных, они разрешаются на основании только одного акта — УК РФ), приведен соответственно в ст. 11 ГПК РФ и ст. 13 и 14 АПК РФ.

Состав законодательства, регулирующего определенные отношения, детализирован в кодифицированных актах (например, в Гражданском, Семейном, Трудовом кодексах) и других законах.

В определенных случаях суды разрешают дела на основе аналогии закона или аналогии права либо обычаев делового оборота (ст. 3, 5 и 6 ГК РФ), а также применяют нормы иностранного права.

Разобраться в этой системе, правильно разрешить многочисленные коллизии между нормативными правовыми актами либо преодолеть пробелы в правовом регулировании бывает очень трудно, что уже само по себе порождает большие проблемы в правоприменении и может приводить к ошибкам в судебной практике, тем более при формировании ее единства.

Верховенство права

Эти проблемы усиливаются в связи со складывающимися неблагоприятными тенденциями в законодательной деятельности, которые проявляются в следующем:

— принимаются законы, отдельные положения которых противоречат Конституции РФ, что создает проблемы и в реализации гражданами конституционных прав, и в формировании судебной практики, соответствующей праву (решающую роль в разрешении этих проблем играет, безусловно, Конституционный Суд РФ, поскольку только ему предоставлены полномочия по признанию законов не соответствующими Конституции РФ и лишению их юридической силы);

— принимаются законы, которые противоречат друг другу, что порождает серьезные проблемы в разрешении коллизий между ними;

— принимаются законы, отдельные положения которых явно выходят за пределы предмета регулирования той отрасли законодательства, к которой они относятся, и не учитывают основные начала (принципы) той отрасли, в которую они вторгаются, что также порождает проблемы в правоприменении;

— наоборот, не принимаются законы, принятие которых необходимо, в том числе и законы, которые Федеральное Собрание обязано принять в силу прямых предписаний Конституционного Суда РФ, содержащихся в его постановлениях, что порождает правовую неопределенность.

Так, например, еще в постановлении от 25 января 2001 г. № 1-П (!) по делу «О проверке конституционности положения пункта 2 статьи 1070 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан И.В. Богданова, А.Б. Зернова, С.И. Кальянова и Н.В. Труханова» Конституционный Суд РФ предписал Федеральному Собранию «в законодательном порядке урегулировать основания и порядок возмещения государством вреда, причиненного незаконными действиями (или бездействием) суда (судьи), а также определить подведомственность и подсудность дел», однако необходимый для реализации гражданами своего конституционного права на возмещение вреда, причиненного им судом (ст. 53 Конституции РФ), закон до сих пор не принят.

Отсутствие такого закона порождает противоречивую судебную практику: арбитражные суды принимают к рассмотрению иски о возмещении вреда, причиненного неправомерными действиями (бездействием) суда (судьи), в том числе нарушением права на судопроизводство в разумные сроки, и разрешают споры по существу; суды общей юрисдикции такие заявления к рассмотрению не принимают, ссылаясь на то, что указанный закон еще не принят.

Глава 5. Современные проблемы единства судебной практики

Отсутствие единства судебной практики в таком важном, имеющем конституционную основу вопросе, конечно, ставит граждан в неравное положение перед законом и судом и не способствует развитию права.

Серьезные проблемы, к примеру, порождают попытки регулировать бюджетным законодательством отношения, которые бюджетными не являются и должны регулироваться иными законодательными актами.

Так, отдельные отношения, возникающие при исполнении судебных решений, регулировались в федеральных законах о федеральных бюджетах на очередной год.

По этому поводу Конституционный Суд РФ в постановлении от 14 июля 2005 г. № 8-П отметил, что включение положений, регулирующих такие отношения, «в специальные законы, каковыми являются федеральные законы о федеральном бюджете на очередной год, приводит к тому, что механизм исполнения соответствующих судебных решений не опирается на стабильную правовую основу, чем нарушается принцип верховенства права, включающий в качестве обязательного элемента правовую определенность».

Федеральным законом от 27 декабря 2005 г. № 197-ФЗ в Бюджетный кодекс Российской Федерации (БК РФ) включена гл. 24¹ «Исполнение судебных актов по обращению взыскания на средства бюджетной системы Российской Федерации». Между тем отношения по исполнению судебных постановлений, в том числе и по взысканию за счет средств бюджета, не являются бюджетными отношениями, которые указаны в ст. 1 БК РФ; они должны регулироваться законодательством о судопроизводстве (в соответствующих разделах ГПК и АПК РФ, а также в Федеральном законе от 2 октября 2007 г. № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве»), которое основано на совершенно иных принципах, чем бюджетное законодательство.

Этот подход породил, казалось бы, невозможное — противоречия между УПК и БК РФ и серьезные проблемы в восстановлении имущественных прав граждан, привлеченных к уголовной ответственности и реабилитированных на стадии досудебного производства, в случаях прекращения следователем или дознавателем их уголовного преследования по реабилитирующим основаниям.

В соответствии со ст. 135 УПК РФ в таких случаях следователь или дознаватель должен по заявлению гражданина определить размер имущественного вреда (заработной платы, которой он лишился в результате уголовного преследования, сумм, выплаченных им за оказание юридической помощи, иных расходов) и вынести постановление о производстве выплат (с учетом уровня инфляции) в возмещение этого вреда. Такого

Верховенство права

постановления было достаточно для получения гражданином указанных в нем денежных сумм.

Упрощенный порядок возмещения вреда — без необходимости обращения граждан в суд — существовал и до введения в действие УПК РФ - с 1 июня 1981 г. (на основании Указа Президиума Верховного Совета СССР от 18 мая 1981 г.).

Однако ст. 239 БК РФ (в ред. Федерального закона от 26 апреля 2007 г. № 63-ФЗ) был установлен так называемый иммунитет бюджетов, в силу которого обращение взыскания на средства бюджетов бюджетной системы Российской Федерации осуществляется только на основании судебного решения (исключения составляют случаи, указанные в этой же статье, которые к правам граждан никакого отношения не имеют и приведенные положения УПК РФ не учитывают).

В результате граждане, которые реабилитируются на стадии досудебного производства, вынуждены обращаться в суд за возмещением причиненного им имущественного вреда, что существенным образом осложняет процесс защиты их прав. Это стало возможным в связи с тем, что БК РФ, устанавливая норму об иммунитете бюджетов, исходил только из необходимости их всемерной защиты и не учел связанные с ней положения уголовно-процессуального законодательства, основанные на приоритете прав человека. В результате эти права пострадали.

Коллизии, равно как и пробелы в праве, порождающие серьезные проблемы в судебной практике, возникают также в связи с неодинаковым (без каких-либо разумных потребностей) регулированием в различных отраслях законодательства сходных по своей сути отношений, что свидетельствует об отсутствии у законодателя концептуального подхода к развитию права (в еще большей степени это проявляется в процессуальном праве, что будет рассмотрено далее).

Судебная практика не может дожидаться, когда законодатель устранит эти проблемы путем дополнительного регулирования. Она должна сама разрешать эти коллизии или преодолевать пробелы, основываясь на принципе верховенства права.

К сожалению, это не всегда происходит.

Так, в судебной практике выявилась возникшая по указанной причине очень важная проблема, связанная с назначением административного наказания по КоАП РФ, введенному в действие 1 июля 2002 г.

Новый КоАП, по сравнению с действовавшим ранее, значительно усилил административную ответственность. За некоторые административные правонарушения установлено единственное, т.е. не предоставляющее судье выбора с учетом конкретных обстоятельств дела,

Глава 5. Современные проблемы единства судебной практики

наказание: административный арест, лишение права управления транспортными средствами (например, ч. 4 ст. 12.15, ст. 12.26, ч. 3 ст. 12.27).

Введены новые, очень серьезные наказания: дисквалификация и административное приостановление деятельности (ст. 3.11 и 3.12).

Нетрудно представить, насколько серьезным для человека может являться наказание в виде ареста (единственно возможное по КоАП РФ) либо лишения специального права (в частности, управления транспортными средствами) или приостановление его деятельности в качестве индивидуального предпринимателя.

Поэтому практика назначения судьями наказания за административные правонарушения (определение его вида и размера) приобрела особое значение.

Возник вопрос: вправе ли судья назначить наказание за административное правонарушение ниже низшего предела, предусмотренного соответствующей статьей КоАП РФ, или назначить более мягкий вид наказания, чем предусмотрен этой статьей, или не применить дополнительный вид наказания, предусмотренный в качестве обязательного, как это вправе сделать суд (при наличии исключительных обстоятельств) на основании ст. 64 УК РФ (а до введения его в действие — ст. 43 УК РСФСР 1960 г.) при назначении наказания лицу, признанному виновным в совершении преступления?

КоАП РФ такого права судьи не предусматривает.

Исходя из этого, формально понимая и применяя КоАП РФ (в отрыве от всей системы права, по бездушному принципу «не предусмотрено — невозможно»), Пленум Верховного Суда РФ в п. 21 постановления от 24 марта 2005 г. № 5 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» с изменениями, внесенными постановлением Пленума от 25 мая 2006 г. № 12, разъяснил, что судья этого делать не вправе.

Это разъяснение призвано обеспечить единство судебной практики (и, несомненно, обеспечивает) при решении вопросов назначения наказания за административные правонарушения.

Соответствует ли оно праву?

Суть данной проблемы состоит в возможности применения по аналогии (субсидиарно) к отношениям, регулируемым КоАП РФ, нормы, регулирующей сходные отношения (по назначению наказания) в уголовном праве.

На первый взгляд аналогия в таких отношениях недопустима (возможность применения уголовного закона по аналогии категорично и справедливо отвергнута после ее печального использования в годы репрессий).

Верховенство права

Однако если проанализировать эту ситуацию глубже и нестандартно, с учетом ее нюансов, в том числе и цели применения ст. 64 УК РФ к отношениям, возникающим при назначении административного наказания, то, полагаю, становится очевидным, что такое применение в данном случае не только возможно, но и необходимо с позиций разумности, справедливости, приоритета прав человека, которые являются элементами принципа верховенства права.

Применение положений ст. 64 УК РФ, регулирующей отношения, возникающие при назначении наказания лицу, признанному виновным в совершении преступления, к отношениям, возникающим при назначении судьей наказания за административное правонарушение (эти отношения во многом сходны; различия состоят главным образом в степени общественной опасности преступления и административного правонарушения, поэтому подходы к регулированию в принципе должны быть общими), имеет целью (при наличии исключительных обстоятельств) улучшить положение человека по сравнению с тем положением, в котором он оказывается при невозможности такого применения, т.е. направлено во благо человека, что полностью корреспондирует с положениями ст. 18 Конституции РФ.

В результате у судьи появляется возможность назначить лицу, совершившему административное правонарушение, действительно справедливое наказание и избежать в конкретной ситуации назначения неоправданно сурового, а точнее, жестокого наказания, что полностью соответствует задачам правосудия.

Приведенное разъяснение Пленума Верховного Суда РФ лишает судей такого права, а граждан — надежды на то, что какие-либо исключительные обстоятельства будут приняты судьей во внимание при назначении им административного наказания.

2. Состояние процессуального права и его влияние на обеспечение единства судебной практики

Процессуальное право Российской Федерации, как и материальное право, значительно изменилось. В нем появилось много принципиально новых, положительно себя зарекомендовавших положений.

Вместе с этим имеется и немало недостатков.

Важнейший недостаток, порождающий множество проблем, состоит в том, что в процессуальном праве отсутствует единая концепция его развития.

В результате в процессуальных кодексах (ГПК, УПК, АПК), определяющих порядок судопроизводства в судах общей юрисдикции

и в арбитражных судах, возникло много принципиальных и неоправданных различий в регулировании одинаковых отношений, что в нарушение ст. 19 Конституции РФ ставит участников разбирательства дел в судах в неравное положение перед законом и судом и создает дополнительные проблемы в обеспечении единства судебной практики.

На обеспечение единства судебной практики наибольшее влияние оказывают следующие концептуальные различия.

В процессуальных кодексах установлены различные правила разрешения коллизий между Конституцией РФ и федеральными законами, судами общей юрисдикции и арбитражными судами.

В соответствии с ч. 3 ст. 13 и ч. 1 ст. 143 АПК РФ, если арбитражный суд при рассмотрении конкретного дела придет к выводу о несоответствии закона, примененного или подлежащего применению в рассматриваемом деле, Конституции РФ, он должен обратиться в Конституционный Суд РФ с запросом о проверке конституционности этого закона и приостановить производство по делу до рассмотрения запроса Конституционным Судом РФ. Это означает, что арбитражный суд не вправе самостоятельно применить Конституцию РФ и отвергнуть противоречащий ей закон. Между тем суд общей юрисдикции в соответствии с ч. 2 ст. 11 ГПК РФ (она основана на соответствующем положении ч. 3 ст. 5 Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации») в такой же ситуации вправе (и должен!) разрешить дело, не обращаясь в Конституционный Суд РФ, на основании прямого применения Конституции РФ как акта, имеющего наибольшую юридическую силу.

Примеров самостоятельного разрешения судами общей юрисдикции коллизий между Конституцией РФ и федеральными законами (в первую очередь имеются в виду очевидные противоречия, разрешение которых не требует выявления смысла и специального толкования тех или иных положений Конституции РФ, например между ст. 46 Конституции РФ и федеральным законом, ограничивающим право на судебную защиту) немало. В Конституционный Суд РФ суды общей юрисдикции должны обращаться с запросами лишь в тех ситуациях, когда возникает неопределенность в вопросе о том, соответствует ли Конституции РФ примененный или подлежащий применению в конкретном деле закон. Разъяснения по этому вопросу были даны Пленумом Верховного Суда РФ еще до введения в действие ГПК РФ — в п. 2 и 3 постановления от 31 октября 1995 г. № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия».

Таким же образом суды общей юрисдикции разрешают противоречия между Конституцией РФ и федеральными законами при рас-

Верховенство права

смотреии и разрешении уголовных дел и дел об административных правонарушениях.

Например, на основании прямого применения ч. 3 ст. 59 Конституции РФ (в соответствии с ней гражданин Российской Федерации в случае, если его убеждениям или вероисповеданию противоречит несение военной службы, а также в иных установленных федеральным законом случаях имеет право на замену ее альтернативной гражданской службой) военный суд Североморского гарнизона 19 июня 1995 г. (задолго до принятия Федерального закона от 25 июля 2002 г. № 113-ФЗ «Об альтернативной гражданской службе») вынес оправдательный приговор рядовому — военному строителю М., привлеченному к уголовной ответственности по п. «а» ст. 249 действовавшего в то время УК РСФСР за уклонение от военной службы. Военный суд установил, что М. является членом действующей на законных основаниях религиозной организации «Свидетели Иеговы», его вероисповеданию и убеждениям противоречит несение военной службы, поэтому на него непосредственно, без дополнительного законодательного регулирования, распространяется указанное положение Конституции РФ. Вышестоящие судебные инстанции, включая Президиум Верховного Суда РФ, оставили приговор без изменения.

Нетрудно представить, сколько времени провел бы под стражей подсудимый М. (и ему подобные по другим аналогичным делам), если бы военный суд приостановил производство по делу, как это обязан делать в сходных ситуациях арбитражный суд, и стал бы дожидаться решения очевидного вопроса Конституционным Судом РФ.

Постановления, вынесенные судами по данному делу, сыграли положительную роль в судебной практике.

Такая же проблема возникла в судебной практике при рассмотрении жалоб на постановления по делам об административных правонарушениях.

КоАП РФ в ст. 30.11 предусмотрел возможность пересмотра вступивших в законную силу постановлений по указанным делам только по протестам прокуроров (прокуроров субъектов Российской Федерации и их заместителей, Генерального прокурора РФ и его заместителей), приносимым для их рассмотрения председателям областных и других соответствующих им судов или их заместителям, Председателю Верховного Суда РФ или его заместителям.

Это означало, что лица, в отношении которых вынесены постановления по делам об административных правонарушениях, и иные лица, имеющие в соответствии с КоАП РФ право обжаловать в судебном

Глава 5. Современные проблемы единства судебной практики

порядке не вступившие в законную силу постановления судей (потерпевшие и др.), подать жалобу на вступившее в законную силу постановление непосредственному должностному лицу суда, компетентного его пересматривать, не могли; они должны обращаться к соответствующему прокурору, от усмотрения которого зависело, приносить протест или отказать в его принесении.

Верховный Суд РФ усмотрел в этом ограничение конституционного права граждан на судебную защиту и в обзоре судебной практики за IV квартал 2003 г. разъяснил, что перечисленные в ст. 30.11 КоАП РФ должностные лица судов вправе пересматривать вступившие в законную силу постановления по делам об административных правонарушениях не только по протестам прокуроров, но и по жалобам лиц, в отношении которых вынесено постановление, и иных лиц, перечисленных в ст. 30.11 КоАП РФ¹.

Соответствующие изменения в КоАП были внесены только Федеральным законом от 3 декабря 2008 г. № 240-ФЗ.

Такой подход (а ему есть множество подтверждений) к разрешению очевидных коллизий между Конституцией РФ и федеральными законами (при отсутствии неопределенности в данном вопросе) в судах общей юрисдикции более благоприятно и оперативно (без значительных потерь времени на производство в Конституционном Суде РФ) сказывается на формировании единой судебной практики, чем в арбитражных судах, у которых этой возможности нет.

В процессуальных кодексах также по-разному урегулированы возможности применения судами процессуального законодательства по аналогии.

ГПК РФ допускает в гражданском процессе аналогию закона и аналогию права (ч. 4 ст. 1).

УПК и АПК РФ ничего не указывают относительно возможности применения аналогии в уголовном и арбитражном процессах, что дает основания отрицать ее допустимость и отказывать в том, чтобы в случае отсутствия нормы соответственно уголовно-процессуального или арбитражного процессуального права, регулирующей отношения, возникшие в ходе разбирательства дела, применять норму, регулирующую сходные отношения, а при отсутствии такой нормы — исходить из принципов осуществления правосудия.

Такое противоречивое регулирование процессуальных отношений отрицательно сказывается на формировании судебной практики,

¹ См.: Бюллетень Верховного Суда РФ. 2004. № 3.

Верховенство права

поскольку может создавать препятствия в реализации заинтересованными лицами права на доступ к правосудию.

Между тем потребность в применении аналогии не только в гражданском, но и в уголовном и арбитражном судопроизводствах возникает.

Например, 1 ноября 1991 г. Президиум Верховного Суда РСФСР отменил постановление судьи, которым было отложено рассмотрение жалобы Г. на постановление прокурора о заключении его под стражу, поданной на основании ст. 15 Декларации прав и свобод человека, до урегулирования вопроса о порядке ее рассмотрения в уголовно-процессуальном законодательстве (действовавшим в то время УПК РСФСР такой порядок еще не был установлен). Президиум Верховного Суда исходил из того, что Декларация прав и свобод человека, принятая 5 сентября 1991 г. Съездом народных депутатов СССР в качестве законодательного акта, имеющего обязательную силу для всех государственных органов, должностных лиц, организаций и граждан, предоставила гражданам право на судебную проверку законности их ареста с санкции прокурора (ст. 2 и 15); приняв решение об отложении рассмотрения такой жалобы до принятия соответствующего уголовно-процессуального законодательства, судья тем самым в нарушение закона оставил ее без рассмотрения.

Изменения в УПК РСФСР, регулирующие порядок судебной проверки законности и обоснованности содержания под стражей, были внесены лишь 22 мая 1992 г., до этого суды на основании прямого действия названной Декларации рассматривали жалобы граждан на постановления о заключении их под стражу, основываясь на принципах осуществления правосудия, т.е. применяя в уголовном судопроизводстве аналогию права.

Для судебной практики большое значение имеет регулирование в процессуальном законодательстве процедуры доказывания — собирания (представления) и оценки доказательств в целях установления обстоятельств, имеющих значение для дела.

Общие правила доказывания установлены в гл. 6 ГПК РФ, гл. 7 АПК РФ («Доказательства и доказывание») и гл. 11 УПК РФ («Доказывание»).

Обращают на себя внимание существенные различия в установлении оснований для освобождения от доказывания (преюдиции) в уголовном судопроизводстве от других видов судопроизводства.

В ГПК и АПК РФ в принципиальном плане одинаково изложены основания для освобождения от доказывания: обстоятельства, установленные вступившим в законную силу постановлением суда общей юрисдикции или арбитражного суда, не доказываются вновь и не подлежат оспариванию при рассмотрении дела, в котором участвуют те же лица,

как в суде общей юрисдикции, так и в арбитражном суде; вступивший в законную силу приговор суда по уголовному делу обязателен для суда общей юрисдикции, рассматривающего дело о гражданско-правовых последствиях действий лица, в отношении которого вынесен приговор, и для арбитражного суда по вопросам, имели ли место эти действия и совершены ли они данным лицом (ст. 61 ГПК РФ, ст. 69 АПК РФ).

Таким образом, в указанных случаях вступившие в законную силу постановления суда общей юрисдикции по гражданскому делу и приговор по уголовному делу имеют преюдициальное значение для арбитражного суда, а вступившее в законную силу постановление арбитражного суда — для суда общей юрисдикции, рассматривающего гражданское дело.

Однако для уголовного судопроизводства правила преюдиции в ст. 90 УПК РФ¹ определены принципиально иначе: обстоятельства, установленные вступившим в законную силу приговором, признаются судом, если эти обстоятельства не вызывают сомнений у суда.

Значит, при наличии таких сомнений (а как они могут иметь какие-либо юридические последствия, если суд, рассматривающий дело по первой инстанции, не может проверять правильность выводов суда в приговоре по другому делу?) они могут быть не признаны судом и может быть вынесен приговор с выводами об определенных обстоятельствах, противоречащими выводам об этих же обстоятельствах, содержащимся во вступившем в законную силу приговоре суда.

Не абсурдна ли ситуация, когда в одном виде судопроизводства (уголовном) допустимы приговоры, содержащие взаимоисключающие выводы по одним и тем же обстоятельствам, и как это влияет на судебную практику и на доверие к суду? Вопросы, по-моему, риторические.

Однако это не все. Из ст. 90 УПК РФ вытекает, что вступившие в законную силу постановления судов общей юрисдикции по гражданским делам и арбитражных судов вообще не имеют никакого преюдициального значения для суда, рассматривающего уголовное дело.

Такое регулирование также способствует возникновению указанных ситуаций и влечет нарушение прав граждан.

Так, С. был осужден за хищение государственного имущества — аэронавигационного оборудования. Его кассационная жалоба, в которой он ссылался на то, что вступившим в законную силу решением арбитражного суда его сделки с этим оборудованием признаны соответствующими

¹ Проблемы преюдиции, связанные со ст. 90 УПК, изложены в книге в том виде, в каком они имели место до принятия Федерального закона от 29 декабря 2009 г. № 383-ФЗ, которым ст. 90 УПК РФ была изложена в новой редакции. - *Примеч. ред.*

Верховенство права

закону, была отклонена со ссылкой на то, что суд не нарушил правила преюдиции.

Таким образом, получилось: вступившим в законную силу решением арбитражного суда установлено, что С, произведя отчуждение указанного имущества, закона не нарушал, а согласно приговору суда по уголовному делу он это имущество похитил.

С. подал жалобу в Конституционный Суд РФ, оспаривая конституционность ст. 90 УПК РФ.

Конституционный Суд РФ в определении от 15 января 2008 г. № 193-О-П высказал важную правовую позицию: подтвержденные вступившим в законную силу решением арбитражного суда обстоятельства, свидетельствующие в пользу обвиняемого, должны учитываться в уголовном судопроизводстве; они могут быть отвергнуты лишь после пересмотра в установленном порядке этого решения.

С учетом этой позиции Конституционного Суда РФ приговор в отношении С. должен быть пересмотрен.

Данная позиция, конечно, распространяется и на вступившие в законную силу постановления судов общей юрисдикции по гражданским делам. Так, с участием Конституционного Суда РФ создана правовая основа единообразного применения судами общей юрисдикции ст. 90 УПК РФ. К сожалению, этого не сделали сами суды общей юрисдикции, но надо признать, что в первую очередь отрицательную роль здесь сыграл законодатель.

В процессуальных кодексах по-разному установлены правила вступления решений судов в законную силу.

По ГПК РФ (ст. 209) решения всех судов, включая решения Верховного Суда РФ, и по всем делам вступают в законную силу по общим правилам: если они не были обжалованы — по истечении срока на обжалование; если были обжалованы — после рассмотрения дела вышестоящим судом, если решение не отменено.

По АПК РФ решения Высшего Арбитражного Суда РФ и решения по делам об оспаривании нормативных правовых актов, в исключение из общего правила, аналогичного установленному в ГПК РФ, вступают в законную силу немедленно после их принятия (ч. 2 ст. 180).

Значимость этих различий (их причины разумно объяснить трудно) очень велика, так как порядок вступления судебных постановлений в законную силу существенным образом влияет на порядок их возможного обжалования и исполнения, а также на формирование судебной практики, поскольку именно с момента вступления постановлений в законную силу они начинают оказывать на нее влияние.

Глава 5. Современные проблемы единства судебной практики

ГПК РФ устанавливает для обжалования решений мировых судей апелляционный порядок (гл. 39). Апелляционное производство является производством в суде второй инстанции, после которого возможно только производство по пересмотру вступивших в законную силу судебных постановлений — в порядке надзора или по вновь открывшимся обстоятельствам (гл. 41 и 42 ГПК РФ).

В соответствии с УПК РФ приговор или иное решение мирового судьи по уголовному делу могут быть обжалованы в апелляционном порядке в районный суд, а апелляционное решение районного суда как не вступающее в законную силу со дня его вынесения — в кассационную инстанцию, т.е. в судебную коллегия по уголовным делам областного или другого соответствующего ему суда (ст. 323, 354 и 355).

Таким образом, судебные постановления мирового судьи и апелляционные постановления районного суда по гражданским делам вступают в законную силу (в случае подачи апелляционной жалобы) после рассмотрения дела в суде второй инстанции (апелляционной) и не могут быть обжалованы в кассационную инстанцию, а те же постановления по уголовным делам — после рассмотрения дела в кассационной инстанции, которая является для данного дела третьей инстанцией. И это несмотря на то, что Федеральный конституционный закон «О судебной системе Российской Федерации», имеющий большую юридическую силу, чем федеральный закон, устанавливает, что в судах общей юрисдикции суды, рассматривающие дела в апелляционном или кассационном порядке, считаются вышестоящими по отношению к судам первой инстанции (ст. 36), т.е. судами второй инстанции.

Различны процедуры рассмотрения жалоб на постановления судов первой инстанции.

В гражданском процессе жалобы на решения мировых судей рассматриваются в апелляционном производстве, которое означает повторное рассмотрение дела по правилам производства в суде первой инстанции с возможностью свободного представления новых доказательств; жалобы на решения федеральных судов рассматриваются в кассационном производстве, которое ограничивает возможность представления новых доказательств; далее возможно надзорное производство (гл. 39-42 ГПК РФ).

В арбитражном процессе сначала следует апелляционное производство, затем (после вступления судебного постановления в законную силу) — кассационное и после этого — в порядке надзора (гл. 34–36 АПК РФ).

По-разному определены основания для отмены судебных постановлений в порядке надзора в судах общей юрисдикции и в арбитражных судах.

Верховенство права

В соответствии с первоначальной редакцией ст. 387 ГПК РФ ими являлись существенные нарушения норм материального или процессуального права.

Федеральным законом от 4 декабря 2007 г. № 330-ФЗ это положение было дополнено малопонятной формулировкой о том, что основаниями для отмены судебных постановлений в порядке надзора являются указанные нарушения, «повлиявшие на исход дела, без устранения которых невозможны восстановление и защита нарушенных прав, свобод и законных интересов, а также защита охраняемых законом публичных интересов».

Это условие, при котором существенные нарушения норм материального или процессуального права могут повлечь отмену судебного постановления в порядке надзора, страдает очень большой неопределенностью и предоставляет судам надзорных инстанций по сути ничем не ограниченное усмотрение в решении вопроса, отменять или оставлять без изменения обжалуемые судебные постановления, а значит, порождает проблемы в формировании единой судебной практики надзорного производства в судах общей юрисдикции.

Согласно АПК РФ (ст. 304 с изменениями, внесенными Федеральным законом от 31 марта 2005 г. № 25-ФЗ) основания для отмены в порядке надзора судебных актов арбитражных судов иные, чем в судах общей юрисдикции:

- 1) нарушение единообразия в толковании и применении арбитражными судами норм права;
- 2) нарушение прав и свобод человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права и международным договорам Российской Федерации;
- 3) нарушение прав и законных интересов неопределенного круга лиц или иных публичных интересов.

Совершенно очевидно, что такое принципиально отличающееся регулирование оснований пересмотра в порядке надзора постановлений судов общей юрисдикции и арбитражных судов порождает и различную судебную практику надзорного производства в этих судах.

Имеются существенные различия и в основаниях пересмотра судебных постановлений по вновь открывшимся обстоятельствам, порождающие различную судебную практику.

Так, например, в п. 7 ст. 311 АПК РФ в качестве одного из таких оснований предусмотрено установленное Европейским Судом по правам человека нарушение положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод при рассмотрении арбитражным судом конкретного

дела, в связи с принятием решения по которому заявитель обращался в Европейский Суд по правам человека.

Аналогичное основание для такого пересмотра устанавливает и п. 2 ч. 4 ст. 413 УПК РФ.

Однако в ГПК РФ (ст. 392) такого основания для пересмотра по вновь открывшимся обстоятельствам нет.

Одним из оснований указанного пересмотра в судах общей юрисдикции и в арбитражных судах являются «существенные для дела обстоятельства, которые не были или не могли быть известны заявителю» (п. 1 ч. 2 ст. 392 ГПК РФ, п. 1 ст. 311 АПК РФ).

Под этими обстоятельствами в судебной практике всегда понимались обстоятельства, связанные с фактической стороной дела.

Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ внес в эту практику принципиальную и, представляется, очень сомнительную новеллу, дополнив постановлением от 14 февраля 2008 г. № 14 постановление Пленума от 12 марта 2007 г. № 17 «О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при пересмотре вступивших в законную силу судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам» п. 5¹ следующего содержания: «В соответствии с пунктом 1 статьи 311 АПК РФ может быть пересмотрен по вновь открывшимся обстоятельствам также судебный акт, оспариваемый заявителем в порядке надзора и основанный на положениях законодательства, практика применения которых после его принятия определена Высшим Арбитражным Судом Российской Федерации в постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации или постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, в том числе принятого по результатам рассмотрения другого дела в порядке надзора».

Таким образом, Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ по сути дополнил установленные законом основания пересмотра судебных постановлений по вновь открывшимся обстоятельствам обстоятельством, которое связано не с фактической, а с юридической стороной дела (правильным применением норм права) и является (при данном правовом регулировании) основанием для отмены судебного постановления в надзорном порядке.

Приведенные принципиальные различия в процессуальных кодексах (их перечень можно было и продолжить) вызывают необходимость в разработке единой концепции процессуального права и его унификации, естественно, с учетом действительных особенностей каждого судопроизводства, требующих специального регулирования.

3. Устройство судебной системы и его влияние на единство судебной практики

В соответствии с ч. 3 ст. 118 Конституции РФ судебная система Российской Федерации устанавливается Конституцией РФ и федеральным конституционным законом.

Сама Конституция РФ, устанавливая судебную систему в самых общих чертах, определяет главное в ее устройстве — наличие двух самостоятельных и независимых друг от друга подсистем (судов общей юрисдикции и арбитражных судов, возглавляемых соответственно Верховным Судом РФ и Высшим Арбитражным Судом РФ) и судебного органа — Конституционного Суда РФ, который своей подсистемы не имеет и занимает особое положение, не входя ни в одну из указанных подсистем (ст. 125—127).

Самостоятельность и независимость друг от друга судов общей юрисдикции и арбитражных судов выражается в том, что они сами окончательно разрешают находящиеся в их ведении дела и не имеют права пересматривать решения друг друга, следовательно, самостоятельно формируют судебную практику. Поэтому их, точнее, их образования, следует называть самостоятельными системами судов общей юрисдикции и арбитражных судов, что уже указывалось выше.

Полностью судебная система России установлена Федеральным конституционным законом «О судебной системе Российской Федерации». Его положения развивают федеральные конституционные законы «Об арбитражных судах в Российской Федерации» и «О военных судах Российской Федерации» от 23 июня 1999 г. № 1-ФКЗ (военные суды входят в систему судов общей юрисдикции). Федеральный конституционный закон «О судах общей юрисдикции Российской Федерации» до сих пор не принят, что создает дополнительные проблемы.

Таким образом, фактически единой судебной системы в Российской Федерации нет, хотя упоминание о ее «единстве» содержится в ст. 3 Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации».

Это порождает проблемы в обеспечении единства судебной практики, поскольку допускает возникновение ситуаций, когда один и тот же закон в разных системах (например, Гражданский кодекс в судах общей юрисдикции и в арбитражных судах) станет применяться по-разному, что будет означать наличие хотя бы в одной из этих систем (а может быть, и в обеих) судебных ошибок и нарушений прав заинтересованных лиц.

Как эти проблемы следует решать?

На этот счет имеется определенная практика.

Глава 5. Современные проблемы единства судебной практики

Так, Верховный Суд РФ и Высший Арбитражный Суд РФ практикуют совместные обсуждения спорных вопросов применения законодательства и принятие совместных постановлений пленумов, в которых по этим вопросам судам общей юрисдикции и арбитражным судам даются разъяснения.

Принятие двумя высшими судами совместных постановлений пленумов законом не предусмотрено (совершенно очевидно, по причине отставания законодателя от возникших с созданием системы арбитражных судов потребностей), однако ему не противоречит, жизненно необходимо и оказывает большое положительное влияние на судебную практику, обеспечивая ее единство в общей судебной системе.

В качестве примеров можно привести следующие совместные постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ:

«О некоторых вопросах, связанных с введением в действие части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» от 28 февраля 1995 г. № 2/1;

«О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» от 1 июля 1996 г. № 6/8;

«О некоторых вопросах применения Федерального закона «О переводном и простом векселе»» от 5 февраля 1998 г. № 3/1;

«О практике применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о процентах за пользование чужими денежными средствами» от 8 октября 1998 г. № 13/14;

«О некоторых вопросах, связанных с применением норм Гражданского кодекса Российской Федерации об исковой давности» от 12, 15 ноября 2001 г. № 15/18.

Однако совместные постановления пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ всех проблем решить не могут, поскольку:

во-первых, отсутствие в Федеральном конституционном законе «О судебной системе Российской Федерации» указания на совместные разъяснения этими судами общих для них вопросов судебной практики ставит возможность их принятия в полную зависимость от усмотрения руководителей Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ, а не от потребностей судебной практики;

во-вторых, на их подготовку, обсуждение и принятие требуется значительное время, тогда как решение многих вопросов не терпит отлагательства;

Верховенство права

в-третьих, возникают ситуации, когда их принятие становится просто невозможным из-за несовпадения мнений относительно возникших вопросов в Верховном Суде РФ и Высшем Арбитражном Суде РФ.

В последнем случае в судах общей юрисдикции и в арбитражных судах складывается различная практика, формируемая соответственно Верховным Судом РФ и Высшим Арбитражным Судом РФ.

Так, в свое время возникли противоречия в практике применения судами общей юрисдикции и арбитражными судами ст. 167 и 302 ГК РФ, устанавливающих соответственно общие положения о последствиях недействительности сделок и гарантии защиты прав добросовестного приобретателя от истребования имущества, которое он приобрел возмездно.

Суды общей юрисдикции, применяя ст. 167 ГК РФ, зачастую не обеспечивали защиту прав добросовестным приобретателям, гарантированную ст. 302 ГК РФ. Арбитражные суды, разрешая аналогичные дела, исходили из приоритета положений ст. 302 ГК РФ и такую защиту добросовестным приобретателям обеспечивали.

Противоречия в этой судебной практике в целях обеспечения ее единства и защиты конституционных прав граждан разрешил Конституционный Суд РФ в постановлении от 21 апреля 2003 г. № 6-П «По делу о проверке конституционности положений пунктов 1 и 2 статьи 167 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан О.М. Мариничевой, А.В. Немировской, ЗА Скляновой, Р.М. Скляновой и В.М. Ширяева».

В этом постановлении Конституционный Суд РФ высказал свою позицию относительно толкования и применения ст. 167 и 302 ГК РФ. Она имеет значение для формирования единой судебной практики, однако рассматривать ее здесь нет необходимости, поскольку главное для данной проблемы — в другом: почему Конституционный Суд РФ признал данное дело подведомственным ему, если разрешение коллизий между двумя законодательными нормами (в данном случае ст. 167 и 302 ГК РФ) относится к компетенции других судов?

Конституционный Суд РФ по этому вопросу высказал принципиальное и очень интересное положение (п. 3 постановления от 21 апреля 2003 г. № 6-П).

Конституционный Суд РФ признал, что суды общей юрисдикции и арбитражные суды самостоятельно решают, какие нормы подлежат применению в конкретном деле. Вместе с этим он констатировал, что суды неоднозначно, противоречиво применяют ст. 167 и 302 ГК РФ, что приводит к коллизиям конституционных прав, которые реализуются

на их основе собственником и добросовестным приобретателем, тогда как в судебной практике должно обеспечиваться конституционное истолкование подлежащих применению нормативных положений. Поэтому, как указал Конституционный Суд РФ, «в тех случаях, когда неоднозначность и противоречивость в истолковании и применении правовых норм приводит к коллизии реализуемых на их основе конституционных прав, вопрос об устранении такого противоречия приобретает конституционный (курсив мой. — В.Ж.) аспект и, следовательно, относится к компетенции Конституционного Суда Российской Федерации, который... обеспечивает в этих случаях выявление конституционного смысла действующего права».

Таким образом, Конституционный Суд РФ признал, что в тех случаях, когда федеральные законы истолковываются и применяются судами противоречиво (т.е. когда отсутствует единство судебной практики), чем затрагиваются конституционные права человека и гражданина, вопрос приобретает конституционное значение и становится подведомственным Конституционному Суду, который выявляет конституционный смысл этого закона и принимает постановление в целях формирования основанной на принципе верховенства права судебной практики.

Другой пример.

В судах общей юрисдикции сложилась основанная на п. 7 ст. 152 ГК РФ практика, в соответствии с которой правила, регулирующие компенсацию морального вреда в связи с распространением сведений, порочащих деловую репутацию гражданина, применяются и в случаях распространения таких сведений в отношении организации.

Разъяснение по этому вопросу дано в п. 5 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 20 декабря 1994 г. «Некоторые вопросы применения законодательства о компенсации морального вреда» (с последующими изменениями).

Арбитражные суды придерживались противоположной позиции: компенсация морального вреда юридическому лицу недопустима. По этой причине дать совместное разъяснение данного вопроса пленумами Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ не представлялось возможным.

Данное противоречие в судебной практике двух судебных систем разрешил Конституционный Суд РФ.

Определением от 4 декабря 2003 г. № 508-О Конституционный Суд РФ отказал Ш. в принятии к рассмотрению его жалобы, в которой он оспаривал конституционность п. 7 ст. 152 ГК РФ в том значении, которое ему придано указанным выше разъяснением Пленума

Верховенство права

Верховного Суда РФ (с него суд общей юрисдикции взыскал компенсацию морального вреда в пользу организации), чем подтвердил правильность данного разъяснения.

После этого изменилась практика арбитражных судов: они стали взыскивать в пользу организаций компенсацию морального вреда, называя его «репутационным», что сути не меняет.

Таким образом было обеспечено единство судебной практики и в данном вопросе.

Полагаю, что такой подход к разрешению противоречий в судебной практике — с помощью Конституционного Суда РФ (особенно при отсутствии других возможностей, в ситуациях, когда Верховный Суд РФ и Высший Арбитражный Суд РФ занимают противоположные позиции) является правильным и в настоящее время единственно возможным.

Особенности устройства судебной системы Российской Федерации вызывают потребность в тесных контактах между Верховным Судом РФ и Высшим Арбитражным Судом РФ с целью оперативного обсуждения и разрешения возникающих в практике судов общей юрисдикции и арбитражных судов вопросов и формирования единой судебной практики.

Возможно и дополнительное законодательное регулирование (речь не идет об изменении Конституции РФ), например, с целью создания на паритетных началах Верховным Судом РФ и Высшим Арбитражным Судом РФ из числа своих судей постоянно действующего органа, компетентного решать спорные вопросы судебной практики.

III. Деятельность судов по обеспечению единства судебной практики

Основными способами обеспечения единства судебной практики в деятельности высших судов Российской Федерации являются следующие.

1. Принятие Пленумом Верховного Суда РФ и Пленумом Высшего Арбитражного Суда РФ на основании соответственно ст. 126 и 127 Конституции РФ постановлений, содержащих адресованные судам общей юрисдикции и арбитражным судам разъяснения по вопросам судебной практики (как указывалось выше, практикуется и принятие совместных постановлений пленумов этих судов).

2. Изучение практики рассмотрения судами Российской Федерации различных возникших у судов вопросов, подготовка и опубликование обзоров судебной практики либо ответов на возникшие вопросы.

3. Опубликование судебных постановлений по конкретным делам, рассмотренным Верховным Судом РФ и Высшим Арбитражным

Глава 5. Современные проблемы единства судебной практики

Судом РФ по первой инстанции и в порядке надзора, а Верховным Судом РФ — и в кассационном порядке (Высший Арбитражный Суд РФ в кассационном порядке дела не рассматривает).

Наиболее важную роль в обеспечении единства судебной практики играют разъяснения пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ. Ранее такую же роль играли разъяснения (они назывались «руководящие») Пленума Верховного Суда СССР и Пленума Верховного Суда РСФСР.

Многие разъяснения обеспечили не просто единство судебной практики, а непосредственное применение судами положений Конституции РФ, общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации, разрешили коллизии в законодательстве, восполнили пробелы в нем и по сути явились источниками права.

Среди них следует особо отметить разъяснения, данные в постановлениях Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 г. № 8 «О некоторых вопросах применения Конституции Российской Федерации» и от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации».

Эти постановления во многом способствовали тому, что суды стали непосредственно применять Конституцию РФ и нормы международного права.

Очень важную роль сыграло постановление Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. № 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации», принятое в связи с тем, что после введения в действие с 1 февраля 2002 г. названного Кодекса в судебной практике возникло много очень сложных и важных вопросов.

Часть из них была вызвана тем, что некоторые нормы Трудового кодекса, затрагивавшие важные права граждан, не в полной мере учитывали положения Конституции РФ и международных договоров, ратифицированных российским государством (Международного пакта о гражданских и политических правах, Конвенции о защите прав человека и основных свобод, конвенций Международной Организации Труда (МОТ)).

Это касалось возможности заключения срочных трудовых договоров, временных переводов работников по инициативе работодателей на не обусловленную трудовым договором работу в той же организации в случаях производственной необходимости, применения к работникам

дисциплинарных взысканий, выплаты работнику заработной платы в неденежной форме и др.

Пленум Верховного Суда РФ обратил в общем плане внимание судов на то, что они при рассмотрении трудовых споров должны учитывать разъяснения Пленума, содержащиеся в названных постановлениях от 31 октября 1995 г. № 8 и от 10 октября 2003 г. № 5, и иметь в виду, что если международным договором Российской Федерации, регулирующим трудовые отношения, установлены иные правила, чем предусмотренные законами или другими нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, то суд применяет правила международного договора (п. 9 постановления от 17 марта 2004 г. № 2).

Кроме того, в этом постановлении Пленум Верховного Суда РФ дал разъяснение по конкретным вопросам судебной практики (возможности заключения срочных трудовых договоров, временных переводов на другую работу, применения дисциплинарных взысканий, выплаты заработной платы в неденежной форме), учитывая непосредственно нормы международного права, в частности конвенций МОТ № 29 о принудительном или обязательном труде и № 95 об охране заработной платы (п. 13, 17, 53 и 54 постановления).

Федеральным законом от 30 июня 2006 г. № 90-ФЗ в Трудовой кодекс были внесены очень большие и важные изменения, многие из которых учитывали постановление Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. № 2, поэтому 28 декабря 2006 г. Пленум постановлением № 63 принял его новую редакцию (надобность во многих прежних разъяснениях отпала).

Перечень исключительно положительных, сыгравших важную роль разъяснений пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда РФ можно продолжить.

Однако нельзя не учитывать и то, что давались и ошибочные разъяснения (о некоторых из них было сказано выше).

В этой связи нельзя не обратить внимание на разъяснение, данное Пленумом Верховного Суда РФ в абз. 3 п. 3 постановления от 12 февраля 2008 г. № 2 «О применении норм гражданского процессуального законодательства в суде надзорной инстанции в связи с принятием и введением в действие Федерального закона от 4 декабря 2007 г. № 330-ФЗ «О внесении изменений в Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации»».

Федеральным законом от 4 декабря 2007 г. № 330-ФЗ была, в частности, изменена ч. 2 ст. 376 ГПК РФ и установлено, что судебные постановления, вступившие в законную силу, могут быть обжалованы в суд

Глава 5. Современные проблемы единства судебной практики

надзорной инстанции «при условии, что указанными лицами (подающими надзорные жалобы. — В.Ж.) были исчерпаны иные установленные настоящим Кодексом способы обжалования судебного постановления до дня его вступления в законную силу», т.е. обжалования в апелляционном (если дело рассматривалось мировым судьей) или в кассационном (если дело рассматривалось иным судом общей юрисдикции) порядке.

В связи с этим Пленум Верховного Суда РФ в абз. 3 п. 3 названного постановления разъяснил: «Надзорная жалоба и представление прокурора на судебные постановления, не прошедшие стадию апелляционного или кассационного обжалования, подлежат возвращению без рассмотрения по существу определением судьи на основании пункта 5 части 1 ст. 379¹ ГПК РФ как поданные с нарушением правил подсудности, установленных статьей 377 ГПК РФ».

Для лиц, которые участвовали в деле и были извещены о времени и месте его разбирательства судом, такое регулирование в ст. 376 ГПК РФ и такое разъяснение Пленума Верховного Суда РФ вполне разумны: сами отказались «исчерпать» возможность обжалования судебного постановления в суд второй инстанции — лишаются права обжалования этого постановления в суд третьей (надзорной) инстанции.

Но как быть с правом на обжалование судебного постановления лиц, которые не были привлечены к участию в деле, но права которых оно нарушает, и лиц, которые участвовали в деле, но в нарушение закона суд не известил их о времени и месте разбирательства дела и рассмотрел его в их отсутствие?

Совершенно очевидно, что эти лица, не зная о рассмотрении дела и вынесении по нему решения, не имели возможности в установленный срок (10 дней) подать апелляционную или кассационную жалобу, т.е. «исчерпать» этот способ обжалования решения суда первой инстанции; они не отказались от него — суд незаконно лишил их такой возможности. И как продолжение беззакония — Пленум Верховного Суда РФ своим разъяснением лишает их и права на подачу надзорной жалобы. Лишение же в такой ситуации лица права на подачу жалобы в суд надзорной инстанции — при воспрепятствовании судом возможности его участия в рассмотрении дела в судах первой и второй инстанций — является нарушением права этого лица на судебную защиту (на доступ к правосудию), закрепленного в ст. 46 Конституции РФ и ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

Выход для лиц, оказавшихся в такой ситуации, один - обращение на основании ч. 4 ст. 125 Конституции РФ в Конституционный Суд РФ с жалобой об оспаривании конституционности ч. 2 ст. 376 ГПК РФ

в значении, которое придано ей указанным разъяснением Пленума Верховного Суда РФ. В случае удовлетворения жалобы (это возможно не только вынесением итогового решения в виде постановления, но и путем вынесения определения с изложением соответствующей правовой позиции Конституционного Суда РФ по данному вопросу) Пленум Верховного Суда РФ должен будет изменить свое разъяснение, впрочем, судебная практика применения ч. 2 ст. 376 ГПК РФ должна будет измениться, даже если Пленум Верховного Суда РФ этого не сделает.

В связи с наличием таких противоречивых, как положительного, так и отрицательного свойства, разъяснений особую важность приобретают вопросы, связанные с их значением: обязательны ли они для суда; вправе ли суд при вынесении решения отказать в их применении; как защищаться заинтересованным лицам от этих разъяснений, если они противоречат праву?

Вопрос о значении разъяснений высших судов возник еще в советские времена и активно обсуждался в науке — тогда относительно разъяснений Пленума Верховного Суда СССР и пленумов верховных судов союзных республик.

Судами эти разъяснения воспринимались как обязательные в силу их авторитета и сложившейся традиции.

Закон СССР от 30 ноября 1979 г. «О Верховном Суде СССР» подвел итог научным дискуссиям, установив в ст. 3 норму о том, что руководящие разъяснения Пленума Верховного Суда СССР обязательны для судов, а также для других органов и должностных лиц, применяющих закон, по которому дано разъяснение.

Таким же образом был решен вопрос относительно руководящих разъяснений Пленума Верховного Суда РСФСР в ст. 56 Закона от 8 июля 1981 г. «О судостроительстве РСФСР», который в связи с тем, что до сих пор не принят Федеральный конституционный закон «О судах общей юрисдикции Российской Федерации», продолжает действовать в части, не противоречащей Конституции РФ и законам Российской Федерации.

Конституция РФ сохранила право Верховного Суда РФ давать разъяснения по вопросам практики судов общей юрисдикции (и закрепила такое же право за созданным ко времени ее принятия Высшим Арбитражным Судом РФ), но без указания на то, что они являются «руководящими», в связи с чем вновь возникли споры об их значении (положение «руководящие» относительно разъяснений Пленума Верховного Суда РФ в ст. 56 Закона «О судостроительстве РСФСР» стало противоречить ст. 126 Конституции РФ).

Глава 5. Современные проблемы единства судебной практики

В законодательном порядке вопрос о значении разъяснений Пленума Верховного Суда РФ до сих пор не решен.

При разработке проектов федеральных конституционных законов «О судах общей юрисдикции Российской Федерации» и «О Верховном Суде Российской Федерации» этот вопрос вновь вызвал споры.

Тем не менее он (без всяких споров) был решен в Федеральном конституционном законе «Об арбитражных судах в Российской Федерации» относительно разъяснений Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ — установлено, что они обязательны для арбитражных судов (ст. 13).

В ст. 170 АПК РФ (содержание решения) включена норма о том, что в мотивировочной части решения арбитражного суда могут содержаться ссылки на постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ по вопросам судебной практики. Надо отметить, что аналогичной нормы в ст. 198 ГПК РФ, определяющей содержание решения суда общей юрисдикции, нет, а предложение о ее принятии при обсуждении проекта ГПК было отклонено, что еще раз свидетельствует об отсутствии концептуального подхода к развитию процессуального права.

Совершенно очевидно, что значение разъяснений Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ, имеющих одинаковую конституционную основу, должно быть одинаково, и если законодатель установил, что разъяснения Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ обязательны для арбитражных судов, то также обязательны для судов общей юрисдикции должны быть и разъяснения Пленума Верховного Суда РФ.

Но тогда становятся еще более значимыми другие поставленные выше вопросы: вправе ли все же суд при вынесении решения по делу отказать в их применении и разрешить дело на основе собственного понимания права и могут ли заинтересованные лица (в отношении которых применено или может быть применено указанное разъяснение) обжаловать его в Конституционный Суд РФ?

Если не вправе, то возникает явно неестественная, противоречивая ситуация: суд, для которого закон тоже обязателен, вправе отказать в его применении, если придет к выводу, что он противоречит Конституции РФ, общепризнанным принципам и нормам международного права или международным договорам Российской Федерации, а поступить также в отношении разъяснения Пленума Верховного Суда РФ И Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ не может; заинтересованное лицо вправе обжаловать в Конституционный Суд РФ закон, примененный или подлежащий применению в его деле, а обжаловать разъяснения Пленума Верховного Суда РФ или Пленума Высшего

Верховенство права

Арбитражного Суда РФ не может. Получается, что эти разъяснения имеют большую юридическую силу, чем закон?

Представляется все же, что, основываясь на принципе верховенства права и необходимости подчинения суда этому принципу, суд при рассмотрении конкретного дела может (а вернее — должен) разрешить его на основе собственного понимания и толкования права и отвергнуть противоречащее, по его убеждению, разъяснение Пленума Верховного Суда РФ или Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ. Правильность его выводов по делу может быть, в случае обжалования решения, проверена вышестоящими судебными инстанциями.

Что касается возможности обжалования указанных разъяснений в Конституционный Суд РФ, то они уже были подконтрольны ему (правда, не по жалобам граждан). Ранее действовавшая Конституция РСФСР (в ред. от 21 апреля 1992 г.) в ст. 165¹ не определяла компетенцию Конституционного Суда РФ исчерпывающим образом, в связи с чем стало возможным в ст. 36 Федерального закона от 17 января 1992 г. № 2202-1 «О прокуратуре Российской Федерации» наделение Генерального прокурора РФ правом вносить представление в Конституционный Суд РФ, если он усматривал, что разъяснение Пленума Верховного Суда РФ не соответствует Конституции РФ.

Ныне действующая Конституция РФ определила компетенцию Конституционного Суда РФ исчерпывающим образом и не предусмотрела возможности рассмотрения им жалоб граждан или представлений Генерального прокурора РФ на разъяснения Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ. Поэтому предоставление заинтересованным лицам права обжаловать указанные разъяснения в Конституционный Суд РФ возможно только путем изменения ст. 125 Конституции РФ. Представляется, что это было бы полезным.

До этого у заинтересованных лиц остается лишь указанное выше право обжаловать в Конституционный Суд РФ закон, по которому дано разъяснение.

Представляется, что относительно разъяснений Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ необходимо специальное законодательное регулирование на уровне не ниже федерального конституционного закона.

Другим способом обеспечения единства судебной практики является изучение высшими судами практики рассмотрения различных категорий дел или отдельных вопросов, возникших у судов общей юрисдикции или арбитражных судов, подготовка и опубликование обзоров этой практики или ответов на возникшие вопросы.

Глава 5. Современные проблемы единства судебной практики

В соответствии со ст. 16 Федерального конституционного закона «Об арбитражных судах в Российской Федерации» Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ рассматривает отдельные вопросы судебной практики и о результатах информирует арбитражные суды (в форме информационных писем, утвержденных Президиумом).

Президиум Верховного Суда РФ ежеквартально утверждает и публикует обзоры законодательства и судебной практики Верховного Суда Российской Федерации, которые включают в себя перечень новых нормативных актов (федеральных законов, указов Президента РФ, постановлений Правительства РФ и нормативных актов федеральных органов исполнительной власти), постановлений Пленума Верховного Суда РФ, постановлений и определений Конституционного Суда РФ; судебную практику Президиума и судебных коллегий Верховного Суда РФ по уголовным и гражданским делам; ответы на конкретные вопросы, возникшие у судов (как правило, по гражданским делам).

Эти обзоры и информационные письма, безусловно, очень полезны судьям, а также всем тем, кто интересуется судебной практикой, поскольку доводят до них официальную позицию высших судебных инстанций по тем или иным правовым вопросам и способствуют их правильному и единообразному разрешению в конкретных делах, рассматриваемых судами, т.е. единству судебной практики.

Однако случается, что в этих документах высказываются сомнительные позиции.

Например, в практике судов общей юрисдикции еще в 1990-е гг. возник вопрос о возможности пересмотра (в сторону увеличения) назначенной в соответствии с Законом РФ от 12 февраля 1993 г. № 4468-1 «О пенсионном обеспечении лиц, проходивших военную службу, службу в органах внутренних дел, Государственной противопожарной службе, органах по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ, учреждениях и органах уголовно-исполнительной системы, и их семей» пенсии бывшим военнослужащим и сотрудникам органов внутренних дел в связи с увеличением месячной стоимости продовольственного пайка, выдаваемого военнослужащим.

Согласно ст. 49 названного Закона порядок пересмотра пенсий лицам, которым они назначены в соответствии с ним, определяется Правительством РФ.

Указанный порядок был установлен Постановлением Правительства РФ от 22 сентября 1993 г. № 941. Им, в частности, установлено, что пересмотр пенсий в связи с повышением денежного довольствия военнослужащих и сотрудников органов внутренних дел производится

без учета увеличения месячной стоимости выдаваемого им продовольственного пайка.

Решением Верховного Суда РФ от 2 августа 2001 г. было отказано в признании этой нормы противоречащей закону.

Определением Кассационной коллегии Верховного Суда РФ от 4 октября 2001 г. это решение отменено и Постановление Правительства РФ в указанной части признано незаконным, поскольку в соответствии с названным Законом РФ от 12 февраля 1993 г. повышение месячной стоимости продовольственного пайка, как и повышение других составляющих денежного довольствия военнослужащих и сотрудников органов внутренних дел, должно влечь пересмотр пенсий.

Определением Кассационной коллегии Верховного Суда РФ от 17 февраля 2004 г. разъяснено, что указанное положение Постановления Правительства РФ от 22 сентября 1993 г. № 941 не действует с момента вынесения ею определения от 4 октября 2001 г.

Возник вопрос: подлежат ли перерасчету пенсии бывшим военнослужащим и сотрудникам органов внутренних дел за период с 1993 г. по 4 октября 2001 г.?

В обзоре законодательства и судебной практики за III квартал 2004 г. Президиум Верховного Суда РФ, описав приведенную выше правовую ситуацию, указал, что утрата юридической силы признанного незаконным положения Постановления Правительства РФ с 4 октября 2001 г. не означает, что право на перерасчет пенсии возникает только с этой даты. Исходя из того, что в силу ч. 2 ст. 58 названного Закона РФ от 12 февраля 1993 г. сумма пенсии, не полученная пенсионером своевременно по вине органа, назначающего или выплачивающего пенсию, выплачивается за прошлое время без ограничения каким-либо сроком, Президиум Верховного Суда РФ утвердительно ответил на этот вопрос: пенсии подлежат перерасчету начиная с 1993 г.¹

Ответ совершенно правильный, поскольку пенсионерам в нарушение Закона перерасчет пенсий по указанному основанию не производился именно с 1993 г. и их права должны быть восстановлены полностью. Постановление Правительства могло определять лишь порядок, а не основания перерасчета, поэтому дата признания его частично незаконным не имеет в данной ситуации никакого значения.

Однако в Обзоре законодательства и судебной практики за IV квартал 2007 г. Президиум Верховного Суда РФ, основываясь только на том, что Постановление Правительства РФ от 22 сентября 1993 г. № 941

¹ См.: Бюллетень Верховного Суда РФ. 2005. № 4.

утратило силу с 4 октября 2001 г., утвердил другой ответ на тот же вопрос, согласно которому пенсии за период до 4 октября 2001 г. не могут быть пересчитаны; Президиум также указал, что правовая позиция, изложенная в Обзоре за III квартал 2004 г., применению не подлежит¹.

Как понимать такой подход Президиума Верховного Суда РФ к разъяснению вопросов, возникающих в судебной практике? Через три года без каких-либо объективных причин, принципиально новых обстоятельств, убедительных обоснований отказа от прежней позиции пересмотреть свое разъяснение на прямо противоположное, существенным образом ухудшающее положение пенсионеров, которым в течение длительного времени не доплачивались пенсии! Разве это подход, основанный на праве?

Такие примеры, конечно, вызывают обоснованные опасения при определении значения приведенных способов обеспечения единства судебной практики и ответе на вопрос: обязательны ли для судов правовые позиции, выраженные Президиумом Верховного Суда РФ и Президиумом Высшего Арбитражного Суда РФ в обзорах судебной практики и информационных письмах?

Конечно, нет. Они (при всей своей полезности в целом) имеют только информационное значение для судов. Если судья придет к убеждению, что какая-либо из этих правовых позиций ошибочна (например, в отношении включенной в указанный Обзор за IV квартал 2007 г.), он не должен ею руководствоваться.

Большое значение для обеспечения единства судебной практики имеет и опубликование постановлений высших судов по конкретным делам, в которых решаются важные правовые вопросы.

Практика рассмотрения высшими судами конкретных дел зачастую оказывает большое влияние на судебную практику в целом и даже на развитие законодательства.

В этой связи интересен следующий пример, связанный с деятельностью суда присяжных.

Постановлением судьи Московского областного суда от 19 февраля 1997 г. было удовлетворено ходатайство государственного обвинителя о роспуске коллегии присяжных заседателей, вынесших оправдательный вердикт.

Определением кассационной палаты Верховного Суда РФ от 25 июля 1997 г. это постановление отменено и уголовное дело направлено на *новое рассмотрение* в тот же суд, в том же составе суда *со стадии судебного разбирательства*.

¹ См.: Бюллетень Верховного Суда РФ. 2008. № 5.

Верховенство права

Кассационная палата совершенно правильно отменила указанное постановление судьи, поскольку оно было вынесено в нарушение п. 5 ст. 461 УПК РФ, допускающего принятие решения о роспуске коллегии присяжных заседателей только в том случае, когда, по мнению председательствующего судьи, имеются предусмотренные законом основания для вынесения оправдательного приговора, несмотря на обвинительный вердикт коллегии присяжных заседателей (по данному делу был вынесен оправдательный вердикт, что исключало возможность роспуска коллегии присяжных заседателей и влекло вынесение оправдательного приговора).

Однако, направив дело на новое рассмотрение (т.е. на рассмотрение в полном объеме заново, с самого начала), кассационная палата по сути не устранила последствий нарушения закона председательствующим судьей, поскольку в результате такого решения кассационной палаты юридическая сила оправдательного вердикта присяжных заседателей, перечеркнутая незаконным решением судьи, осталась невосстановленной.

Президиум Верховного Суда РФ, рассмотрев 8 октября 1997 г. это дело в порядке надзора, пришел к выводу, что такое формальное применение закона кассационной палатой не только ведет к нарушению прав оправданных по данному делу, но и создает возможности для злоупотреблений со стороны судей по другим аналогичным делам. Исходя из этого Президиум изменил определение кассационной палаты, указав о передаче дела на новое рассмотрение с момента провозглашения вердикта коллегии присяжных заседателей для выполнения последующих действий, предусмотренных законом.

Возникшая по данному делу ситуация не была предусмотрена в законе и с учетом ее особенностей требовала специального правового урегулирования, принципиально отличающегося от привычных, стандартных подходов. Президиум Верховного Суда РФ разрешил ее в полном соответствии с целями и принципами осуществления правосудия, создав по сути норму права, которая была применима ко всем другим аналогичным делам.

Законодатель учел эту позицию Президиума Верховного Суда РФ и в новом УПК РФ, принятом в 2001 г., предусмотрел возможность направления кассационной инстанцией уголовного дела на новое рассмотрение в суд первой инстанции со стадии «действий суда после вынесения вердикта присяжных заседателей» (п. 3 ч. 1 ст. 378).

В контексте рассматриваемой проблемы определенное значение имеет судебный прецедент.

Глава 5. Современные проблемы единства судебной практики

Российская доктрина и законодательство традиционно отрицали возможность использования судебного прецедента в правовой системе.

Тем не менее полагаю, что определенные шаги по пути действия судебного прецедента сделаны.

Несомненно, что решения Конституционного Суда РФ и Европейского Суда по правам человека имеют прецедентное значение, и суды ссылаются на них в своих постановлениях по конкретным делам, в том числе и на их правовые позиции, изложенные в мотивировочных частях этих решений.

В новый ГПК РФ, введенный в действие с 1 февраля 2003 г., включена норма, имеющая самое прямое отношение к рассматриваемой проблеме (ее нет ни в АПК РФ, ни в УПК РФ, что также свидетельствует о непоследовательности законодателя).

В ст. 389 ГПК РФ установлено: «1. В целях обеспечения единства судебной практики Председатель Верховного Суда Российской Федерации или заместитель Председателя Верховного Суда Российской Федерации вправе по жалобе заинтересованных лиц или по представлению прокурора внести в Президиум Верховного Суда Российской Федерации представление о пересмотре в порядке надзора судебных постановлений, нарушающих права, свободы или законные интересы неопределенного круга лиц, иные публичные интересы либо принятых с нарушением правил подведомственности или подсудности.

2. Жалоба заинтересованных лиц или представление прокурора могут быть поданы в течение шести месяцев со дня вступления судебных постановлений в законную силу...»

Из этой нормы следует, что постановление Президиума Верховного Суда РФ по указанным в ней делам, имеющим, как видно из их перечня, большое значение, выносится в целях обеспечения единства судебной практики. Естественно, что такое постановление приобретает прецедентное значение.

Конечно, поднятые проблемы требуют дальнейшего исследования и дополнительного законодательного регулирования. При **этом**, полагаю, было бы полезным допустить право суда ссылаться в своих постановлениях и на опубликованную практику высших судов, когда он воспринимает ее и использует для обоснования своих выводов о толковании и применении норм права.

ТРЕТИЙ КРУГЛЫЙ СТОЛ
«ОБЕСПЕЧЕНИЕ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ»

5 июня 2009 года, Москва

УЧАСТНИКИ

ВЕНИАМИН ФЕДОРОВИЧ ЯКОВЛЕВ, доктор юридических наук, профессор, член-корреспондент РАН, советник Президента РФ, Председатель ВАС РФ в отставке.

ТАМАРА ГЕОРГИЕВНА МОРЩАКОВА, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ, заслуженный деятель науки, судья Конституционного Суда РФ в отставке.

Виктор МАРТЕНИАНОВИЧ ЖУЙКОВ, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ, заместитель директора Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, заместитель Председателя Верховного Суда РФ в отставке.

ВЛАДИМИР Ильич ЛАФИТСКИЙ, кандидат юридических наук, заместитель директора Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ.

АНАТОЛИЙ ВАЛЕНТИНОВИЧ НАУМОВ, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой уголовно-правовых дисциплин Юридического института Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации, член Научно-консультативного совета при Верховном Суде РФ.

АНДРЕЙ ГЕННАДЬЕВИЧ ФЕДОТОВ, кандидат юридических наук, адвокат Одинцовской городской коллегии адвокатов.

АНДРЕЙ ВИКТОРОВИЧ РАХМИЛОВИЧ, адвокат, партнер адвокатского бюро «Маргулян и Рахмилович».

ПИТЕР САЛАС, адвокат коллегии адвокатов штата Нью-Йорк; руководитель проекта «Программа обменов и консультаций в области управления» юридического факультета Университета Мак-Гилл (Монреаль, Канада).

Вильям САЙМОНС, профессор Лейденского университета (Голландия) и Университета Тренто.

ЛЕОНИД МАРКОВИЧ ГРИГОРЬЕВ, кандидат экономических наук, директор фонда «Институт энергетики и финансов», декан Международного университета менеджмента, в прошлом — заместитель министра

экономики и финансов РФ (в 1991—1992 гг.), председатель Комитета по иностранным инвестициям, советник в Российском директорате Международного банка реконструкции и развития (1992—1997 гг.).

МИХАИЛ АЛЕКСАНДРОВИЧ СУББОТИН, кандидат экономических наук, директор научно-консалтинговой компании «СРП-Экспертиза», г. Москва.

ЛЕОНИД ВИТАЛЬЕВИЧ Головкин, доктор юридических наук, профессор кафедры уголовного процесса и прокурорского надзора юридического факультета Московского государственного университета им. М.В. Ломоносова.

АЛЕКСАНДР ВЛАДИМИРОВИЧ РОЗЕНЦВАЙГ, кандидат юридических наук, адвокат Алма-атинской городской коллегии адвокатов, член президиума Союза адвокатов Казахстана.

ВАДИМ ВЛАДИМИРОВИЧ КЛЮВГАНТ, кандидат исторических наук, адвокат, в прошлом — народный депутат РФ (в 1990—1993 гг.), член Комитета Верховного Совета РФ по вопросам законности, правопорядка и борьбы с преступностью, член Конституционной комиссии и Конституционного совещания, мэр г. Магнитогорска.

Юлия ВАЛЕРЬЕВНА УРОЖАЕВА, начальник отдела экономического анализа Внешэкономбанка России, кандидат экономических наук.

ДЖЕФФРИ КАН, доцент Южного методистского университета (Даллас, Техас); ранее — судебный атторней отдела гражданского права Министерства юстиции США, преподаватель AIRE Центра (Лондон - Москва).

МАРИАНА КАРАДЖОВА, специалист по обеспечению соблюдения банковских правил, направленных против легализации средств, полученных преступным путем, Saxo Bank (Женева, Швейцария), бывший представитель Правительства Болгарии в ЕСПЧ.

ЕЛЕНА ВЛАДИМИРОВНА НОВИКОВА, доктор юридических наук, партнер юридической фирмы «Новиков и советники», г. Москва.

Е.В. НОВИКОВА: Как вы помните либо узнали из стенограммы, на прошлом круглом столе поднимался вопрос о причинах, породивших в период крупных экономических преобразований в начале перестройки препятствия для установления стабильных экономических отношений и защиты права собственности. Объяснялось это молниеносностью реформ, отсутствием правовой базы и, как результат, массовым вторжением в экономику криминального элемента, сросшегося с чиновничеством.

Верховенство права

Такое объяснение подтверждается не только многочисленными примерами из повседневной жизни. Оно находит свою поддержку в профессиональной среде и судебной практике. В итоге предпринимательство стало устойчиво ассоциироваться и даже отождествляться с криминалом. Об этом свидетельствуют и несколько прошедших волн передела собственности, так называемой национализации, и операция «Энергия», когда под судом и следствием необоснованно оказались десятки недропользователей, и многое другое.

Да, в интересах быстрого достижения политических целей государство фактически пожертвовало легитимностью. Причем не только в процессе приватизации, но, если нам придется разбираться в причинах, то и до ее начала. По словам Гайдара, «размах номенклатурного разворовывания в 1990—1991 гг. намного превосходил все, что мы имели на этой ниве в 1992—1994 гг., т.е. после принятия Закона РФ о приватизации. Кто виноват, люди, участвовавшие в приватизации, или те, кто должен был создать правила? Реалии сегодня таковы, что страсти вокруг легитимности обретения собственности предпринимателями и последующей волны национализации до сих пор трясут страну и, как видим, не обошли и нашу прошлую дискуссию.

Это вопрос вопросов, на который приходится дать ответ для того, чтобы развиваться в направлении правового обеспечения реальной стабильности положения собственника в России. И этот вопрос сформулирован так: проблемы-страсти связаны с залоговыми аукционами девяностых (включая предшествующий этап номенклатурного разворовывания) или же это передел собственности с использованием государственной власти, который, возможно, происходит вследствие плохой приватизации?

Как мы знаем, современная национализация-реприватизация также характеризуется отсутствием достаточной правовой базы — закона о национализации.

Как говорится, «после чего-то» — не значит «вследствие чего-то».

В.И. ЛАФИТСКИЙ: Суд должен служить праву, а не чьим-либо интересам. Да, так формулируется эта задача, но решить ее никто не может. Ведь если взять ту же самую Великобританию, там тоже проводились опросы, причем по разным социальным группам, и совершенно четко было показано, что нет доверия к судам не только у маргинальных, но и у многих других слоев населения. Это вполне объяснимо, потому что судьи, я опять к этой теме возвращаюсь, — это живые люди. Они испытывают больше доверия к тем, кто принадлежит к тому же сословию, что и они. Это известный факт.

Второе — состязательный процесс. Что касается меня, я очень не люблю состязательный процесс. Это мое глубокое убеждение как юриста. Я считаю, что надо состязательный процесс вводить в определенные рамки, поскольку ясно, что у кого больше денег, тот наймет лучших адвокатов, тот сможет лучше подготовиться к процессу, а люди, не имеющие средств, не имеют возможности защищать свои интересы. Даже если право стоит на их стороне. И так происходит везде. Не только в нашей стране, но и в Великобритании и в других странах. Состязательный процесс приносит много вреда. В подтверждение можно привести множество примеров. Я много писал по американскому праву, которое относится к той же семье общего права, что и британское право. Поэтому могу утверждать: не надо идеализировать суды этих стран. Суд, поскольку процесс состязательный, всегда будет выносить решение в пользу того, кто лучше смог защитить свое собственное право. Лучшая защита далеко не всегда на стороне справедливости и правды.

А.Г. ФЕДОТОВ: Какова реальная альтернатива состязательности? Потому что я не знаю такой. Я в судах бываю часто и не представляю себе, что там будет, если не будет состязательности. Мы вообще про всякое право забудем.

В.И. ЛАФИТСКИЙ: Нет, дело в том, что и в английских судах, и в наших судах абсолютизируют принцип состязательности. И необходимо, это мое убеждение, чтобы судьи все-таки помогали в процессе тем, кто не может сам защищать свои права и законные интересы, руководствуясь высшими ценностями права. Я понимаю, что у меня опыт не самый большой, но все-таки достаточный, за моей спиной около 30 судебных процессов. У меня были разные процессы, включая процесс по изъятию акций «Роснефти», когда по приказу Ельцина их изымали у законных владельцев. Я судился на Сахалине, защищая интересы крупных английских инвесторов, которых обокрали российские менеджеры одной из нефтяных компаний. В некоторых случаях помощь суда необходима очень многим участникам процесса, а судьи молчат. Это неправильно.

А.Г. ФЕДОТОВ: Владимир Ильич, по-моему, те примеры, которые Вы приводите, — это как раз те примеры, когда суд помогал одной из сторон... Владимир Ильич, еще один такой вот вопрос. У нас постоянно звучит тема коррупции в судах. Она по-разному с разных сторон звучит. Но у меня, например, создается ощущение, что очень часто

решения по тем делам, которые именуются коррупционными, на самом деле принимаются судьями в порядке какой-то «самоцензуры», я бы это так назвал.

В.И. ЛАФИТСКИЙ: Коррупция очень часто прячется за плохо мотивированными решениями судей. Поэтому один из инструментов борьбы — это жесткие критерии, предъявляемые к судебным актам. Они не должны составляться, допустим, на полстранички. Сложное дело, а все решение занимает 10 строчек. За такими вот строчками обычно прячутся либо произвол, либо коррупция. Конечно, это необходимо остановить.

Коррупция есть и будет, но не в таких масштабах, которые ей приписывают. У нас любят устраивать кампанейщину. А это очень опасно, потому что если мы начнем суды обвинять огульно, без всяких судебных процессов (а сейчас у нас на всех уровнях говорится о том, что у нас коррупция), население перестанет верить судам.

Вспоминаю судебный процесс, я его уже упоминал, на Сахалине в 1997 г. Была задача вывести дело в суд. С тем чтобы не начались заказные убийства. Передача дела в суд уже стала гарантией того, что все останутся живы. Пусть отдельные процессы мы там проиграли, но зато все остались живы. Это просто пример того, как происходило в прошлом. А сейчас мы опять возрождаем прежние стереотипы: «а зачем в суд, если там все продажно, зачем терять время, когда можно нанять убийцу и кого-то пристрелить». Вот такая сейчас складывается опасная тенденция.

В.Ф. ЯКОВЛЕВ: Сама по себе идея рассмотреть правосудие, суд под углом зрения соотношения их с собственностью и властью, мне кажется чрезвычайно ценной. Потому что мой собственный опыт судебной работы на протяжении 14 лет очень хорошо подтверждает необходимость исследования именно в этом плане. Потому что конфликты, которые суд разрешает, порождаются и разрешаются (или не разрешаются) именно в этой триаде: власть — собственность — суд. И исторически все это было соединено в одно, в одних руках, правда? Вот суверен — это власть, это собственность, а это суд. Вот вам история, через которую прошли все народы и все страны. А потом постепенно происходило разъединение, обособление. Обособление собственности от власти или власти от собственности и обособление суда. И, мне кажется, совершенство или несовершенство общественной структуры зависит от того, насколько эта триада правильно выстроена. Насколько они, с одной стороны, обособлены, а в этом существует крайняя

необходимость, история тому учит, а с другой стороны, насколько правильно установлено соотношение между ними. Насколько обеспечен, так сказать, баланс. Причем этот баланс имеет много выражений. Если взять власть, если взять собственность, то, конечно, здесь баланс глубоких экономических интересов. Потому что собственность в наше время — это не только мелкая, индивидуальная собственность, которая служит удовлетворению индивидуальных потребностей, но это колоссальная собственность, сосредоточенная в частных руках, но выполняющая по существу очень важные общественные функции. Отсюда, собственно говоря, социальные функции собственности. Отсюда социальное значение этих отношений. И вот если здесь баланс интересов не будет обеспечен, то собственность будет использоваться плохо. Она будет использоваться корыстно. Она будет обострять конфликт общественных интересов. Она будет порождать революционные ситуации. По существу это, так сказать, неизбежно, так ведь?

Второе — власть. Власть должна быть обособлена, конечно, от собственности. Только тогда она тоже может выполнять свою социальную функцию. И функция власти состоит как раз в том, чтобы обеспечивать баланс социальных интересов работодателя и работника, крупного бизнеса и мелкого бизнеса, кредитора и заемщика, продавца и покупателя. Каким образом? Правовым регулированием. Таким образом государство должно помогать собственности выполнять ее социальную функцию, естественно, сохраняя ее как собственность, как частную собственность, сохраняя могучий интерес, заложенный в самом институте частной собственности.

Ну и, наконец, суд. Я боюсь, что баланс интересов и нормальное развитие общества, устойчивое, стабильное, без потрясений, без революций и, по возможности, без кризисов, возможно лишь при очень хорошо отработанном праве, при очень хорошем его применении, а, следовательно, при хорошо поставленном правосудии. Правосудие должно быть мудрым, справедливым, честным, добросовестным, открытым, доступным и эффективным с точки зрения обеспечения интересов.

Так что, видите, эта тема выходит на какие-то такие... глубины общественных отношений, и я думаю, что именно сегодня ее обсуждение очень актуально, потому что, в самом деле, кризис потряс мир. Он погубил некоторые крупнейшие экономические структуры. Но самое главное; он оборачивается бедствием для людей, для массы людей. И это порождение частной собственности. Значит, действительно, надо думать над тем, как выработать механизмы, не уничтожая частную собственность, которые тем не менее лишали бы ее возможности вот таким

Верховенство права

образом создавать весьма опасные ситуации для огромного количества людей. Вот здесь право, внутреннее право, международное право, право во всех его проявлениях, по всем его отраслям должно сыграть свою роль. Мне кажется, что вот над этим действительно стоит работать.

Я должен сказать, что, конечно, наша судебная система работала и продолжает работать в весьма трудных для нее, в весьма некомфортных условиях. Почему? Да потому, что начало создания нашей судебной системы пришлось на период времени, когда и власти эффективной в обществе не существовало, и частной собственности развитой тоже еще не существовало, она только зарождалась. Но всем хотелось иметь побольше собственности и побольше власти. То есть мы действительно прошли период обостренной борьбы за собственность и за власть. К сожалению, все это еще соединилось, потому что власть активно участвовала во всех этих процессах вместе с собственностью. Многие носители власти за это время обогатились, так ведь? Но сегодня вопрос не в том, чтобы объявить, скажем, приватизацию незаконной и национализировать собственность, а потом попробовать снова ее приватизировать, и т.д. Упаси нас бог от этого! И мне кажется, что линия власти как раз на это и направлена в принципе. Частную собственность сохранить, частную собственность защитить, найти способы ее защиты. И в то же время обеспечить баланс экономических и социальных интересов.

Мы сейчас приступили к совершенствованию гражданского законодательства. Подготовили Концепцию, представили ее Президенту, и если она будет одобрена, то мы приступим и к ее реализации. И постараемся усовершенствовать гражданское законодательство не путем каких-то точечных, таких странных, случайных решений или в результате лоббистского давления с той и с другой стороны, а исходя из той сверхзадачи, о которой мы сейчас говорим. Защитить частную собственность, развить вещные права — это первое, что звучит в концепции. Развить вещные права, сделать их более многообразными, сделать их лучше работающими. Усовершенствовать обязательственные отношения, т.е. товарно-денежный оборот, улучшить государственное регулирование там, где оно необходимо (а оно, на мой взгляд, абсолютно необходимо), улучшить его, усовершенствовать его. Использовать при этом опыт развития зарубежного гражданского законодательства в Голландии, в Германии, во Франции, других странах. Обязательно использовать достижения международного права, особенно экономического права объединенной Европы, стандарты регулирования. Собственно, такая задача была поставлена перед разработчиками Концепции Указом Президента, и мы решаем эти задачи.

Правильно, что должен быть обеспечен высокий статус судей, достойное их содержание. Статус судей у нас, к сожалению, в последнее время не укрепляется. И, по-моему, это тенденция такая действительно тревожная. Но, с другой стороны, ответственность судей, контроль за их доходами и расходами — это тоже правильно. Нужно пресекать давление на суды во всякой форме, а давление, оно оказывается всяким, кому не лень, что называется. Власть пытается, криминал пытается, общественное мнение используется, средства массовой информации — для того, чтобы оказать давление при рассмотрении конкретных дел. Это мы все очень хорошо видели и со всем этим знакомы хорошо, но, очевидно, нужен еще общественный контроль, система общественного контроля. С этим я тоже согласен. Но самое главное — это профессиональный отбор, это подготовка, это качество судейского корпуса, потому что профессионально подготовленный и в нравственном отношении крепкий человек ничему не поддается, никакому давлению, даже если судей иногда убивают. И таких настоящих профессионалов, честных людей в нашей судебной системе много! Я просто свидетельствую это, потому что я знаю многих людей. Многим людям я доверяю больше, чем себе. Я всегда это говорил и говорю. Есть очень много честных и порядочных людей, это их тяжелая работа, это тяжелый крест, но, слава богу, есть люди, которые работают очень достойно.

Выявление людей, которые по своим качествам несовместимы с функциями правосудия, — это очень важная задача, которая должна постоянно решаться. Правосудие нуждается в соответствующей инфраструктуре, без инфраструктуры правосудия нет. Например, следствие. Верно говорится о его недостатках. Нужны качество, независимость следствия. Но не только следствия, но и службы судебных приставов — не в меньшей мере. И положение и роль прокуратуры также далеки от идеала. Нужны нравственные качества судей, их ответственность за качество судебных решений. Нужны такие способы борьбы против странных, маломотивированных решений, как открытость, публикация судебных решений.

Например, сейчас судебная арбитражная система перешла на сплошные публикации судебных решений, т.е. на полную открытость судебной системы: публикацию решений, наличие базы данных судебных решений в интернете. Суды становятся абсолютно открытыми, каждое судебное решение можно посмотреть, можно посмотреть, насколько оно мотивированное. Я абсолютно согласен, что за немотивированным решением что-то стоит — или взятка, или непрофессионализм, или неумение писать судебные решения и пр. И на это надо реагировать соответствующим образом.

Верховенство права

Обеспеченность доступности правосудия. Суды жутко перегружены. Вы знаете, 20 млн дел рассматривают суды России в год. 20 млн дел! Из них уголовных — порядка миллиона. А все остальные, 19 млн, — это гражданские и административные споры. Это конфликты. Это реальные конфликты. Спрос на правосудие, как вы видите, просто огромен, поэтому безосновательно говорить о том, что вот наша судебная система никуда не годится, — когда я слышу такого рода суждения, я думаю, что это непрофессиональные суждения. Она работает. В ней много недостатков, но она работает. И она перегружена. Перегрузка — это бич. Перегрузка создает вообще очень трудные условия для того, чтобы правосудие было подлинным. Поэтому эти вопросы надо решать. Я думаю, что их надо решать современными методами с использованием альтернативных способов разрешения конфликтов: переговоры сторон, посреднические процедуры, третейское разбирательство. Все то, что, собственно, свойственно было нашему правосудию до революции и даже, как ни странно, в советское время. Потому что и в советское время эти несудебные формы активно использовались. Это обязательные претензии по коммерческим спорам. Или, скажем, товарищеские суды, или суды чести, или комиссии по трудовым спорам. Я думаю, что в новых формах альтернативные способы разрешения конфликтов надо использовать обязательно. И прежде всего, конечно, переговоры сторон с использованием специалистов, посредников. Весь мир свидетельствует об эффективности этих методов разрешения конфликтов и о том, что они довольно основательно в том числе разгружают суды.

Рассмотрение жалоб, поступающих в отношении деятельности судей, совершенствование дисциплинарной ответственности. Я думаю, что у нас должен быть создан независимый дисциплинарный суд. Сейчас подготовлен проект по этому поводу и спорят о том, как комплектовать суд. Кто должен быть судьями над судьями. Я думаю, что очень хорошая идея — это судьи в отставке. Наиболее уважаемые судьи, которые получили статус независимых, уйдя в отставку. Это, наверное, готовый судья для дисциплинарного суда. Судья для дисциплинарного суда — это судьи в отставке.

Ну, и, конечно, для решения всех этих проблем нужна правовая культура населения и, конечно, международные суды как средство своеобразного контроля за качеством национальной судебной системы. Вот все это вместе должно работать, все вместе должны работать. И, конечно, наша юридическая общественность должна участвовать в решении этих проблем.

А.В. РАХМИЛОВИЧ: Меня заинтересовал важный вопрос. Опасения, что более сильная, лучше подготовленная сторона может добиться каких-то преимуществ за счет своей квалификации, мне кажутся не вполне основательными.

Я приведу старый, известный всем рассказ из воспоминаний одного известного дореволюционного адвоката о том, как, выступая в Кассационном департаменте Правительствующего Сената, он произнес, с его точки зрения, блестящую речь, а после этого с другой стороны выступал даже не присяжный, а частный поверенный откуда-то из западных губерний. Тот человек, не очень грамотный, не очень квалифицированный, сказал несколько слов. Он сказал: «Господа сенаторы, я не могу тягаться с господином адвокатом. Я только одно хочу сказать: по-моему, так: ежели что чужое взял, так отдай». И он выиграл процесс. Почему? Потому что судьи были хорошие. Это было начало XX в. И мы представляем себе, что за судьи, что за юристы тогда заседали в Кассационном департаменте Правительствующего Сената.

Это первое, а второе — дело в законодательстве. Если законодательство достаточно развито, никаким красноречием, никаким профессиональным умением вы не сможете подвинуть судей на ущемление прав вашего процессуального противника. Имеют значение и процессуальные гарантии — в частности, распределение бремени доказывания. Законом РФ «О защите прав потребителей», к примеру, бремя доказывания возложено на сильную сторону.

Л.В. ГОЛОВКО: Что касается состязательности, то хотелось бы обратить внимание через призму этого процессуального принципа на некую более глобальную проблему, потому что мы, наверное, собрались здесь не только для того, чтобы радоваться по поводу наших достижений, но прежде всего обращать внимание на просчеты и болевые моменты — на те деформации правовой системы, которые имеют место. Проблема с пониманием состязательности — характерный пример. Слабым местом, скажем так, всех постсоветских правовых систем является смешение правоприменительной деятельности и деятельности социальной. Здесь надо просто-напросто отдавать себе отчет, что собственно право не может решить все социальные проблемы. Более того, оно и не должно их решать (если не иметь, конечно, в виду право социального обеспечения как специальную отрасль права).

Вернемся к той же состязательности. В любом процессе всегда будет какая-то сторона, которая более слаба (технически, физически, материально и т.д.). И, безусловно, любое цивилизованное государство

должно вести работу по социальной поддержке слабой стороны — малоимущих, несовершеннолетних, больных и т.д. Но должно оно вести такого рода социальную работу не теми методами, которыми она велась у нас всегда и которые для постсоветских государств, включая Россию, стали традиционными. Я имею в виду переложение социальной функции на правоприменителя. Социальная функция должна быть функцией не дополнительной для правоприменителя, а специальной — возложенной на иные органы и службы, которые должны создаваться и финансироваться государством. В этом смысле государство обязано создавать социальные службы, финансировать доступ к правосудию, финансировать юридическую помощь, причем финансировать опять-таки из бюджета, а не за счет адвокатов (возлагая на них дополнительное бремя и требуя от них некоего альтруизма).

Здесь должна иметь место определенная воля государства — сэкономить на каких-то очередных «потемкинских деревнях», истратив эти деньги на социальную помощь, в том числе слабой стороне процесса. И этим выровнять саму ситуацию — сделать ту же состязательность не формально провозглашенной, а социально достижимой. Вот здесь все абсолютно катастрофично, поскольку любые разговоры о социальных функциях, в том числе в области правосудия, упираются в то, что рано или поздно эти функции перекладываются либо на полицейского (милиционера), либо на судью, либо на адвоката, либо на кого-то еще. Это первый момент.

Но отсюда вытекает вторая и даже более глобальная проблема, связанная с борьбой с преступностью. Эта борьба конечно же должна вестись, однако репрессивную функцию, которая также неизбежно имеет социальные последствия, нельзя смешивать с функцией собственно социальной. Приведу характерный пример. Я не думаю, что раскрою какой-то большой секрет, если скажу, что как раз в эти дни идет обсуждение по этой проблеме в Казахстане. Парламент там подготовил (мне просто пришлось немножко как эксперту поучаствовать) большой закон о профилактике правонарушений. Закон задумывался как абсолютно социальный (социальная профилактика преступности), а оказался... абсолютно репрессивным. Вот и возникло элементарное недопонимание. Потому что когда, скажем, эксперты читают закон, то они говорят: «Да здесь сплошные репрессивные нормы». Иначе говоря, там вся профилактика сводится к тому, что есть УК, есть Кодекс об административных правонарушениях, есть МВД, осуществляющее в целях «профилактики» уголовное преследование и привлечение к административной ответственности, и т.д. А где, собственно, профилактика-то?

Где социальная деятельность государства? Где социальная поддержка потенциальных жертв правонарушений? Этого нет! В то же время представители законодательной власти, рассуждающие, так сказать, в очень близком нам духе, говорят: «Ну, мы же исходим из лучших побуждений. Мы хотим, чтобы полицейский не только карал, но и занимался социальной профилактикой...» Да нет, это совершенно разные функции! Есть функция социальная, есть функция репрессивная, есть функция правоприменительная. И пока здесь не будет четкой функциональной логики, пока не будет отделения друг от друга социальных, правоприменительных и репрессивных функций, пока не будет реальной воли государства истратить определенные реальные деньги на социальную функцию, а будет лишь желание переложить ее на кого-то иного (полицейского, судью, адвоката и т.д.) и отчитаться, что в социальном плане у нас все замечательно, то, наверное, ничего хорошего нас не ждет.

Поэтому состязательность и защита слабой стороны совершенно непротиворечивые вещи! Состязательность должна быть обеспечена, однако если одна из сторон «слаба», то ей надо оказывать социальную поддержку «извне», т.е. с помощью социальных служб, а не «изнутри» процесса (с помощью суда). Причем речь должна идти не об уравнительном оказании социальной помощи, а о ее оказании тем, кто в ней действительно нуждается. Если твой уровень доходов не соответствует какому-то минимуму, то должны быть определенные процедуры получения социальной помощи, позволяющие финансировать помощь юридическую (того же адвоката). В сравнительно-правовом плане есть отработанные механизмы. Наверное, надо идти именно по этому пути, не ломая процессуальной логики и не ставя под сомнение принцип состязательности.

И последний момент. Есть еще один аспект, в котором мы также колоссально отстали. Если где-то и должна проявляться социальная роль суда, то она должна проявляться при индивидуализации наказания, индивидуализации уголовной репрессии, включая возможность отказа от нее. У нас же у суда просто-напросто нет процессуальных и институциональных средств заниматься подлинной индивидуализацией наказания. Здесь действительно необходимы специальные социальные службы при судах — службы пробации или иные механизмы, позволяющие суду получать исчерпывающие данные о личности обвиняемого, позволяющие изучать его личность, причем изучать не формально. В этом направлении нужно вести работу, и в каком-то смысле, косвенно, суд будет участвовать тогда и в профилактике преступлений, но участвовать опять-таки косвенно, поскольку сам суд как таковой социальной службой не является. Надо принципиально

Верховенство права

отделить правоприменительную деятельность от деятельности социальной. Иначе мы будем постоянно ходить по замкнутому кругу.

Ю.В. УРОЖАЕВА: Мы, экономисты, на суд смотрим, вы извините, как на субъекта, предоставляющего услуги. Совершенно определенные услуги, услуги правосудия в идеале. К сожалению, конечно, это не так. И когда мы смотрим на суд как на орган, который предоставляет определенные услуги, мы должны подумать о потребителях. Эти пользователи суда обозначены: бандиты, крупный бизнес, средний бизнес, мелкий бизнес, частные лица. Они очень по-разному пользуются судом! Вот когда у нас люди начнут судиться с энергокомпаниями за то, что им перевыставили счет, возможно, это будет гораздо больший шаг, чем, когда мы прижмем опять какого-нибудь крупного бизнесмена. И мне кажется, в этом смысле мне очень сложно говорить, но одна из вещей, которую экономисты стараются всегда подчеркнуть, — это механизмы. Да, как вы это делаете? Возможно, какие-то образовательные вещи, какие-то информационные вещи будут иметь гораздо больший эффект, нежели очередное изменение законодательства.

И вторая вещь, которая меня, честно говоря, немного напугала как представителя либеральной экономической мысли, — это навешивание социальных функций на собственников. Я объясню почему. Потому что «гладко на бумаге, да забыла про овраги» — так это сейчас понимается. Если вы хотите в кризис сократить занятость, что является адекватной реакцией бизнеса во всем мире, к вам приходят прокурор и представитель Президента в округе. Что делает бизнес? Бизнес все равно будет выкручиваться, потому что ему надо сокращать занятость. Второй пример короткий. Менеджеры предприятия приходили и говорили, что у них очень большая занятость, поэтому им срочно надо давать деньги. И вот в первый период кризиса, октябрь — ноябрь, раздавались средства. А знаете, на что шли эти деньги? На бонусы менеджерам. Более того, необходимость в оборотном капитале таких предприятий увеличилась в три раза. Поэтому, мне кажется, с этим надо обращаться очень и очень аккуратно. Идеалы будут достигаться в конкретных, тонких механизмах. Потому что, если опять пойдет изменение законов, в кризис это особенно опасно. То, что мы сейчас наблюдаем в Пикалево, — это просто катастрофа, как мне кажется.

В.В. КЛЮВГАНТ: Ну, конечно, безусловно, всегда были проблемы с судом, и если бы это было не так, наверное, в самых древних священных книгах не появилась бы фраза о том, что есть суд и над судьями.

Она же неспроста появилась, там ни одной буквы лишней нет, как мы знаем, в этих книгах. Вот поэтому вопрос, конечно, не в этом, а, наверное, в масштабах бедствия, которые в разные периоды все-таки бывают разными. Я не стал бы говорить о том, что не работает в современной России судебная система, она работает. Безусловно, она есть, и титанические усилия для этого приложены. Вряд ли кто-то может по-серьезному в этом сегодня сомневаться. Но при всем этом также не вызывает сомнения, что есть в этой системе такие лагуны, где нужна не просто терапия и даже не просто хирургия, где нужна медицина катастроф. К большому сожалению, без всякого удовольствия приходится об этом говорить, очень печально это, это там, где возникают спор с государством или преследование со стороны государства. Вот такая реалья сегодняшнего дня, она нам, думаю, никому не нравится. Ну, кроме тех, может быть, кто исповедует принцип: чем хуже — тем лучше. Я уверен, что среди людей, сидящих за этим столом, нет сторонников такого принципа.

К сожалению, это так, вот почему падает сегодня доверие к судам наряду с, безусловно, высоким спросом на то, что, если хотите, назовем услугами. В социальном плане это, может быть, и правильно. У нас государство в лице всех властей в принципе услуги оказывает населению. По большому счету, наверное, это так, но спрос велик, это правда. И почему наряду с этим падает доверие к суду как к институту? Только ли потому, что пропаганда куда-то не туда идет, хотя, наверное, как и во всем, у нас без перегибов не обходится и кампанейщины, но Иван Андреевич Крылов сказал давно: «нечего на зеркало-то пенять» на самом деле как на первопричину. Все-таки, наверное, есть проблемы серьезные и изнутри.

И вот я бы хотел затронуть тему состязательности, без которой ну как обойтись практикующему юристу, адвокату, да еще и в том деле, которое было упомянуто? Вот в каком аспекте предложить обдумать: а всегда ли критерием слабой стороны является только материальный критерий? С этим критерием ну хоть как-то понятно, что делать. Вот, например, Леонид Витальевич, на мой взгляд, очень правильно сказал о тех мерах, которые в принципе для преодоления этого социального неравенства должны осуществляться. Не для преодоления — невозможная задача, а хотя бы для уменьшения разрыва, да? А вот когда государство — сторона? А государство у нас вообще умеет быть стороной? А равноправной стороной оно умеет у нас быть, государство? В гражданском ли суде, допустим, в налоговом споре. В уголовном ли судопроизводстве, где оно является стороной преследующей. И если я

Верховенство права

правильно понимаю, боюсь получить двойку по уголовному процессу, но равноправие сторон — это неотъемлемая часть в моем понимании принципа состязательности. И суд обязан помогать слабой стороне. Будь то гражданский процесс, будь то уголовный.

Так вот, может быть, имеет смысл подумать и в этом направлении над принципом состязательности и практикой его реализации в нашем современном судопроизводстве. Потому что, к большому сожалению, состязаться представители государства, уполномоченные, выступающие от имени государства в наших судах, по большому счету не только не очень хотят, но и не очень умеют. И используется в качестве альтернативы этому другой ресурс, тот, о котором здесь тоже говорил уважаемый Владимир Ильич. А это такой смешанный, на мой взгляд, административно-коррупционный ресурс, потому что сегодня бандиту совсем не обязательно идти к судье и оказывать на судью в каких-то формах давление. Ведь у нас сегодня есть вертикаль определенная, да, иногда с издержками. И воздействие на судью того же самого бандита может иметь место и не напрямую, а через каких-то доблестных представителей исполнительной власти, которые одновременно могут быть и бандитами, чего примеров мы видим во множестве, или как-то еще подобным образом. Ну, это реалии нашей жизни.

Поэтому когда мы говорим об уровне коррупции во взаимосвязи со всей этой проблематикой, нам нужно помнить, наверное, что коррупция существует не только в прямых формах, когда конвертики несут судье или поросеночка, что, наверное, происходит не так часто, как описывали классики XIX в. или думают несведущие представители широкой общественности. И если сопоставить вот это с той самой самоцензурой, которая здесь была уже упомянута, когда судья понимает, от кого он зависит реально в этой жизни. Просто как человек и как судья, занимающий эту должность судейскую. И еще к этому прибавить и сопоставить те источники формирования судейского корпуса, которые сегодня являются превалирующими. Ведь сегодня нельзя стать судьей практически, ну, почти нельзя. Есть исключения, подтверждающие правило, но сегодня нельзя стать судьей, если ты не следователь, прокурор либо не секретарь судебного заседания или помощник судьи. Ну, вот сколько адвокатов стали судьями, например, за последнее время, новейшее? Конечно, эта цифра такая, которая является исключением, а исключение, как мы знаем, только подтверждает правило. Может быть, в этом смысле не столько корпоративность судейского корпуса является проблемой, сколько вот эта вся комплексная ситуация, которая и определяет тот уровень справедливости во многом, а значит,

и правосудия. А значит, и качества той услуги, если мы пользуемся этой терминологией, особенно в тех случаях, когда вот этой самой сильной стороной является государство, а соответственно любой другой участник судопроизводства, который против государства, по определению становится стороной слабой. Это совершенно не зависит от его материального положения, поверьте. Вот никак не зависит!

В.М. ЖУИКОВ: Два наблюдения моих, которые в последние годы мне являют все больше и больше примеров и подтверждений. Они, может быть, звучат очень пессимистически (я не хочу сказать, что я очень хорошо информированный оптимист, но слегка информированный), но тоже дают мне основание несколько скептически и пессимистически смотреть на многие наши весьма положительные вещи. Так вот, первое наблюдение, оно всем хорошо известно из философии, что все самое положительное несет с собой и недостатки. Древние наши еще говорили: «Все самое совершенное имеет недостатки». Но сейчас у нас, в наше последнее время, эти недостатки довольно часто начинают превалировать и над достоинствами. Ну, и второе наблюдение, что нам все чаще и чаще приходится выбирать не между «хорошим» и «очень хорошим», а между «плохим» и «очень плохим». И вот в связи с этим я приведу несколько примеров, уже к нашей теме близких.

Вот, допустим, с судом. В 90-е годы статус суда возвысили кардинальнейшим образом. В результате этой судебной реформы. За тысячелетнюю историю нашего государства суд такими полномочиями никогда не обладал. Даже после реформы 1864 г., которая касалась судебной власти. Тогда суд был связан с властью. При императоре. Полномочия суда, гарантии независимости юридические — одни из самых высочайших в мире, а может быть, даже самые высокие. Хотя в последнее время их пытаются снизить. Я подчеркиваю, юридические гарантии независимости. Суд стал решать огромной важности вопросы. В арбитражных судах колоссальные деньги, огромный капитал в основном превалируют. В судах общей юрисдикции вопросы власти очень часто решаются в делах о защите избирательных прав граждан, формировании органов местного самоуправления, органов власти в субъектах Российской Федерации, в Думе и т.д. Отсюда что? Появляется потребность вмешательства в судебную деятельность, потребность управлять со всех сторон, как вы говорили, и у бандитов, и у предпринимателей, и у частных лиц, но больше всего потребность у других ветвей власти. Для меня вот это более опасно.

Я в судебной системе судов общей юрисдикции проработал долго, и вот там, я замечаю, не коррупция большую опасность представляет,

а вмешательство власти — с тем чтобы принудить суды принять то или иное выгодное для кого-то решение. Я знаю немало дел, просто потрясающе незаконные решения, очевидные для студента, и я знаю, что абсолютно никаких денег не было.

Потребность огромная во вмешательстве, и поэтому мы переживаем все то, что сейчас переживаем. Конечно же вмешательство в судебную деятельность колоссальное. Отсюда и все разговоры, которые начались в прошлом году, что нужно судебную реформу завершить и завершить ее тем, чтобы создать по-настоящему независимый суд. Независимый от вмешательства, я говорю. Суд зависим только от права. Может быть, с моей точки зрения, суд один из самых зависимых. Потому что он не может вытворять все, что он хочет. Он может творить право, создавать право, решать, защищать права, но он должен быть независимым от вмешательства и от принуждения к тому, чтобы принимать неправовые решения.

Дальше, что касается борьбы с коррупцией. Я жду, как от многих кампаний, которые проводились в советские времена, свидетелем которых я был, что опять могут быть неблагоприятные последствия. Сейчас, может быть, количество посаженных будет определять эффективность борьбы с коррупцией, как это чаще всего делается. Но есть еще одно! Правильное совершенно явление. Одним из способов борьбы с коррупцией является ограничение возможностей усмотрения для должностных лиц. Конечно, чтобы у него не было вариантов неограниченного выбора, чтобы он мог красное выбрать, зеленое, белое и т.д., да? Это правильно! Но сейчас говорят, что надо ограничить и возможность усмотрения суда. Судебные усмотрения. Вы знаете, это же фундаментальное положение, с древних времен существует право судебного усмотрения. Выбрать из нескольких вариантов один. Потому что закон, как вы прекрасно знаете, не может урегулировать все конкретные ситуации совершенно четким образом. Хорошо это будет или плохо? Судебное усмотрение — плохо. Несет много отрицательного, потому что допускает возможность произвольного, неправового усмотрения. А если его не будет, будет еще хуже.

Сейчас мы говорили о состязательности, немного из другой области, но примерно того же самого направления. У нас два вида процессов было: инквизиционный так называемый и состязательный. До недавних времен, до 1995 г., пока Гражданско-процессуальный кодекс не изменился, был так называемый инквизиционный процесс. Я много участвовал в нем, работая в народном суде, в районном суде, в городском суде. Ну, не эффективен он был. Суд стоял в положении тяжелейшем, когда он был обязан что-то сделать и не мог. Огромные злоупотребления

правами сторон. Сейчас состязательный процесс. Может быть, в чем-то мы перегнули. Хотя я в общем-то не вижу этого в гражданском процессе, в уголовном я не берусь судить. Может быть, в чем-то, но, по-моему, суд сейчас весьма определен в своих правах. У него есть и обязанности. Он должен организовать процесс. Он должен рассказать сторонам, кто в соответствии с законом что должен доказывать. Он должен оказать им содействие в истребовании доказательств. И он должен сам, на основании норм материального права, разрешить спор независимо от того, на какую норму закона стороны ссылаются. Это весьма эффективно, на мой взгляд, разумно распределены эти обязанности. Я думаю, что мы выбрали все же лучшее направление, тем более что о принципе состязательности написано в ст. 123 Конституции РФ.

А. Г. ФЕДОТОВ: У меня родился совершенно крамольный, наверное, для адвоката и в чем-то непозволительный вопрос. Вот мы говорим о том, что есть плохие судебные решения, очень плохие судебные решения и совсем нехорошие судебные решения. И при этом, насколько я знаю, у нас нормы УК о заведомо незаконном возбуждении уголовного дела и вынесении заведомо неправосудного решения — мертвые. Так у меня вопрос к коллегам: а не пора ли их сделать живыми?

В. М. ЖУЙКОВ: Для меня это больной вопрос. Заведомо неправосудные решения! Я просто участвовал в рассмотрении некоторых уголовных дел, когда работал в суде. В Президиуме Верховного Суда. Доходили эти дела. Рассматривали дела о привлечении судей к уголовной ответственности. Вы понимаете? Ведь надо доказать, что он знал, что выносит заведомо незаконное решение. Доказать!

Так вот, я в связи с этим вспоминаю. Книга у нас издана «Английское право». Лорд Денинг говорил: «Судья не должен дрожащими от страха пальцами перелистывать страницы своих книг, думая, что со мной будет, если я сделаю так или я сделаю так. До тех пор пока судья убежден, что он действует правильно, он не должен нести никакую ответственность». И я дальше уже параллель провожу, вот я о врачах говорил: если хирург будет делать операцию, а над ним будет стоять палач и говорить: «Если ты угробишь больного, я тебе отрублю голову или руку». Сделает он эту операцию? То же самое, если судья будет бояться, что с ним будет, посадят его, или не посадят, или выгонят с работы, или не выгонят с работы, рассматривая дело, он никогда не будет независимым. Никогда! Это еще опаснее! Это как раз мы опять выбираем худшее из того, что хуже. И так судью можно запугать.

Верховенство права

Это опять-таки следствия пресловутой борьбы за чистоту рядов, которая иногда напоминает деятельность святой инквизиции: не «очистимся», а «кто останется»? Это должно работать как тонкий инструмент. Не должны нечестные, непорядочные и беспринципные люди работать в судах. От них надо действительно освобождаться. Но ведь, как говорится, рыба гниет с головы, а чистят-то ее с хвоста всегда. Почему-то вот так. А голова так и остается.

Л.М. ГРИГОРЬЕВ: Как говаривал Остап Ибрагимович Бендер своему подзащитному Корейко, большинство крупных состояний нажито «нечестным путем». Современники масштабной приватизации обречены на долгие обсуждения степени и масштабов «честности» в этом процессе. Для нас (экономистов) успех приватизации лежит не в справедливости. К сожалению, она недостижима! Приемлемым результатом массовой приватизации были бы добросовестный эффективный хозяин, умеренное (европейское) неравенство, легитимность собственности в глазах граждан и устойчивость прав собственности внутри бизнеса и между бизнесом и государством. И сразу надо признать: нет какой-либо внятной экономической теории, которая позволила бы спланировать, реализовать и оценить эффективность массовой приватизации.

Сдвиги в характере собственности в последние два десятилетия не происходят в однородном пространстве. В мире существуют достаточно различимые экономистами и, видимо, в правовом отношении три системы собственности: это англосаксонская, европейская континентальная и азиатские вариации, где гораздо ббльшая роль неформальных институтов, где огромная роль взаимных владений. Мы шли от континентального права через англосаксонскую приватизацию с азиатскими традициями и выработали достаточно сложный собственный гибрид. Попытка привнести в нашу континентальную правовую систему, насколько я понимаю, комплекс англосаксонских элементов была в значительной мере оторвана от реальности. Появились конфликты, и фактически англосаксонская идея была применена для того, чтобы раскатать старую собственность, но поскольку ни нравы, ни традиции, ни психика населения, властей и собственников не были англосаксонскими, то получился жуткий гибрид всех трех моделей. Он не определен в чистом виде.

Нет работы, где бы четко сказали: вот это так, а это так. Это, кстати, можно еще сделать, и, наверное, это потребовало бы и работы юристов, а не только экономистов. Например, у нас существует термин, который был введен мною, «квазискрытый» собственник, т.е. собственник,

которого все знают по имени, его видят, он принимает решения, он увольняет и назначает, он продает и покупает. Но формально он скрыт за оффшорными счетами и его на собрании акционеров представляет юрист. Приходит юрист с восемью доверенностями, потому что нужно, чтобы было меньше чем на 10% каждая, и предъявляет 75 плюс один процент владения, т.е. полный контроль. Простой пример: они все зарубежные, в ряде крупных компаний я знаю прямых собственников, которые являются не президентами, а советниками президента, они спрятались таким образом. Этот «квазискрытый» собственник — это совершенно другой менталитет, другое целеполагание, в образцах из англосаксонской ли, континентальной ли систем при нашей приватизации.

Возвращаясь к экономистам, напомним, что у вас другая правовая система, другое целеполагание собственника, другой тип *corporate governance*, не *corporate management*, а *corporate governance*, у нас в России при переводе это перепутали, и нужно быть очень осторожным, потому что экономисты в этом запутались... и, если экономист подчеркивает корпоративное управление, он тем самым — вольно или невольно — прячет проблемы собственности и корпоративного контроля от изучения.

Тип *corporate governance* определяет, кто на самом деле владеет, зачем владеет, что он с этим делает, — в этом проблема. Российской гибрид дает «квазискрытого» собственника, это для крупной собственности ключевой момент, — он так спрячется от властей. Мы знаем несколько случаев, когда предпринимались экстраординарные усилия на уровне всего государства, чтобы отнять собственность у одного, чтобы потом спрятать.

Второе, при системном перевороте собственности возникает проблема скорости и качества передачи прав. Но это ложная проблема, это тоже способ прикрытия отсутствия целеполагания и методов достижения реальных целей. Если приватизация не решает ключевых проблем, то скорость не помогает. Приватизация может быть прагматической, но вы не можете полностью проигнорировать социальные факторы, потому что у вас потом возникает проблема легитимности, люди ее не принимают, если их обманули или они верят, что их обманули.

Одна из причин слабости прав собственности — кто и зачем эту собственность раздавал. Существует работа 2000 г., делали двое экономистов из Европы, которые много работали в России, она называется «макиавеллевская приватизация». Сделана на опыте шести приватизации, но там нет российской. Если у вас есть первое ощущение: макиавеллевская приватизация — это наша, то нет. Очень интересно, там взяты две чилийские, две французские, одна чешская и английская. Почему

приватизации эти маккиавелевские? Они проводились политическими партиями правительства в интересах собственных сторонников и собственного электората под выборы со сложной системой предпочтений для своего электората. В этом смысле они маккиавелевские. Пять успешных — и только французы один раз не проголосовали за тех, кто давал им собственность, кто их подкармливал, остальные проголосовали, как было задумано.

Есть понятие бизнес-цикла, когда правительство накачивает деньги перед кризисом, создает отложенную инфляцию, так называемый бизнес-цикл с политическими причинами. Это то же самое, что и у нас. Про российскую приватизацию писали люди, которые работали над российской приватизацией, у них есть работа по этой тематике, и они не включили Россию в модель, потому что ее невозможно включить. Выясняется, что правительство действовало против интересов своего электората. Тот электорат, который мог поддержать то прорыночное правительство, не получил ничего при приватизации. Принципиально важно, что она была проведена против интересов потенциального среднего класса и интеллигенции, которые поддерживали рыночные и демократические преобразования.

Единственное, за что в теории как-то можно зацепиться при проведении приватизации, это — а каковы ее цели? Цели правительств обычно очень просты: большинство приватизации, особенно латиноамериканские в 90-х годах, имели целью сокращение расходов на убыточные госкорпорации и получение доходов в бюджет. Это 30—50 млрд долл. выручки в бюджет в ведущих странах. Напомню, что вся российская приватизация в размере 50 тыс. предприятий принесла валовой выручки 7 или 8 млрд долл. по официальной статистике при пересчете тех рублей по тому курсу. Чтобы совсем было понятно господам юристам, а также наблюдателям из-за рубежа, доходы российского правительства от приватизации меньше расходов российского правительства на содержание Министерства приватизации за тот период. Это было убыточное мероприятие для Минфина! При этом Бразилия и Аргентина продали всего по 20—30 предприятий.

Итак, первая цель была — это избавиться от неэффективных госкомпаний, которые приносят убытки в бюджет, т.е. освободить бюджет, т.е. такая непосредственная цель Минфина — избавиться от расходов. Вторая цель — поднять эффективность. Госкорпорации всегда обрастают охранниками, племянниками, но это общеизвестно, и поэтому эффективность очень низкая, хотя если брать системные большие приватизации, пускай в Латинской Америке, телефонизация прошла

замечательно, очень хороший результат приватизации, электричество — более или менее, водоснабжение не пошло (там много бедных — при большом неравенстве приватизация воды привела к бунтам в Латинской Америке). Пяток стран немедленно вписали в конституцию запрет на приватизацию воды, потому что бедные не могут платить.

При системной приватизации выбор разумной смеси целей и методов — это всегда колоссальная проблема, вы должны учитывать структуру населения, характер трансформации. Бюджет, эффективность — ну, какие-то подачки на предприятиях, какая-то социальная справедливость через ваучеры на предприятиях. Ваучеры изобретены в Англии, они раздавались в размере до 3% при Тэтчер рабочим, чтобы те получили что-то в руки и не бунтовали. Сейчас то же самое Обама делает на «Дженерал Моторз»: они отдают профсоюзу 40% бумаг в обмен на снижение заработной платы, увольнения, потом они будут стоить дорого, и тогда их владельцам будет хорошо.

Ваучер — это всегда была как бы взятка трудящимся при приватизации, но не метод распределения. Никогда до нашей приватизации, до 90-х годов, никогда ваучерная система как основной метод нигде не применялась. Как метод системной приватизации это оказалось изобретенным полностью для нас. То есть изобретено было поляками, которые оказались умнее нас и не стали его применять. Чешскую приватизацию даже не будем рассматривать сейчас (если хотите, расскажу отдельно), она к нам никакого отношения не имеет, кроме слова «ваучер». Это вообще другое животное, это компьютерная игра с нулевой суммой, там все замкнуто, это вообще не к нам.

Теперь единственное, за что теоретически можно зацепиться, это теорема Нобелевского лауреата Коуза (теорема 30-х годов). Смысл приватизации — это, конечно, передача госимущества эффективному собственнику, но это несправедливо по отношению к массе населения, это несправедливо по отношению к рабочим на предприятии, это несправедливо вообще ни в каком смысле. Однако это попытка создать работающую систему при серьезном хозяине. Если в результате приватизации не появляется эффективный хозяин, то она провалилась, безотносительно к чему бы то ни было. Единственный разумный критерий приватизации — должен быть эффективный хозяин, который принимает разумные решения и не грабит эту собственность: инвестирует, занимает, ведет нормальную хозяйственную деятельность, тем самым создает экономику страны. При этом желательно, чтобы у него не было правовых конфликтов по приватизации с властями и с населением по легитимности. И тогда постепенно мы входим в систему,

которая работает. Нам, по моим подсчетам, забегая вперед, потребуется еще поколение, чтобы войти в это состояние, поскольку мы провели приватизацию крайне неудачно. И вот теперь к теореме Коуза.

Теорема Коуза сформулирована этим великим человеком (он, кстати, жив — ему 94 года). А написал он ее скорее всего в 1938 г. Великий человек написал довольно невнятно главную фразу, на которой стоит вся теория приватизации и несколько Нобелевских премий. Звучит примерно так: при низких транзакционных издержках передачи собственности, ее начальное распределение не так важно. На одной невнятной фразе стоит надежда: если у вас низкие транзакционные издержки, то не важно, как вы приватизировались, потому что если низкие транзакционные издержки передачи собственности, собственники быстро будут меняться, и все утрясется. Беда в том, что этой легкости почти нигде нет — максимально легко передавать собственность у англосаксов. Предположение, что в России будет легко выкупить собственность, было неверным и ни на чем не основанным.

Но вот за эту фразу зацепились, и все 90-е годы сторонники простой и быстрой приватизации в России говорили, что «низкие издержки — это все равно как приватизируем. Мы все равно приватизируем, потом все будет хорошо, само собой утрясется». Но это же при низких транзакционных издержках! А кто сказал, что при приватизации появляется собственник, который легко отдаст? Я не нашел никакой осмысленной цитаты из Чубайса вообще, кроме признания, что его не любят, но она носит политический характер, а не экономический. Но есть прелестные цитаты из тех, кто ее обосновывал (это Е. Гайдар, В. Мау и М. Бойко), которые внятно писали, что они проводили приватизацию из политических соображений, т.е. она использовалась для борьбы с коммунизмом. Но если вы проводите приватизацию не из экономических, а из других соображений, для других целей и другими методами, то появляющаяся экономическая система имеет какие-то параметры, лежащие в рамках совершенно другого типа мышления, методов, целей, инструментов.

Так и получилось: мы можем любить эту приватизацию, кто-то из наших родственников может на ней нажить — это совершенно не имеет отношения к ее оценке. Приватизация, проводившаяся у нас, не имеет никакого отношения к истории приватизации, к сложившимся историческим методам ее, не имеет и большого отношения к целям приватизации, что признают те, кто ее изобрел и проводил (ее идеологи), и не имеет отношения к фиксации прав собственности, к их закреплению при легализации собственности. Тем более после истории

коммунизма в три четверти века эту проблему принципиально надо было решить: создать хозяина, чтобы при этом еще на него бы никто не покушался и он знал, что если он работает, инвестирует, то у него не отнимут эту собственность и этот доход. Вместо этого сделали нечто противоположное.

У нас ослабили максимально способ передачи собственности: тот, кто ее получал, не имел гарантий на сохранность, но и не имел долгов, обязательств. Что там еще произошло существенного в этом процессе? Это передача, собственно, по оценке, близкой к нулю. Нобелевский лауреат Джеймс Тобин придумал *Q-ratio* — это отношение рыночной стоимости актива (обычно фирмы) к балансовой стоимости (в которой взята воспроизводственная стоимость основного капитала), т.е. как бы попытка мерить рыночную стоимость в сравнении с «настоящей стоимостью» фирмы, и это измерение колеблется, естественно, от нуля до единицы.

Значит, передача прошла по нулям, т.е. когда у вас рыночная оценка передачи нулевая. Но знаменатель какой-то есть, даже самый плохой активчик, когда экономический подъем его рано или поздно поднимет, возникает простая проблема: зачем вам вести нормальную хозяйственную деятельность, когда вы можете ждать небольшой подъем и потом перепродать? И начинается перепродажа, бесконечная или хотя бы на лишние 10 лет.

Только когда *Q-ratio* восстанавливается более или менее разумно в рыночных условиях, только тогда появляется стимул к ведению нормальной хозяйственной деятельности. Поэтому передача стоимости бессмысленна с точки зрения хозяина, потому что рациональное поведение человека, получившего актив даром, — это поведение не стратегического инвестора, а портфельного — это портфельный актив, который можно перепродавать. Это совершенно другая стратегия жизни, совершенно другой тип собственности.

Итак, неправильное прочтение теоремы Коуза отчасти было задано идеологическим обоснованием простоты передачи. Потом все тексты 1993—1995 гг. (конца приватизации) состояли в следующем, там одна фраза ключевая: «Внешние инвесторы сейчас все купят у внутренних — все будет хорошо». Ничего похожего не произошло. Кстати, все цифры снижения доли внутренних инвесторов в пользу внешних — это вранье. Вранье очень простое, потому что это просто переводилась собственность внутренних директоров на оффшоры. То есть это формально внешние инвесторы, но это оффшоры, это те же самые люди, это «квазискрытый» собственник.

Верховенство права

Кроме того, в условиях неустойчивости свою отрицательную роль сыграл «блокирующий пакет». Я уже лет пять предлагаю отменить блокирующий пакет «25+1», потому что это делает контрольным пакет в 75%. В результате у нас на бирже теоретически не обращается больше 20% акций. Если в западных крупных компаниях контрольный пакет — 5%, 7%, 10%, американская статистика фиксирует полный контроль при 10%. У нас меньше 75% — это не контроль, ты все время связан, и весь подъем двухтысячных годов связан с тем, что крупные компании занимались выкупом, чтобы набрать 75%, потому что перепродавая между оффшорами наши компании, вы должны были продать 75%. Поэтому все эти наши большие поглощения двухтысячных годов — это, во-первых, оффшорные операции, деньги не приходили в страну, во-вторых, это обязательно 75%, так как продать можно только полный контроль, иначе это бессмысленно.

Дальше, существует теория дискретных альтернатив. Вот какая же была альтернатива в начале российской приватизации? Реальной угрозой была альтернатива югославская, т.е. раздача предприятий народу, и с этим боролись. Действительно было тяжело, и был выбор практически между раздачей и обычной приватизацией. Последняя болезненна, мучительна, каждый второй министр приватизации идет в тюрьму и три из четырех его заместителей должны идти в тюрьму, потому что что-то у них будет не так, политические карьеры рушатся, т.е. сумасшедший дом какой-то. Третья альтернатива, ваучерная. Она совершенно искусственная, она применена всего в нескольких странах, это точно зигзаг с магистрали, с 1995 г., поэкспериментировав на нас, ее больше никто нигде не применяет. Это полностью зигзаг истории.

Приватизация — это всегда грязь, огромный доход «не тех» и мучения, альтернатива — раздать народу, но понятно, что это не работает. Основная борьба была с этой основной альтернативой. Но вместо того, чтобы бороться, как-то мучиться с этой альтернативой, придумали третью, но этой третьей, ваучерной, не существовало ранее как системной приватизации. В докладе Мирового банка 1995 г., была дана табличка, кто как проводил приватизацию. В ваучерных списках есть Эстония, Монголия и другие страны, а есть колонка инсайдерских приватизации, и вот там стоит Россия. Уже в 1995 г. Мировой банк признал нас инсайдерскими, а не ваучерными, и объясню почему.

Сотрудники Мирового банка правильно понимали нереалистичность ваучерной приватизации: они хорошие специалисты и они были против ваучерной приватизации. И в июле 1992 г. была опубликована книжка Джона Неллиса с Кикери. Он, Неллис, — классный специалист,

и совместно было написано в конце («фишка» приватизации, инструкция такая Мирового банка): а вот появились идеи ваучерных и массовых, и это все от лукавого, осторожнее с этим, там такие-то и такие-то проблемы. Вот буквально в конце приписано полстранички. А в декабре 1992 г. Чубайс запрашивает займы: 90 млн у Мирового банка, 40 млн у ЕБРР — на приватизацию. В тексте займа на приватизацию — ни слова об институтах, ни слова о хозяевах, ни слова о контроле, только быстро — и ваучер.

Мировой банк принимает на себя ответственность за это дело. Все эти специалисты в Мировом банке, которые считают это ерундой, прячутся на 4–5 лет, и как только начинается разборка материала, уже в 1995 г. в тексте Мирового банка появляется: «Россия — это инсайдерская приватизация». Но инсайдерская — это совсем другая вещь и в мире считается приговором!

Что такое инсайдерская приватизация? Это и есть, когда передали не вполне легитимно, очень дешево, дали пограбить, захватить. У директоров было право распоряжения и пользования, и наконец, им дали получить и право владения, замкнули пучок. Потом вы не уверены — вы получаете на каких-то очень сомнительных основаниях имущество, и вы боитесь. В результате собственник, тот, кто получил это, первое, что он делает, — это прячет собственность за границу, прячется за оффшор.

Во-вторых, на всякий случай грабит все, что можно, и выделяет какие-то дополнительные заначки: в дупло сюда, в дупло туда... Каймановы, Германия, квартиры в Париже. Это еще надежнее, квартира в Париже — это всегда хорошо. Значит, он это прячет, ликвидность прячет. Он ничего не делает, он не инвестирует, а мы удивляемся, что у нас в 90-е годы не было роста. Но мы ведь поставили новых собственников в идиотское положение: когда если он начинает инвестировать из доходов предприятия, он становится объектом рейдерства. И этот процесс все никак не может остановиться, потому что если в обществе нет признания легитимности крупной собственности, то государство уже тут как тут.

У нас нет партий, которые за национализацию. Коммунисты полностью готовы жить с этим. У нас нет этой проблемы, это чисто гипотетическая борьба, если бы не желание использовать нелегитимность для захвата новыми индивидами. Нет никакого движения за пересмотр приватизации по большому счету, но при опросе все говорят так: «А вот если есть такой шанс, то мы с удовольствием, мы готовы», хотя никто не готов сам без прикрытия рискнуть. Новые собственники всегда

Верховенство права

проходят стадию баронов-грабителей, помните, тоже классика... Потом они становятся стационарными бандитами, но слово «бандит» я бы читал буквально, не только в теоретическом плане, что он перестал быть блуждающим бандитом, а стал стационарным. Поэтому новые собственники обычно в состоянии защитить свою собственность, естественно, если не происходит какого-то нового грандиозного кризиса. Но идет борьба между ними самими, появляются взаимные претензии. Если можно было 10 лет назад захватить собственность и пять лет назад можно было, то почему нельзя сейчас захватить собственность? У вас нет барьера легитимизации в праве. Политически у нас амнистия приватизации прошла, хотя через попытки получить дополнительные налоги все время где-то вылезает новый захват со стороны государства. Но в обществе ощущения легитимности нет, и поэтому новый собственник беззащитен. Вот и складывается такая странная обстановка неуверенности.

К концу недавнего подъема появились были признаки нормализации, поднялись оценки собственности и стало интересно инвестировать: жизнь все равно сильнее самой плохой приватизации, ну что ты с ней ни делай, жизнь сильнее. Рано или поздно постепенно мы построили здание на болоте. Ну, сыпется с него фронтоны, окна вылетают и двери перекошило, и все дискутируют, не починить ли двери или не починить ли крышу. Конечно, там проблема в фундаменте. Но постепенно осыпаются эти окна и двери, фундамент, и, как мы знаем, всякое болото постепенно обломками зданий засыпается, но только это занимает колоссальное количество времени, мучений, влечет потерю экономического роста и т.д. Вот мы находимся с вами в периоде засыпания болота обломками здания. Мы не успели засыпать болото, а приехали новые проблемы: кризис и попытки решить проблемы кризиса с помощью госкорпораций: вот хороший актив, если его включить, а от него получать доход да сюда перекинуть... Идет попытка за счет включения в госконгломераты рентабельных активов просубсидировать неэффективные виды деятельности или же те виды деятельности, которые обычно осуществляет государство, но у него нет на это денег.

Появляется угроза угробления доходов от рентабельных активов внутри таких конгломератов нерентабельными активами, ориентированными на какие-то другие цели. И возврат, конечно, социалки и патернализма, потому что приватизация — это жесткая вещь, в которой вы, конечно, еще сбрасываете с себя социалку: она должна рационализироваться, патернализм уходит, потом он возвращается снова в крупных компаниях, которые начинают заботиться о своих

кадрах уже совершенно из других соображений. Они защищают свой человеческий корпоративный капитал, то, что крупные корпорации называют социальной ответственностью, — это, конечно, никакая ни ответственность. Это жадность, нормальная деловая жадность, чтобы защитить свой капитал от утекания к конкурентам, к другим компаниям и т.д. Я создал это, но я тогда это держу в своих руках, не выпуская.

Теперь что у нас сейчас. Я не скажу здесь ничего нового, я думаю, что будет попытка приватизации активов, которые сейчас уходят государству во время мягкой национализации банковской системы и т.д. Государство сейчас использует три крупных банка: по существу два государственных и один «газпромский», хотя он формально ушел из «Газпрома» и принадлежит каким-то третьим лицам — «Газпромбанк»: их нагроулили огромным количеством плохих активов, плохих кредитов. Рано или поздно они должны будут это отдать, иначе они не выдержат. Я не думаю, что «Сбербанк» долго продержит «Опель». Он продержит его сколько-то там, кризис кончится, он его продаст.

Неизбежно начнется приватизация тех активов, которые государство или госбанки приобрели, плохих активов и разных, т.е. у нас будет приватизация очень скоро. Заниматься правилами, смыслом приватизации, ее целями и последствиями — как раз пора. Кончится кризис, обязательно будет приватизация, но она будет очень похожа на девяностые, т.е. доступ к этим активам будет избирательный и проводиться она будет по правилам: *«All animals are equal, but some animals are more equal, than others»*. Это будет обязательно, потому что это такая ситуация. Ничего удивительного — страна к этому привыкла. В книжке о приватизации, о которой упоминали, есть две главы о легитимности. Сильная - Капелюшникова, который очень хорошо показал, что в общем население этой страны реально не требует национализации. Что реально душит бизнес в условиях нашей жизни - это, конечно, азиатчина. Помните, было выражение «смесь французского с нижегородским». Вот смесь азиатского с англосаксонским — это тяжело. Когда финансовые рынки англосаксонские, кредиты вы можете получить так, вы можете получить эдак, вы можете туда, вы можете сюда, вы легко выводите деньги, вы легко вводите деньги, вы — контролер из-за рубежа. Внезапно здесь появляется капитал, весь он иностранный, защищенный иностранными юристами. А с другой стороны, это собственник вводит свой собственный капитал, который тем не менее перед этим еще надо вывести! Значит, это транзакционные издержки по выводу, транзакционные издержки по вводу!

Верховенство права

Но если по-честному, могу сказать единственное, что хуже коррупционной системы есть только коррупционная система, где исчезает коррупция и начинают выполняться законы. Конечно, это если при плохом законодательстве. Тогда наступает немедленно полный паралич, просто полный паралич! Потому что исчезает всякая смазка — и все! То есть нельзя уйти от коррупции просто так, даром, это тоже очень опасно. Индусы живут, смазывают все понемножку и смазывают, они же засняли министра обороны, получавшего взятку в 4000 долл. Но, с нашей точки зрения, 4000 долл. — это ужин с подругой.

У меня нет радикальной выстраданной программы реприватизации. В принципе я считаю, что мы провалились вообще с переходным периодом, провалили это дело. Хотя я сейчас опубликую все, что я тогда делал, и мне не стыдно: то, что я писал в 1990 г., и что сейчас, не сильно различается, во всяком случае по идеологии, хотя есть отличия по деталям и по размерам.

Теперь мы сидим около некоторого болота, и задачка должна ставиться так: вот у нас не решаются такие-то проблемы, вот такие-то пороки в системе собственности, правовой стабильности и т.д. Судебную часть я не трогаю, тут все знают это лучше меня. Как из всего этого выйти в более устойчивую, нормальную европейскую систему? Нам нужно перестать выступать с претензией, что мы англосаксы, а признать свою азиатскую природу и возвращаться в Европу потихонечку.

Еще один маленький момент. При трансформации мы скакнули из квазиэлитарного в бразильское общество. Помните страшную советскую коррупцию с нелегальной баней директора завода, «Жигулями» сыну, а дочку — в МГИМО... Это же ужас была какая коррупция, какие были гневные статьи по поводу бани, это же страшное дело! Теперь на самом деле, мы стали полем борьбы между азиатской и европейской коррупцией. Побеждают обе сразу!

Вы помните, что только недавно американцы «дожали» французов в ОЭСР, запретили списывать взятки на издержки. То есть ты можешь их платить, но и налоги заплати, т.е. рассматривай это как прибыль и заплати налоги! Потому что раньше все взятки всяким арабским принцам в европейской традиции списывались на издержки. Когда американцы стали давить в ОЭСР на Европу, европейцы говорили: «Ну, это наглость! Они делают то же самое, но только через оффшоры!» Но формально коррупции у них нет. Поэтому теперь пришла европейская коррупция, верховая коррупция.

Мы сделали, кстати, новую классификацию коррупции, аккуратненько, по субъектам-объектам... Там их четыре типа, потому что иначе

получается средняя температура по больнице. Нет просто коррупции — их четыре штуки. Причем три — это в одну сторону и четвертая — это захват, это *capture of state*. Значит, пришла *captured-state-компания*.

Кто помнит «Короли и капуста»? А из-за чего сыр-бор был, чем кончается у О. Генри книжка? А кончается она тем, что они, когда они провожают своего хорошего президента, сидят на берегу, разговаривают... Представитель фруктовой компании говорит: мол, ну, все равно, надо бы как-то снизить назад цену с трех центов за пучок бананов до двух... То есть вся история, в политическом плане, — это смена президента, с тем чтобы пучок был за два цента, а не за три.

Ну, вот и снизили этот *captured state*, делов-то! Это приехало из Европы, со всеми делами, с детьми в Гарварде... Вот одно из первых мероприятий, я опушу фамилии, известный американский профессор... Надо было как-то платить некоторым российским реформаторам. Первое, что они сделали, это полетели на конференцию в Женеву, сели на поезд, доехали до Люксембурга. В 90-х годах это не было проблемой. Под американский паспорт открыли всем счета, и *consulting fees* потом шли туда. Так приватизация началась с простого акта легитимизации доходов людей. Как-то им надо было платить за работу? Ну, вот им так платили. Туда было нельзя, сюда было нельзя, нейтральная страна... И все замечательно.

Потому из этой истории мы не выпутаемся, если ограничимся поиском виноватых или начнем искать, как можно было сделать иначе или что было бы правильно... Мы должны сформулировать сейчас минимальные требования к работоспособной системе. Но не просто в правовом плане, скажем, судебная реформа в чистом виде, а сформулировать цепочку: как соответствует такая структура собственности такой правовой системе. Мы живем в едином мире, нет разрыва, они должны как-то соответствовать. Если у нас англосаксонские правила, то должно быть так, если азиатские — то полюбовно, если у вас государственный капитализм — то это еще один вариант. Но правила должны быть *consistent*, и они должны давать возможность людям работать.

Азиатская коррупция — это когда все продается. Как только появились восточные врачи в Москве, любая справка стала стоить денег, т.е. исчезли проблемы получения справок, потому что это нормально в культуре, где любые вещи продаются. Как только пришли восточные традиции, образовательная и медицинская системы тоже немедленно сменили режим операций — это понятно. Мы являемся «гибридом по коррупции» из нескольких видов и теперь должны танцевать от этого. Вот мы какие, надо теперь изучать себя, какие мы есть, и пытаться

представить себе, в какую примерно систему мы хотели бы попасть лет через десять.

Пока при реформе мы миновали Европу, попали сразу в Латинскую Америку. У нас распределение доходов в стране англосаксонское, а распределение собственности — латиноамериканское. Поэтому вопрос возникает о вертикальной миграции. Потому что англо-саксонская система дает колоссальное неравенство по доходам, но дает тебе большую социальную мобильность — ты можешь в течение жизни сделать прорыв наверх. Европейская система дает тебе небольшое неравенство, маленькие коэффициенты и низкую мобильность, но большую защиту. Латиноамериканская система не дает тебе ни того, ни другого: она дает англосаксонское распределение по доходам, но зато нижние слои в очень тяжелом положении.

У нас же очень образованные — бедные. Просто специфика такая, наследие Советского Союза — у нас бедные образованные люди. В Бразилии 40% бедных настолько необразованные, что там невозможно изменить это положение. Вот эти 40% трансформировать нельзя, но мы до этого еще не дошли, чтобы иметь 40% необразованных бедных, у нас этого нет, а потому у нас есть шанс. Но мы, видимо, хотим попасть в Европу... Если мы в Латинской Америке, то нам надо двигаться из Латинской Америки сначала в Соединенные Штаты, оттуда броском в Англию, а потом потихонечку в Европу. Если мы хотим в Европу, то это наш единственный путь.

А.Г. ФЕДОТОВ: Леонид Маркович, для меня центральная идея, которая прозвучала, — это то, что отношения по распределению собственности легче начать, чем остановить. Эти процессы формально с приватизацией не закончились, они продолжают каждый день и, более того, они происходят с применением государственных институтов. По большей части и почти в подавляющем числе случаев. И не только тогда, когда это происходит вынужденно или экономически оправданно, как, например, поглощение плохих банков. Но обычно собственность отбирается с использованием правоохранительных органов, судов в той или иной мере легально или не вполне легально. Хотелось бы понять, какие экономические механизмы стоят за этим, потому что мы, юристы, пытаемся думать, как этому препятствовать, но, наверное, это глубинный процесс.

Л.М. ГРИГОРЬЕВ: Понимаете, на Руси, конечно, чиновник привык грабить. Вы помните, что в Российской империи чиновникам

долгое время не платили зарплату. Значит, экономически за этим стоит простая вещь, что сложилась система ограниченного доступа к деловой активности. Тут очень много и политики, и психологии. Это сдерживает бизнес. Есть губернаторство, где ты что-то платишь, умеренно, скажем, на городские нужды, отстегиваешь, кормишь губернатора и тебя не трогают, т.е. все было очень неравномерно.

Я не готов решить все проблемы, я хочу показать, как к ним подходить. Все помнят неплатежи перед 1998 г. Виртуальная экономика! Это был полный нонсенс. Дело в том, что правительство брало несуразные налоги, навешивало на неуплаченные налоги безумные пени. Я сам это считал, пытался объяснить наверху... Предприятия должны были две, три годовых прибыли уплатить вперед, чтобы выйти из тени, чтобы выйти в нормальное функционирование. Две-три годовых прибыли — это полная ерунда, это физически невозможно. Да, но там же было безакцептное списание денег со счетов налоговыми органами! Значит, как только вы показываете деньги на своем счету, у вас их забирают, поскольку вы не заплатили кучу налогов и на вас пени висят. Естественно, деньги исчезли, все обвинялись в неплатежах, все сказали, что мы ничего не платим.

Разве между собой предприятия не расплачивались? Хоть одного человека убили за это? Ну, конечно, все платили. Просто была создана дополнительная система оффшорных счетов через боковые предприятия, с которых все и расплачивались.

Мне очень трудно сказать, что надо сделать, чтобы перестали грабить. Если мы запустили машину, когда приходит новый начальник отделения милиции и хочет иметь свой доход, и милиция соревнуется с криминалом в крышевании... Это тяжелый процесс - вы сначала получаете коррупцию, потом вы всю жизнь избавляетесь от нее. Получаете вы ее легко, избавляетесь вы от нее тяжело. Конечно, это должно идти сверху. Могу вам привести пример с Ли Куанг Ю, хотя напомним, что начинал он все с суровых вещей.

М.А. СУББОТИН: Часто вполне приличные люди, вполне уважаемые экономисты, будучи связаны корпоративными узами с приватизаторами, сегодня, когда уже есть много аналитических материалов, продолжают утверждать, что все, что было сделано, было сделано правильно и это был единственно возможный вариант приватизации. Мы знаем одного уважаемого экономиста, который написал с Леонидом Марковичем в начале 90-х статью, что приватизация была неудачная, и когда все это дело кончится, все — и причастные, и непричастные —

окажутся обрызганными из одной лужи. Сейчас он говорит, что надо защищать приватизацию, потому что если мы скажем слово худое против приватизаторов, тем самым мы нанесем непоправимый ущерб и точности анализа приватизации. И люди из группы безоглядной поддержки приватизаторов весьма влиятельны.

Я думаю, что все-таки есть проблема приватизации и есть проблема среды, в которую выходит собственник имущества. И если продается машина без дороги, то предъявлять потом претензии, что машина не бежит, очень затруднительно. Мне так кажется, поскольку я ближе был к формированию нашего законодательства в части концессионных моделей.

Условно говоря, если есть государственная собственность и с ней надо что-то делать, то надо искать эффективного собственника или эффективного управляющего. Если есть только один из двух этих инструментов — можно продавать, т.е. приватизировать, подбирая собственника, но нет возможности передать госимущество на срочной и возмездной основе управляющему, то это автоматически превращает приватизацию в инвалида, который может действовать только одной рукой. А концессионное законодательство в незавершенном виде появилось только в 2005 г.

Есть понятие враждебного поглощения, когда покупающая компания действует через голову совета директоров, обращаясь напрямую к акционерам и выкупая крупные пакеты акций, стараясь заполучить контрольный. Так вот у нас фактически вся экономика оказалась в таком положении, при котором предпринимательство жило и действовало в постоянном ожидании враждебного поглощения. С моей точки зрения, это чисто стрессовая ситуация, при которой нормальное развитие экономики в принципе невозможно! Грубо говоря, одно дело — приватизировать комнату, другое дело, когда ты знаешь, что, открыв дверь из этой комнаты и выйдя из нее, ты немедленно попадаешь во враждебную среду, в бандитские разборки. Вот это проблема внешней бизнес-среды и собственно приватизации. Тогда уж лучше сидеть дома и не рыпаться, т.е. не развивать бизнес, который тебе достался в результате приватизации.

Итак, несколько замечаний в связи с услышанным от Григорьева. Первое. Что было сделано для снижения транзакционных издержек, т.е. чтобы собственность легко ходила из рук в руки? Или было сделано недостаточно, или вообще дело было пущено на самотек. Второе. Каждый должен заниматься своим делом. Если государство занимается идеологией вместо экономики (вспомним, как Григорьев говорил об идеологических целях приватизации), или государство занимается

бизнесом вместо самого бизнеса (вариант современной национализации), или бизнес подменяет коммерцию так называемой социальной ответственностью, а тем самым нарушает главный уставный принцип любого АО или ООО — это достижение максимальной доходности бизнеса, то результат может оказаться совсем не таким, каким он ожидался. Происходят подчас совершенно неожиданные искажения. И третье. Мог ли только что родившийся частный собственник эффективно управлять так или иначе доставшимся ему в 90-е годы имуществом?

И вот теперь я, наконец, добрался до вопроса, который хотел бы поставить: насколько принципиальным является (где курица, где яйцо) использование того или иного механизма приватизации — проведение во всех отношениях правильной приватизации или все таки важнее формирование нормальных правил игры в дальнейшем? Той нормальной бизнес-среды, в которую попадает собственник имущества и где он начинает (вынужден начать) эффективно действовать вне зависимости от того бандит он или интеллигентный человек?

Л.М. ГРИГОРЬЕВ: Сначала с бандитами, как с более интересным. Наши бандиты, поскольку у них было хорошее образование, данное им в спортивных институтах при советской власти, - все-таки немного языка, поездили по миру, они сейчас живут в Калифорнии и управляют Дальним Востоком или живут в Англии и управляют Ближним Востоком (я имею в виду — Ближним Западом, т.е. нами здесь). Они проделали путь к стационарным бандитам за 10—15 лет. У Меира Лански, который начал это в 30-х, это заняло 40—50 лет для итальянской мафии... Поэтому наши бандиты «лучше», как и все, впрочем, остальное.

Поэтому я считаю, что история постепенно обломками засыпает болото, только здания эти уходят, и вот мы на крыше строим, строим, и в конце концов как-то это строится. Конечно, когда правительство, или какие-то чиновники по «шкурным» соображениям или под предлогом кризиса начинают куда-то сворачивать, опять дестабилизируя права собственности, это опасно. Поэтому роль личности, роль экономической политики остается огромной. Просто я хочу сказать, что мы сейчас уже должны смотреть эту среду и смотреть, куда можно пойти от этой среды, а не от «вообще».

Очень трудно придумать какую-то идеальную систему, которая была бы правильной. Но я считаю, что очень многое зависит от того, какую задачу вы перед собой ставите. Если вы ставите задачу, скажем, передать госимущество эффективному собственнику, тогда это вопрос предквалификации. Ведь на сибирских и уральских предприятиях, помните,

были чудовищные конфликты — с драками, с поножовщиной? В 90-е годы, когда захватывали заводоуправление, и т.д. Чем отличалась эта поножовщина от приватизации в других странах? Обе стороны имели решения суда разных уровней¹ Россия дала пример, когда захват обязательно оформлялся параллельно, т.е. были попытки правового закрепления.

Я уже не говорю о том, что есть одна такая загадочная история. А ваучеры кто-нибудь уничтожал при использовании? Это кто-нибудь проверял? Это же вообще неизвестно. Нет, они все говорят, что списывали и уничтожали. Но дело же было не в списывании и уничтожении! Во-первых, не факт, что все, во-вторых, они непонятно как были мечены, в-третьих, если такие штуки проделываются с акциями, то почему нельзя с ваучерами, это не бумага, что ли? Их нельзя было напечатать? С тех пор как поймали ребят в Израиле, которые делали неограниченное количество подлинных печатей...

Но дело не в этом даже! Предположим, не подделывали, предположим - уничтожали. Но их же перед тем, как шла приватизация, их же можно было занять, у кого-то собрать, показать для участия, а потом их забирали назад, а приватизация-то проводилась! То есть одни и те же ваучеры могли показываться в разных приватизациях. А степень жесткости процедур была примерно такая же, как по инвестиционным обязательствам, по которым даже кое-кого судили. Мы понимаем, что не все выполняли инвестиционные обязательства, потому что они были безумными, нереалистичными, принятыми под совершенно другие макроэкономические условия. Кстати, сейчас мы имеем то же самое.

Я не верю, что на уровне начала 90-х население этой страны было изначально коррумпировано и непригодно к рынку... Все опросы показывали, что мы — рыночники! Два-три миллиона наших людей уехавших — 100%-ный коммерческий успех в 90-х годах! Замечательный средний класс за рубежом, там они хорошо работают! Преступность, которую нам приписывают, - там три-четыре каких-то бандита, нет никакой преступности, люди замечательно живут и работают, все прекрасно справляются. Здесь масса таких же людей не справляется. Не было населения, не пригодного к рынку!

Строгий ответ на поставленный вопрос: если у тебя есть проблемы с курицей и яйцом — чини обоих сразу! Нет возможности сначала решать проблемы среды, потом предприятия. *Corporate governance* на предприятии соответствует системе собственности и формирует среду, и вместе со средой они формируют друг друга. Маленький пример. В Польше без приватизации крупных предприятий конкуренция работала (при менеджерах

государственных) — экономический рост лучший во всей Европе. Оказалось, что конкуренция важнее собственности, если обеспечивается *corporate governance*, даже при отсутствии приватизации. В конечном счете все должно быть *consistent*, курица и яйцо. Яйцо должно быть от правильной птицы. То есть если курица, то яйцо тоже должно быть от курицы, если утиное, то лучше утку. Они должны быть одновременно, они должны быть в паре, они должны соответствовать друг другу.

Что касается попыток пересмотреть итоги той приватизации — это ящик Пандоры. Паралич в стране просто на поколение, это совсем плохо. Я думаю, что разговоры о пересмотре приватизации идут от бизнесменов, которые достаточно богатые, но столкнулись с тем, что дальше не могут продвинуться. Там сидят олигархи частные и государственные — это и есть у нас недовольные приватизацией, это богатые люди, у которых нет возможности дальнейшего прорыва. Они ищут какую-то политическую фигуру, выстраиваются за ней свиньей и пытаются ее пробить. Это и не народное движение, и не политическое движение.

В.В. КЛЮВГАНТ: Леонид Маркович, я согласен с вашей констатацией того, что у нас нет политических сил в правильном понимании этого термина, тем более народных сил, которые бы выдвигали лозунг пересмотра приватизации и добивались этой цели. Это правда. И также правда, что есть «клин свиньей» (или как его назвать?), и он такой не слабый, скажем мягко. Вам не кажется, что это намного опаснее, чем если бы были политические силы, потому что у этого клина, учитывая, куда он забрался сегодня и как он отвертикален и что под ним и его контролем находится, есть фактическая возможность, невзирая на сроки давности, на какие-то еще подобные «глупости», сказать: вот было незаконно, а вот эти налоги 10 лет назад уплачены неправильно, и доначислить на них еще в три раза больше, и провести это через суды? И это я уже не просто фантазирую, мы все, собравшиеся здесь, знаем эти печальные реалии наших дней. Вам не кажется, что здесь есть очень серьезная проблема, которую надо как-то идентифицировать, диагностировать, а потом попытаться понять, что же с ней делать-то?

Л.М. ГРИГОРЬЕВ: Я с вами совершенно согласен, но здесь у меня нет никакого преимущества. Я — да, согласен. Но у меня нет такого секрета, который я мог бы внести в эту аудиторию.

Т.Г. МОРШАКОВА: Все-таки мнение вот такого маститого экономиста: могут ли юридические правила на нынешнем нашем этапе

Верховенство права

скорректировать то, что было и что может представляться нам в качестве опасного? О чем сейчас как раз тоже спрашивали.

Л.М. ГРИГОРЬЕВ: Юридические правила, конечно, тормозят в обе стороны. Если они плохие, они тормозят реализацию, а все дырки в них используются либо правительством, налоговыми органами и т.п., либо нечестными людьми, которые пытаются на этом сделать бизнес. Они же тормозят и процесс разграбления. Вот, например, принимались меры по банкротству. Вообще, Закон РФ о банкротстве, принятый тогда, у экономистов считается абсолютно худшим из всех законов, принимавшихся в экономическом плане. Потому что он использовался не для регулирования банкротства, а для реприватизации. Поэтому, конечно, юридические правила многое могут.

Мой намек заключается только в том, что надо как-то крепить ряды между остатками интеллигенции правовой и экономической в том плане, что обычно считается экономическим обоснованием, целью, законом. И вот когда мы говорим о приватизации, мы должны ясно представить, что мы хотим. В ряде случаев я в ужасе от всяких перемен. Если бы страну оставили с ее плохим законодательством, с ее плохим климатом, заморозили бы отношения собственности и права, ну на 10 лет, — я вас уверяю, что жизнь, она все равно будет. То есть я как экономист и как историк верю, что жизнь корректирует на уровне неформальных институтов формальные несообразности.

Но право, как мы понимаем, может тормозить, но не может противостоять политическому наезду. Поэтому вот угроза: если появляется какая-то сила, которая начинает пробивать политическим способом решения, право не выдерживает, его обходят. Поэтому нужно стремиться к созданию правильной системы, с тем чтобы она противостояла системе, но надо при этом понимать, что мы не можем исправить систему правилами: правила уже такие, какие есть. В этом смысл всей суммы нобелевских тем по институционализму, новой экономической школе. В том, что мир состоит из формальных и неформальных институтов, все дырки в формальных заполняются неформальными. В каких-то обществах они ближе совпадают и лучше регулируются... В англосаксонских больше регулируются формальными правилами, но там все равно работает колоссальное количество неформальных! Но там нет такого уж жесткого конфликта.

А.Х. ФЕДОТОВ: В 1948 г. академик Венедиктов опубликовал свою известную работу «Государственная социалистическая собственность»,

которая стала классическим фундаментальным трудом и которая, строго говоря, объективно для своего времени, глубоко описывала те отношения, которые складывались в сфере собственности, и в смысле социалистической собственности стала некой картой, достаточно верной картой, по которой мы двигались и вообще ориентировались, скажем так. С того времени прошло 70 лет, произошли большие изменения в сфере отношений собственности, особенно большие изменения произошли в последние 20 лет, когда в результате приватизации, акционирования и других процессов у нас отношения собственности изменились самым кардинальным образом. Формально это проявляется прежде всего в том, что была законодательно признана частная собственность и произошел отказ от идеи господства социалистической собственности, от верховенства и подавляющего места государственной социалистической собственности, в том числе закрепленного и формально: в законодательстве, если кто помнит, не было, например, исковой давности для истребования госсобственности.

От этих идей мы отказались. И дальше пошли процессы трансформации прежде всего государственной социалистической собственности в собственность иную, в собственность частную. Но кроме этого произошла и другая трансформация, когда государственная социалистическая собственность, оставшись государственной, перестала быть социалистической и превратилась в другую своеобразную форму собственности, которая осталась государственной, но не понятно, является ли она при этом частной капиталистической — я имею в виду по формам, способам и правилам своего функционирования — или какой-то другой? Потому что законодательство у нас устанавливает, что есть собственность государственная и есть частная, не раскрывая различий или общности.

В результате тех изменений, о которых я говорил, в целом система отношений собственности создалась совершенно иная, чем была ранее. И мы оказались в ситуации, совершенно противоположной той, которая была в социалистический период страны. На сегодня государство является крупнейшим собственником, и при этом собственником не только в смысле держателя казны и распорядителя бюджета, но и, как известно, собственником, который является владельцем частных компаний, т.е. акционерных обществ или того, что называется (я вообще не понимаю, что это такое) государственными корпорациями.

Хотелось бы понять, какой у нас получается расклад в смысле отношений собственности, и в смысле рыночных отношений, и в смысле равенства участников этих отношений. Если, например, на одном и том же рынке действует просто коммерческая компания, а рядом

с ней действует тоже коммерческая акционерная компания, но которая на 100% принадлежит государству? У нас эта ситуация в общем-то присутствует и надо ее как минимум фиксировать, как максимум анализировать.

У нас произошли процессы приватизации, появился частный собственник, в том числе крупный. Про многих таких собственников говорят, что они получили собственность несправедливо. И тут же эта несправедливость превращается в нелегитимность, т.е. такой незаметный переход. Несправедливо полученная и нелегитимная частная собственность — хотя связка здесь неявная, и тут есть вопросы. Но у нас и государственная собственность стала другой. Она стала вообще другой. И у нас из-за этого система отношений собственности в целом — ну, она очень оригинальная, скажем так. Складывается такая система, где отношения собственности таковы, что есть крупнейший собственник — государство, которое одновременно, понятно, наделено властью и присутствующими у него полномочиями и возможностями, есть крупный бизнес, с которым государство вдруг оказывается на одном рынке даже, есть госкорпорации, через которые бюджетные деньги превращаются в формально, строго говоря, частную собственность юридического лица — госкорпорации (которая при этом, согласно закону, как это ни странно, является некоммерческой организацией, что само по себе требует некоего разъяснения). Это крайне странная система отношений собственности.

И когда мы говорим об этих проблемах, дело не только в том, что какие-то официальные лица, которые имеют доступ к власти, получают возможность, что называется, прирастить свое благосостояние. Дело совершенно не в этом! Дело в том, что это начало складываться в совершенно легальные институты. Когда государственная собственность, помимо формально провозглашенной приватизации, например путем тех же госкорпораций, де-факто превращается в собственность частную. Даже формально. То есть не говоря о том, о чем говорил Леонид Маркович: о квазискрытом собственнике и т.д. Нет, это вообще официально, легально — вот были бюджетные деньги, стали небюджетные. И таким образом эти отношения получают совершенно легальную оболочку и становятся легальным юридическим институтом. Ну, наверное, как-то надо этому давать оценку.

И кроме того, прошлая система отношений собственности характеризовалась еще следующим: при социализме, строго говоря, не было никаких общественно-экономических условий для того, чтобы собственность, особенно крупная собственность, неким образом

перераспределялась, поскольку существовали ограничения. То есть существовала система: была государственная социалистическая собственность, была собственность колхозов и общественных организаций, эта собственность использовалась в непотребительских целях и в размерах не ограничивалась, все остальные субъекты права в этом были ограничены в смысле порядка пользования, в смысле размера собственности. Когда такая ситуация перестала существовать, вдруг выяснилось, что совершенно другие правила начали действовать между собственниками. И когда есть большой собственник — государство и куча других, в том числе крупных, собственников, вдруг возникают процессы так называемого перераспределения собственности, которые часто называют «деприватизацией».

Но я не знаю, насколько корректно так называть эти процессы, я бы назвал это насильственной сменой собственника с использованием государственных институтов. Почему? Потому что очень часто в результате тех отношений, которые называются деприватизацией, в качестве собственника и субъекта собственности появляется не государство, а другие частные лица. Вопрос: а в чем здесь деприватизация? Насильственная смена собственника — да, с использованием государственного института — да, а причем здесь деприватизация? Государство здесь совершенно не оказалось собственником в конце концов. Я уже не говорю о том, что очень часто собственность, которая формально провозглашается государственной, де-факто используется в интересах конкретных частных лиц, групп лиц и, скажем так, других не вполне государственных бенефициаров.

Проблема в том, что вот этот передел собственности, о котором мы говорим, когда происходит насильственная смена собственника с использованием государственных институтов, будь то правоохранительные органы, суд или даже путем процедуры легального банкротства, эти все процессы не находят отражения в праве. Не понятно, они должны отражаться, не должны отражаться? У нас вот приняли вроде бы неплохой Гражданский кодекс. Но получается, что у нас писаное право есть, а реальные отношения — они складываются совершенно иные. И у нас в отношении защиты прав собственности, которая провозглашена, существует очевидный разрыв между формальным провозглашением гарантий права собственности и тем, как они реально осуществляются.

Вот о чем, например, Вадим Владимирович говорил: что если в суде на одной стороне вы, на другой — государство, то скорее всего вам будет не очень уютно. Потому что здесь, к сожалению, власть, соеди-

ненная с собственностью, она в суде отстаивает свои права намного эффективнее, скажем так. И, кроме того, эта тенденция, на мой взгляд, вообще очевидна: реальная защита прав собственности у нас идет именно по пути смыкания собственности и власти. То есть тот, у кого нет такой связи, либо постоянной, институциональной, в качестве родственных связей, неважно, либо разовой в виде взятки, тот имеет лишь формальные гарантии своего права собственности. Тот, кто эту связку имеет, оказывается, имеет преимущество и реально защищает свое право собственности. Тот, у кого этой связки нет, очень часто оказывается без собственности. Он ее утрачивает.

В этом смысле, как мне кажется, очевидными являются такие проявляющиеся у нас тенденции в отношении собственности: это, как я уже сказал, формальный, но не гарантированный характер защиты частного права собственности тех собственников, которые не имеют связи с властью; далее, насильственная, с использованием государственных институтов смена субъектов частной собственности, что происходит постоянно; и использование государственной собственности в качестве собственности де-факто частной, когда, не будучи формально частной, она на самом деле используется в интересах явных или не явных, легальных или нелегальных бенефициаров.

Очень печально, что эти процессы насильственной смены собственника очень часто проходят под лозунгом несправедливой приватизации. То есть приводится объяснение: раз собственники приобрели это имущество, скажем так, не вполне справедливо, то его так же несправедливо можно отобрать. Причем что характерно: когда речь идет о несправедливой приватизации и «справедливой» деприватизации, и там, и там государство выступает в качестве основного субъекта и очень комфортно себя чувствует и при этом вроде как не должно нести за это никакой ответственности.

Правильно здесь говорилось, что соотношение власти, собственности и судов — оно всегда являлось центральным вопросом любого общества, на любой стадии развития. Но, на мой взгляд, нам для того, чтобы понять, в какой системе отношений собственности мы живем, кроме того, чтобы разбираться с частной собственностью, все-таки надо дать ответ на то, а какова же у нас государственная собственность. То есть является ли она собственностью государственной в том смысле, что она обслуживает интересы исключительно государства, все остальные тогда должны быть просто лицами, пополняющими карман государства в смысле бюджета, и на другие процессы даже в смысле контроля никак не влиять. Тогда мы понимаем — это одна

модель, один механизм. Если мы говорим о том, что государство должно использоваться все-таки как некий представитель народа, а мы все-таки по Конституции социальное государство и должны использовать эту государственную собственность в интересах всего населения, это совершенно другая модель государственной собственности. Если мы говорим, что это та модель, о которой я уже упоминал, когда она де-юре государственная, а де-факто используется в интересах частных лиц или групп частных лиц, мы имеем третью модель государственной собственности. На мой взгляд, у нас, к сожалению, одновременно существуют все три модели. У меня полностью такое ощущение, что в рамках формально провозглашенной государственной собственности у нас все три модели существуют.

В.В. КЛЮВГАНТ: Я, честно говоря, слушая вот эту дискуссию, очень интересную и глубокую, испытывал внутреннее борение, потому что в одной моей части я все-таки в прошлом глава крупного муниципального образования, который на своей шкуре хорошо все это почувствовал, то, о чем мы сейчас говорим. С другой стороны, весь сегодняшний день я склоняюсь в пользу другого поворота по той причине, что, на мой взгляд, эта проблема, которая сейчас обсуждалась, при всей ее несомненной остроте и актуальности, все-таки требует хоть и незамедлительных, но терапевтических мер. Я хотел бы поговорить о мерах, которые требуют вмешательства медицины катастроф, о чем делал уже анонс в первой части нашей работы.

Я с большим интересом прочитал материалы, подготовленные к этому столу, и нашел в них такие слова, которые отозвались во всех глубинах интеллектуального, волевого, эмоционального моих аспектов. Слова о том, что стабильность гражданского оборота — это мегапринцип, от которого все должно строиться. Поэтому я полагаю, что скажу сейчас, может быть, вещь крамольную, но не единственно крамольную, что утешает. При всех дырах, пробелах и противоречиях нашего действующего законодательства, если бы представить себе в какой-то розовой мечте, что его дух, подчеркиваю, дух и буква соблюдались бы на стадии правоприменения, мы бы не страдали так, как мы страдаем сейчас. Самое главное, что не страдали бы люди и судьбы бы их не ломались и жизни.

К сожалению, наша правоприменительная практика, мы просто не любим об этом говорить, но она тиражируется, и это дополнительная проблема. Она тиражируется со скоростью и в масштабах лавины. И сегодня она касается одного, двух, пяти человек, завтра она касается пятисот, послезавтра она касается всех.

Верховенство права

Те технологии, которые были применены в деле «ЮКОСа», задействованы не только в этом деле, они уже широко растиражированы и применяются при рейдерских захватах с использованием административно-силового ресурса и к мелкому, и к среднему бизнесу. То есть это стало проблемой в буквальном смысле всех и каждого. Даже сама по себе постановка вопроса о том, что в каких-то там благих целях возможно было такое, с позволения сказать, «правоприменительное исключение в назидание другим», как дело «ЮКОСа» (а такие допущения у нас, к сожалению, делаются и на государственном уровне, не встречая возражений и отпора даже в юридическом сообществе!), — это подход кощунственный с правовой точки зрения. Но сегодня это уже и не исключение. Точнее, это исключение, которое становится правилом. И в этой связи о какой стабильности гражданского оборота, а значит, права собственности мы можем говорить при таком положении дел? Поэтому я просто хотел проиллюстрировать участникам нашего круглого стола и авторам будущей монографии в более или менее обобщенном виде то, что мы, собственно, имеем в виду, когда говорим о грубейших нарушениях и закона, и стабильности гражданского оборота. Потому что до тех пор пока юридическая элита будет интеллигентно делать вид, что она не знает об этих проблемах, все будет становиться еще катастрофичнее. Что я имею в виду?

Ну, во-первых, то, что называется избирательностью. Попросту говоря, трансфертные цены. Есть такое расхожее мнение: Ходорковский нарушал то же самое, что нарушали тогда все. Неправда. Неправда не в том, что Ходорковский делал то же самое, что делали все, а правда в том, что это делают и сейчас все, включая крупнейшие государственные монополии. И вторая правда в том, что это законно. В этом нет никакого нарушения. Это почему-то сочли налоговым нарушением (сначала административным, а затем и уголовным) только для одной компании, для конкретных людей. А теперь пошли еще дальше и сказали, что это уже не налоговое преступление, за которое люди уже осуждены и приговор вступил в законную силу, теперь это же самое стало хищением всей продукции — той самой, налоги с которой то ли не уплачены, то ли недоплачены. Вот такая цепочка. Что будет следующее? Это к вопросу не только о стабильности гражданского оборота вообще и результатов приватизации в частности.

Дальше. У нас в процессе такая вот вещь происходит. Берется одна вывеска, например «Общее собрание акционеров» или «Совет директоров». Меняется вывеска, становится «Организованная группа». Решение собрания акционеров становится решением организованной

группы. Решение совета директоров становится решением организованной группы. Мы говорим: «Уважаемое государственное обвинение, объясните нам, пожалуйста, вот это решение приняли организованная группа или уставный орган управления в соответствии со своими полномочиями?» Нам обвинение говорит: «Все вы понимаете». На этом основании обвинение говорит, что организованная группа решила все похитить. Что под этим имеется в виду? Имеется в виду, что 10 лет назад было решение общего собрания акционеров или совета директоров об одобрении сделок о купле-продаже нефти. Теперь эти действия названы преступными. Я ничего не придумываю. Это тоже о стабильности гражданского оборота и права собственности...

Теперь что происходит в уголовном праве с гражданским правом. У нас, если мне не изменяет память, в 1997 г. была принята то ли в первом, то ли во втором чтении редакция УПК, по которой все сомнения не только в доказанности вины, но и в толковании законов должны трактоваться в пользу обвиняемого. В ныне действующей версии Уголовно-процессуального кодекса эта оговорка куда-то делась. Поэтому у нас теперь в уголовном процессе делать можно все что угодно с другими отраслями права. Включать, выключать, толковать как нравится.

Вот у нас сделки, не только никем не признанные порочными, даже не оспаривавшиеся никогда и никем, и сроки все давно прошли. Возмездные сделки. Масштаб возмездности по этим сделкам многомиллиардный. Как это ни странно звучит, такая возмездная сделка является предметом разбирательства в уголовном деле как способ хищения. То есть сделка — поощряемое законом действие — влечет уголовное обвинение.

Такие многомиллиардные сделки обвинение называет безвозмездными, потому что иначе нельзя предъявить обвинение в хищении, ведь хищение — это безвозмездное деяние. И основывается обвинение при этом на разъяснениях Верховного Суда, 2007 г., декабрь. Понятно, что, наверное, Верховный Суд не это имел в виду. Но как может высший судебный орган страны, осуществляя конституционные полномочия по анализу, обобщению и выработке рекомендаций для судебной практики, писать такие вещи, что «неравноценное — это хищение»? Гражданский кодекс говорит: как стороны договорились, так и равноценно, потому что им это выгодно. «Нет, — говорит следователь Х. — Я, следователь Х., считаю, что этой стороне это было невыгодно, и поэтому я тебе, другая сторона, предъявляю обвинение в хищении!» Это правоприменительная практика России XXI в.

Эта практика существует уже далеко не в одном деле по обвинению Ходорковского и Лебедева и иже с ними. Она становится все более

распространенной. И страшно, что она распространяется на уже исполненные сделки. Не на мошенничество даже, не на всякие «социальные инициативы», которые заведомо одну и ту же квартиру продавали пятерым, или те цыгане-мошенники, которые куклой бумажной расплачиваются, — это оставляем в стороне. Сделка исполнена, стороны ей довольны, стороны ее много лет назад совершили. Потом приходят правоохранительные органы и говорят: «Безвозмездное изъятие, завладение, обращение» и потом еще и «отмывание». Отмывание — это тоже те же самые сделки. Потому что нефть, она же имеет свойство течь по трубе и в это время продаваться много-много раз, т.е. права по договору могут передаваться несколько десятков раз, пока нефть по трубе течет от производителя к потребителю конечному. Она не меняет свое местонахождение, ее не перегружают эти десять покупателей. Но каждый из них становится собственником. Вот первая продажа — это у нас хищение, все последующие — это легализация. Это стабильность гражданского оборота мы так защищаем, мегапринцип конституционный. А ведь применение ст. 174 и 174¹ УК приобрело в стране просто космические масштабы — любое распоряжение имуществом легким движением руки объявляется легализацией со сроком наказания до 15 лет.

Вот вы, уважаемые цивилисты, наверное, не знаете, что у нас, по мнению правоохранительных органов, существуют такие цивилистические понятия, как, например, «фиктивный переход права собственности» или «переход фиктивного права собственности» (видимо, по мнению следствия, это разные вещи). У нас есть «подложные условия договора», «заведомо невыгодные условия заведомо подложных договоров». Вот таких вот «терминов» уголовно-цивилистических в деле, где я являюсь защитником, их там десятками насчитывается.

И все это на полном серьезе рассматривают суды и выносят приговоры. Обвинительные, разумеется, и зачастую отнюдь не мягкие.

Презумпция. В делах, связанных с хозяйственной деятельностью, у нас субъективная сторона вообще как бы не существует, потому что если можно поменять вывеску «совет директоров» на «организованную группу», то после этого доказывать какой-то преступный умысел уже не нужно. Потому что вот же решение организованной группы (т.е. общего собрания акционеров, совета директоров): вот завладели, вот получили контроль и т.д. Кто что конкретно сделал и с какой целью — это по современным понятиям обвинения излишества, которыми не стоит затрудняться.

Но есть ведь у нас еще одна презумпция. Это презумпция добросовестности участников гражданских правоотношений, гражданского

оборота. А ее-то как преодолевать? А ее просто игнорируют. О ней не вспоминают. Причем ст. 10 ГК в уголовное обвинение включают, вывернув ее смысл наизнанку и говоря о том, что якобы было злоупотребление правом, потому что сделки совершались «по заведомо невыгодным условиям», «во вред другому лицу», даже если это лицо со своей стороны совершило сделку, исполнило ее и никогда ее не оспаривало. Это так следователю с прокурором показалось, и они считают это вполне достаточным.

В деле, которое я веду, — вот здесь была дискуссия о потерпевших — все потерпевшие назначены обвинением, поскольку они в деле появились не по собственной инициативе. Ну, государственная структура «Росимущество» — это понятно. Но там есть еще потерпевшие коммерческие организации разных форм собственности, которые сейчас оказались в составе «Роснефти». Они все получили письма от следователей, которые им «разъяснили», что им причинен ущерб. И поэтому они имеют право на то, чтобы быть признанными потерпевшими по этому уголовному делу. Ущерб был причинен тем, что у них купили нефть на заведомо невыгодных для них условиях, — это они не сами так решили, это им объяснил следователь. Хотя для хищения такой ущерб (упущенная выгода) не годится, это знает любой студент 2-го курса, при хищении только прямой ущерб должен быть.

Теперь такой междисциплинарный вопрос, когда гражданско-правовой спор (допустим на секундочку, что он был) привнесен в формат уголовно-процессуального судопроизводства. Кто сильная сторона в уголовном судопроизводстве, мы понимаем. Как она выполняет свои обязанности по доказыванию, мы тоже понимаем. Но если представить себе, что этот спор разрешался бы в рамках гражданского судопроизводства, то ведь там каждая сторона должна доказать обстоятельства, на которые она ссылается. При этом последствия проигрыша спора — только имущественные. То есть получается, что при вроде бы гарантированной защите преследуемой стороны в уголовном процессе в виде презумпции невиновности и обязанности обвиняющей стороны ее опровергнуть на самом деле ситуация хуже, чем она могла бы быть в гражданском судопроизводстве, если этот спор имел бы место и рассматривался бы там, где ему положено. Потому что человек сидит, как и что он может доказывать? Ему говорят: «Тебе доказательства помочь истребовать? Наша задача — доказывать твою виновность, а не собирать доказательства в твою пользу».

И в рассматриваемом деле ни одно ходатайство защиты, за одним исключением, не удовлетворено (это к вопросу от уважаемого

Владимира Ильича о плохом состязательном процессе). Вот, например, нам ответил арбитражный суд, что он не даст копию решения, вступившего в законную силу. Знаете почему? А потому что Вы, конкретно Вы, Михаил Борисович Ходорковский, не были стороной или участником в этом судопроизводстве. И вам по закону не положено, говорит арбитражный суд. Мы ходатайствовали перед судом, рассматривающим дело, об истребовании данных арбитражных решений, и это единственное ходатайство, которое было удовлетворено. Все остальные ходатайства не удовлетворены. Но суды хотя бы ответили: «Не дадим», а другие уважаемые инстанции просто не отвечают на законные запросы о предоставлении информации.

Но самое недопустимое, что само обвинение отказывается предоставить защите и суду те документы, которые были изъяты и находятся у обвинения, но противоречат его позиции. Обвинение говорит: «Нет, то, что у нас есть в другом деле, это сюда не относится, мы не дадим. Где хотите, там и берите». Это к вопросу о состязательности.

Я многое назвал, еще могу многое назвать. Но если мы сегодня возьмем историю «Русснефти»¹, если мы сегодня возьмем историю «Арбат-престижа», если мы сегодня возьмем массу других дел, там будет все то же самое, только в соответствующих масштабах. Поэтому можно множить этот перечень.

Но я скажу другое. Вышла книга, очень интересная, на мой взгляд, Наталии Александровны Лопашенко, называется «Уголовная политика». Она анализирует, какова же уголовная политика современной России. И страшно за нашу страну, где среди первого порядка приоритетов современной государственной политики на доктринальном уровне с массой документальных обоснований делается вывод, что ключевым элементом современной уголовной политики государства является превращение уголовного права и уголовного судопроизводства в инструмент передела собственности. В инструмент управления экономикой. Не в инструмент борьбы за справедливость и неотвратимость, а вот во что.

Поэтому мне кажется, что при таких реалиях правомерна постановка вопроса о том, что для обеспечения надлежащей защиты прав собственника, гражданского оборота как реализации прав собственников нужны в первую очередь не законодательные меры при всей их важности и необходимости, а сугубо практические — правоприменительные. И не будет этого, на мой взгляд, до тех пор, пока все юристы,

¹ Дискуссия проводилась 5 июня 2009 г., до прекращения уголовного дела в отношении М.С. Гучериева. — *Примеч. ред.*

Диалоги третьего круглого стола

специалисты, чьи имена что-то значат, не начнут бить во все колокола и говорить, что это не сказки. Это не фантазия, не происки олигархов, которые борются, как бы ускользнуть от карающего меча Фемиды. А это реалии сегодняшних дней, которые бьют уже по всем.

Я не хотел перебарщивать и кошмарить, как теперь принято выражаться, и очень бы хотел говорить о вещах каких-нибудь приятных. К сожалению, чтобы быть честным перед самим собой, вынужден говорить о том, что вижу. И проблемы, связанные с темой сегодняшнего круглого стола о верховенстве права, в аспекте прав собственника и всего, что с ними связано, вижу в первую очередь вот здесь. И если нашел какую-то толику понимания и поддержки, то уже не зря приходил.

М. КАРАДЖОВА: Хочу подчеркнуть, что у вас имеется решение о приемлемости рассмотрения в Европейском Суде. Суд решил, что заявления «ЮКОСа» о доступе к суду по ст. 6 по налоговым вопросам, а также по недостатку правовых оснований в действиях государства в отношении «ЮКОСа» (это ст. 7 Европейской конвенции) являются приемлемыми для рассмотрения в Европейском Суде. Я думаю, что это позитивный аспект.

В.В. КЛЮВГАНТ: Это оптимистическое дополнение к моему пессимистическому выступлению. У нас есть еще две другие жалобы, признанные этим судом приемлемыми. Вы упомянули о жалобе компании «ЮКОС». Эта жалоба подана независимо от Ходорковского и Лебедева менеджментом компании. Хотя, конечно, для нас она очень важна и вообще очень важна. Еще есть три жалобы Ходорковского, одна из которых признана приемлемой, будучи поданной пять лет назад в Страсбургский суд. И есть жалоба Платона Лебедева, первая признанная приемлемой и уже разрешенная, которая была подана более пяти лет назад. Остальные пока ждут своего часа.

Это, конечно, позитивное событие, но есть два «но»: во-первых, мы не знаем пока, как она, эта линия страсбургская, и в какие сроки будет развиваться; а второе — все-таки очень хотелось бы, и об этом постоянно говорит, как ни странно это может кому-то показаться, мой подзащитный Михаил Ходорковский. Он говорит все время: «Я хочу быть справедливо судимым в своей стране! Я не хочу, чтобы я был «Ходорковский против России». Я не против, я за Россию. И поэтому я не хочу, чтобы такое творилось в России ни со мной, ни с кем-то еще!» Для нас Страсбургский суд — это инструмент движения вот к этой цели.

А. В. РОЗЕНЦВАЙГ: Поскольку мы сидим рядом и оба отнюдь не преисполнены оптимизма, у меня такой вопрос к Владимиру Владимировичу: все-таки не означает ли вся эта ситуация, что основные ожидания на получение мало-мальски законных и справедливых, т.е. искомых, результатов нужно перекладывать с локальной правовой системы на плечи субъектов международно-правовой защиты гражданина России?

В. В. КЛЮВГАНТ: Понятно. Ну, прежде всего я боюсь, что так не получится. Хотелось бы нам того или нет, но Страсбургский суд дела по существу не рассматривает и доказательства не оценивает и вопрос о виновности-невиновности не решает и решать не может. Он всего лишь может сказать, что в данном деле было нарушено право на справедливое судебное разбирательство, что в соответствии с Конвенцией, нашим процессуально-уголовным законодательством обязывает к пересмотру дела, но опять же в национальной юрисдикции.

Во-вторых, не примет Страсбургский суд даже к производству и не признает приемлемой жалобу, если средства защиты в национальной юрисдикции не были исчерпаны полностью. Значит, все равно нам этот скорбный путь придется проходить, да не по одному разу. А если все равно придется его проходить, может, мы попытаемся у себя хоть как-то что-то элементарное поправить.

Этот вопрос натолкнул меня на еще одну мысль, которая звучала неоднократно: вот у нас государство в лице его представителей — оно вообще в чьих интересах у нас выступает? То есть в чем интерес государства — он только в удовлетворении запросов, интересов и прав граждан? Это само собой. Но ведь этот интерес должен быть понят так или иначе и принесен с собой тем конкретным представителем государства, который идет в конкретный судебный процесс. Например, следователи, которые написали обвинительное заключение по делу, и обвинители, которые поддерживают обвинение в судебном заседании. Они вообще в интересах государства, хотя бы и не очень правильно ими понимаемых, действуют? Или они действуют в интересах тех лиц, которые сегодня имеют отношение к бывшим юкосовским активам?

Я думаю, что это дело гораздо больше поворачивается в имущественную сторону как мотивацию его движения. Потому что с точки зрения государственных интересов, как бы их ни понимать, это дело сегодня государству не нужно. Оно ему даже вредно, а не просто не нужно. Но есть носители государственных властных полномочий, которые его движут.

А.В. РОЗЕНЦВАЙГ: Я тогда задам еще один конкретизирующий вопрос: Вадим Владимирович, Вы согласны с тем, что сторона обвинения в широком смысле этого слова формирует сейчас в принципе очень серьезное поле для вас именно, если говорить о стратегических моментах? Они сейчас насыщают весь процесс минами замедленного действия, которые должны сработать. Конечно же не немедленно, очевидно, пройдет еще несколько лет (не дай бог, чтобы на это ушли годы!), но с точки зрения стратегии защиты, они сейчас Вам помогают. Не так ли?

В.В. КЛЮВГАНТ: Да, это парадоксально, но факт. Правда, немножко угнетает, что «жить в эту пору прекрасную»... Не буду дальше продолжать, но правда, это так. Поэтому когда мы избрали в этом процессе стратегию большей открытости, реакция последовала незамедлительно: мы начинали с большой помпой, с видеомониторами, со специальным залом для прессы, с разрешениями любых интервью в перерывах между заседаниями — сегодня у нас уже нет трансляций, сегодня у нас нет уже зала для прессы, сегодня у нас уже нельзя зайти в здание суда с видеозаписывающим устройством никому, кроме участников процесса, с разрешения судьи. Сегодня у нас запрещена видеосъемка в зале суда. Сегодня у нас запрещены интервью в перерывах между судебными заседаниями. И каждый раз на каждое живое слово со стороны защиты следует активное недовольство со стороны обвинения.

А.Г. ФЕДОТОВ: Я тоже хочу спросить у Вадима Владимировича по поводу темы, прозвучавшей в подготовительных материалах к нашему столу. Вот сказано, что, по мнению Конституционного Суда (я цитирую текст об обязательном выкупе акций у миноритариев), подобное перераспределение акционерной собственности следует квалифицировать как принудительное отчуждение собственности миноритарных акционеров для государственных нужд, т.е. в публично-правовых целях в смысле ч. 3 ст. 35 Конституции РФ. Я, может быть, немножко не в теме, но, насколько я понимаю, фактические действия, подпадающие под выкуп акций у миноритариев, являются одним из эпизодов, которые вменяются по рассматриваемому делу? Или я что-то путаю?

В.В. КЛЮВГАНТ: Нет у нас такого эпизода... Хотя бы такого, к счастью, нет. На сегодня у нас нет такого обвинения, но у нас очень интересная история с миноритарными акционерами — потерпевшими.

У нас в одном случае там, где мы всю нефть «похитили», за шесть лет которую добыли, согласно обвинению, ущерб причинен собственно компаниям, дочерним обществам «ЮКОСа», производителям нефти. И потерпевшими признаны они, не миноритарные акционеры. Хотя если кто и был недоволен на ранних стадиях всей этой истории, когда «ЮКОС» развивался, до консолидации, то это как раз миноритарные акционеры. Они были недовольны не тем, что цены такие, а тем, как это скажется на капитализации их миноритарных пакетов при последующем выкупе. Но эта сюжетная линия у нас присутствует таким репутационным фоном, но не как обвинение.

Зато у нас есть другой эпизод, где мы «похитили» акции дочерних компаний Восточной нефтяной компании (ВНК), т.е. внучатых по отношению к «ЮКОСу». Знаете, как похитили? Похитили путем совершения сделок мены. Вот такое безвозмездное изъятие и завладение. И вот там почему-то оказалось уже, что ущерб причинен миноритарным акционерам ВНК. Например, Российской Федерации и еще некоторым... Но почему-то только этим, назначенным опять же. А ведь были и другие акционеры, но они почему-то потерпевшими не признаны. Ущерб формулируется так, что снизилась стоимость компании ВНК после того, как изъяли все эти обмененные активы, значит, пострадали интересы избранных миноритариев. А с мажоритарным акционером-то как? Он-то при такой логике больше всех пострадал?! Нет ответа на этот вопрос. А обвинение, ниспровергающее все основы права и уголовного, и гражданского, — есть.

А консолидация в «ЮКОСе» была проведена... Они первые это сделали и единственно, какие там были споры между миноритариями и самим «ЮКОСом» в рамках консолидации, — это о справедливой цене выкупа. О чем Конституционный Суд, на мой взгляд, очень правильно сказал в своем судебном решении, что это должно быть предметом судебного контроля. И в этом гарантия прав миноритариев.

М.А. СУББОТИН: Я хочу сказать по поводу трансфертных цен. Экономический взгляд. Тут две проблемы: одна - это проблема внутренних цен в компании, внутренней жизни в компании, другая проблема — это использование данного механизма для уклонения от уплаты налогов. Это две разные проблемы, поэтому когда говорят, что нужно бороться с трансфертным ценообразованием, я не очень понимаю саму постановку вопроса. Можно ли в принципе бороться с некими процедурами, которые происходят внутри компании и обеспечивают ее нормальную работу? Они как предполагают это делать?

12 февраля сего года господин Путин проводил совещание в Киришах по проблемам нефтегазового сектора. Одно из решений, которое было рекомендовано на будущее принять Правительству и из которого потом последовали еще некоторые решения, — это о возможном переходе с налога на добычу и соответственно с налога на прибыль на так называемый налог на дополнительный доход, или НДД. Потом после этого последовали комментарии господина Шаталова, замминистра финансов, который собственно отвечает за налоговую реформу. Он объявил, что не исключено, что после 11-го года действительно удастся ввести такой налог на дополнительный доход, если к тому времени удастся установить регулирование трансфертного ценообразования. То есть я хочу сказать, что никакого законодательства, которое внятно бы регулировало эти вопросы, не было ни в 90-е годы, ни в 2000-е, оно вообще не предполагается ранее 11-го года.

Отсюда становится понятно, что безусловного критерия оценки использования трансфертных цен для уклонения от уплаты налогов в отношении «ЮКОСа» быть не может. Мне как налогоплательщику и хотелось бы ясности в этом вопросе, но исполнительная и законодательная власть за 20 лет реформ ничего вразумительного в этом плане не создала.

Ваше выступление перекликается с той проблемой, о которой говорил Леонид Маркович, довольно забавным образом. Потому что когда мы говорим о государственном имуществе, государственной собственности, о выкупе государством имущества, о в какой-то форме национализации и т.д., то мы говорим обычно о том, что есть некая частная собственность, которая не может пережить кризис, но она социально значима и поэтому государство забирает ее себе, приводит в порядок и снова продает, т.е. отпускает на приватизацию. С «ЮКОСом» ситуация была совершенно иной: когда государство фактически национализировало эту компанию, та не терпела никакого краха в своей экономической деятельности. Для неэкономистов я хочу напомнить, что 2003 г. был годом, когда «ЮКОС» вышел на первое место среди других нефтяных компаний по уплате налогов. Он именно в этот год обошел «ЛУКОЙЛ». Там, правда, небольшая была разница — где-то под 100 млн долл. Но это медицинский факт, что национализации за неуплату налогов подвергся самый крупный налогоплательщик из нефтяных компаний, по темпам роста налоговых платежей к тому же опережавший других лидеров отрасли.

Кстати, по поводу того, как государство управляет своим имуществом, есть по-своему забавные расчеты Евсея Гурвича, человека

известного, который посчитал, сколько по итогам 2007 г. государство получило в бюджет от всей государственной собственности. Так вот доля государства в виде дивидендов, доходов и т.д. от государственной собственности — это 1%. Я в данном случае не могу согласиться с оценкой, что там остались неподеленными после приватизации 10% госимущества. Ну, достаточно сказать, что все недра находятся в государственной собственности.

Бизнес в последнее время научился играть по правилам, и он точно знает, что вопросы защиты прав собственности, правосудия, стабильности контрактов и т.д. — это почти то же самое, что лезть в политику. Отныне для него это запрещенные темы. Вот, например, перед нынешним Питерским форумом глава РСПП Александр Шохин заявил «Ведомостям»: «Важно услышать дополнительную аргументацию правительства по налоговым мерам, об использовании налоговых инструментов как антикризисных. Также хотелось бы услышать оценку технологиям выхода государства из бизнеса, как будет проходить сокращение государственного вмешательства в экономику в разных странах». Шохин — человек политически изощренный, а потому он говорит только о налоговых инструментах, да про госвмешательство в других странах. Вот это и есть наша современная политкорректность бизнеса.

Фактически, когда мы смотрим сегодня на эту картинку, то видим очень любопытную рокировку. Если в 90-е годы российский бизнес выступал за стабильность, а западный бизнес говорил: «Мы не вмешиваемся в формирование российского законодательства, это ваше внутреннее дело, упаси бог и чур меня!», то в 2000-е годы и с каждым годом, я бы сказал, все более яростно именно западные бизнесмены ставят перед властями вопросы об отсутствии стабильности контрактов, о проблемах с защитой прав собственности.

На прошлогоднем XII Петербургском международном экономическом форуме выступал глава группы компаний «BP» Тони Хэйворд, который сказал, что для увеличения объема инвестиций в энергетический сектор России властям необходимо решить три основные задачи: создание эффективной фискальной системы; уважение прав собственности; уважение верховенства закона. А председатель совета директоров, главный исполнительный директор корпорации «Eххон Mobil» Рекс Тиллерсон заявил, что для улучшения инвестиционного климата в энергетическом секторе Российской Федерации необходимо «улучшение работы судебной системы и судов», и добавил: «Сегодня нет доверия к существующей в стране судебной системе». Я, честно говоря, от иностранца таких слов давно не слышал.

Сегодня тут уже много говорили, в частности тот же Григорьев говорил, что иностранный бизнес очень многое может делать в России. И что у нас иностранному инвестору лучше, чем в Индии... Я не буду напоминать про международные опросы относительно делового климата в разных странах — я уже говорил на нашем 1-м круглом столе о том, что по подавляющему большинству опросов Россия плетется в хвосте в мире. Я как-то уже цитировал главу «Шелл», который уже перешел, я бы сказал, на довольно издевательский тон. В главной государственной газете страны, в «Российской газете», давая большое интервью, он говорил примерно следующее: «У меня такое ощущение, когда я разговариваю со своими коллегами, что в России действительно можно делать бизнес, если это не касается сырьевых отраслей. Поэтому тем кто занимается производством мороженого, — *welcome to Russia!*»

Недавно был очередной опрос среди наших предприятий. Чего они хотят прежде всего в условиях нарастающего кризиса? Оказалось, что субсидий, снижения налогов и неукрепления курса рубля... Можно трактовать это как ограниченность и стремление к патернализму государства, а можно и по-другому: отечественный бизнес выучил урок с «ЮКОСом» и больше не поднимает вопросы про правосудие или право собственности. Мне кажется, что произошел очень серьезный перелом в сознании, когда, с одной стороны, бизнес не поднимает этот вопрос, а с другой — он голосует ногами. В таких условиях преодолевать кризис будет некому.

Когда мы сегодня столкнулись с проблемой экономического кризиса, это надо иметь в виду, потому что нам все время говорят, что «экономисты не предусмотрели», «элиты не ожидали»... Подождите! Что, кто-нибудь говорил, что государственные компании эффективны или они создают нормальную конкурентную среду? Или что привлечение прямых иностранных инвестиций - это вредно для экономики? Это что, кто-то из вменяемых экономистов говорил? Поэтому когда мы говорим о сегодняшнем кризисе, то нужно иметь в виду, что мы вошли в него с не созданными, а во многих случаях разрушенными институтами рынка. И сегодняшний кризис — это в значительной степени следствие пяти лет после 2003 г., потому что этот год, удивительным образом, дата не только дела «ЮКОСа», но и начала сумасшедшего роста нефтяных цен. Они были хорошими с 1999 по 2003 г., но с 2003 по 2008 г. их рост был фантастическим.

В.В. КЛЮВГАНТ: Про правосудие еще хотел бы сказать пару слов в этой аудитории. Я знаю, что у вас предыдущий круглый стол, где мне

не довелось, к сожалению, участвовать, был посвящен такой горячей теме, как единство правоприменительной и, в частности, судебной практики. Насколько это хорошо и при каких условиях это хорошо или плохо. Вот только иллюстрация, тут даже особых комментариев, как мне кажется, не требуется. По первому приговору от 2005 г. Ходорковский и Лебедев признаны виновными в том числе в уклонении от уплаты налогов, которое выразилось в том, что в отчетности были указаны льготы, фактически им не предоставлявшиеся. Ну, не им лично — компаниям. Это компании, действовавшие в так называемых закрытых территориальных образованиях, или внутренних оффшорах по-другому. И одновременно есть приговоры в отношении глав этих самых муниципальных образований, которые признаны виновными в том, что они незаконно предоставили эти льготы этим самым компаниям. Приговоры вступили в силу, ни одна инстанция не прореагировала на то, что есть такие неустрашимые противоречия.

Руководители дочерних нефтедобывающих компаний признаны виновными в том, что способствовали уклонению от уплаты налогов путем участия в этих схемах сбыта через использование трансфертных цен и операционных компаний. В этих приговорах, вступивших в законную силу, написано, что данные сбытовые схемы создавались с целью незаконного уклонения от уплаты налогов, о чем говорил Михаил Александрович. В ныне рассматриваемом деле обвинение считает эти же самые схемы с участием тех же самых организаций способами хищения нефти.

А.Г. ФЕДОТОВ: То есть налоги с хищения не заплатили...

В.В. КЛЮВГАНТ: Да, и это еще легализация. Дальше. Когда банкротили «ЮКОС», то ему доначислили налоги. На что? Вот на эту же самую «похищенную» нефть. Если считать, что нефть похищена, — как это может быть основанием это для начисления налогов? Во вступивших в законную силу решениях арбитражных судов написано, что фактическим собственником всей добытой и реализованной нефти был «ЮКОС». Сейчас в обвинении написано, что вся эта нефть была похищена организованной группой. Вопрос: что делать с налогами? Что делать с банкротством «ЮКОСа», где основным кредитором была налоговая служба? Если нынешнее обвинение признать обоснованным, налоги надо вернуть, «ЮКОС» восстановить.

Та нефть, которую обвинение считает похищенной, покупалась в соответствии с генеральными соглашениями, которые были заключены

между каждой из дочерних компаний и «ЮКОСом». Все эти генеральные соглашения тогда, при их заключении, были оспорены в суде налоговыми или антимонопольными органами, в отдельных случаях некоторыми миноритариями. По всем этим искам есть судебные решения, принятые разными судами разных регионов страны, во всех трех инстанциях. Все арбитражные суды в соответствующих судебных актах сказали, что указанные генеральные соглашения законны, не ущемляют интересов государства или других лиц. В исках отказать. Теперь эти генеральные соглашения обвинением трактуются как способ хищения.

Конституционный Суд в январе 2008 г. сказал, что надо наряду с другими доказательствами учитывать и решения арбитражных судов. И опровергнуть эти решения можно только в применимой процедуре. Что будет делать с этим суд, рассматривающий дело, я не знаю. Это к вопросу о единстве судебной практики в наших реалиях.

Т.Г. МОРШАКОВА: Сначала об общем. Что мне хотелось сказать? Мы говорили о верховенстве права, российской правовой доктрине и российской правовой практике. Очень мало кто отличает верховенство права от того, что у нас называют верховенством закона или даже его диктатурой. И в связи с этим я хотела бы сказать, что в нашем правовом развитии отрицательные последствия дает как раз то, что часто в предыдущие десятилетия рассматривалось как создающее преимущество. А именно нормативистский подход. Речь идет о том, что максимально, к чему мы можем призывать наших сограждан, наших правоприменителей и наше государство в целом либо возглавляющие его элиты, — это некое такое пожелание соблюдать закон, и при этом приходится без конца сетовать на то, что он все-таки не соблюдается. На самом деле не спасает и соблюдение закона. Зависит же это не только от умонастроения или правосознания, но в том числе и от состояния законодательства.

Сегодня говорили, что правовые нормы — они разные, часто противоречивые, так вот, именно склонность призывать только к исполнению закона исходя из старого нормативистского подхода лишает нас того, чтобы надеяться на положительный результат, включая даже такой, как самостоятельность и независимость судебной власти, потому что если суд привязан к закону, тогда он одновременно привязан и к систематическому его нарушению и к систематически неправильному толкованию этого закона, какое дается официальными инстанциями, т.е. которое имеет место со стороны официальной публичной власти, в том числе и самых высоких судебных инстанций.

Верховенство права

Мне хотелось обратить внимание, — и это должно быть заглавной идеей монографии, как-то нас всех соединяющей, — что если мы провозглашаем не нормативистский лозунг следовать тексту или букве закона, а провозглашаем другой лозунг — лозунг следования общим принципам права, простят мне, может быть, все присутствующие здесь это утверждение, часто называемое демагогией, если мы будем настаивать именно на приоритете общих принципов права (я сейчас не говорю о том, из каких источников мы его будем черпать), то тогда мы можем в определенной мере надеяться и на самостоятельность суда. Хотя это требует сложного развития. Но это просто тезис. Тезис № 1.

Тезис № 2 связан с выступлением уважаемого господина Григорьева. Конечно, это экономически очень интересное изложение истории нашей приватизации, но завершившееся все-таки такой фразой: «право не может противодействовать политическому наезду». И эта фраза кажется мне тревожной. Почему? Я вполне готова согласиться с этим тезисом, что право не может противодействовать политическому наезду, но при одной оговорке. Оговорка эта вот в чем заключается. С этим тезисом можно согласиться, если власть и право — вещи несовместимые; если власть праву не подчиняется, то да, конечно, никакой возможности противодействовать политическому наезду нет. И в связи с этим я уже как-то говорила в нашем замечательном клубе о том, что Том Карозерс когда-то про это сказал, я настаиваю на повторении этого тезиса. Мне кажется, что в нем есть определенный такой правовоспитательный, если хотите, заряд; хотя, может быть, я просто слишком оптимистична или утопична в своих представлениях, но я считаю, что это необходимо повторять для тех, кто стремится к формированию правового государства в трансформирующихся государствах: самую главную опасность в этом процессе представляют властные элиты, которые не желают подчиняться праву. Если мы не будем настаивать на верховенстве права, я не знаю, какой у нас есть другой способ воспитания власти, тем более что именно юристы, очевидно, должны обращаться с подобного рода призывами. И мне кажется, что к этому нужно обращаться все время.

Мы постоянно сегодня возвращаемся к одному тезису про рыбу. Вот я считаю, что цель, которая у судей реально является двигателем их деятельности, задана им властью, даже не обществом. Она задана властью. Власть поменяла их подлинные цели конституционной деятельности на другие цели, на цели самоохранны, самозащиты, потому что они перед ней беспомощны. Вот и все. Мы хотим, чтобы судьи были героями, никогда не будет этого. И вообще жалко, не нужно. Знаете

Диалоги третьего круглого стола

этот известный афоризм Брехта: очень жаль те народы и те общества, где так нуждаются люди в героях. Это должно быть нормой поведения. Герой может быть один, это не делает стабильной правовую систему. Поэтому нужны механизмы.

В.И. ЛАФИТСКИЙ: Прошу прощения, но если человек берет на себя ответственность за судьбу других людей — уже это героизм. В моем представлении, в моем восприятии человек, который решает судьбы других людей, который может осуждать, может миловать, — это уже герой. Ведь речь идет о судьбе другого человека.

Т.Г. МОРЩАКОВА: Прошу прощения за цинизм невольный, но, общаясь с конкретными судьями как в Москве, так и за ее пределами, к сожалению, приходится видеть следующее: они, не замечая, произносят совершенно спокойно слова: мое начальство, мое руководство, что я буду докладывать, я не могу это объяснить руководству. Это с одной стороны. А с другой стороны, решая судьбы людей, они, к сожалению, во вторую очередь задумываются об этих судьбах, а в первую — о том, что я сказала в пункте первом. Это, увы, реалии, и, наверное, действительно они не сами собой возникли, эти реалии, и не потому, наверное, они возникли, что самые плохие люди стали судьями в нашей стране. Но вот есть то, что есть. Это невероятно печально и трагично, но не признавать это, наверное, — значит загонять проблему вглубь!

ГЛАВА 6

СУД В БОРЬБЕ ЗА СОБСТВЕННОСТЬ И ВЛАСТЬ ОЧЕРК ИСТОРИЧЕСКОГО И СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОГО ИССЛЕДОВАНИЯ

Введение

В последние годы в России суды часто обвиняются в том, что они стали частью единой коррумпированной системы, порожденной в эпоху всеобщего передела собственности. Эта эпоха началась с приватизации государственной собственности, потом получила развитие в ходе кровавых разборок между враждующими предпринимателями и преступными группировками, а в последние годы проявляется в виде так называемых рейдерских захватов, «черного» риелторства, «беловоротничковых» преступных деяний по разворовыванию государственных и частных средств.

Многие схемы передела собственности осуществлялись при непосредственном участии либо под прикрытием судов. Это вызвало мощную лавину негодования, которая потенциально может разрушить не только суды, но и слабые ростки экономики России. Поэтому так важно разобраться в самой природе этого явления, раскрыв причины, а также формы участия судов в борьбе за собственность и власть. А они появились не в «смутные» 1990-е годы, а намного раньше, и не только в России, но и во всех без исключения странах.

1. Правосудие в зеркале священных писаний

Все священные писания повествуют об ожесточенной и постоянной борьбе за собственность и власть.

Так, «Ригведа», священный текст индоарийских народов, уходящий в неведомую даль веков, призывает «в борьбе за права собственности» не только приносить жертвы, чтобы обрести союзников среди богов¹, но и соблюдать повеления закона:

«Много есть вознаграждений у закона:

Познание закона разбивает (все) хитросплетения.

¹ Ригведа. X, 42 (здесь и далее цит. по: Ригведа. М., 1989).

Глава 6. Суд в борьбе за собственность и власть

Зов закона пронзил глухие уши
Человека, пробуждая, пылая.
У закона есть твердые основы...
Придерживающийся закона, от закона и получает»¹.

«Ригведа» призывала противопоставить силу закона тем, кто охраняет «источник беззакония» и «пестует неправедные речи»².

Древнеиранский пророк *Заратустра* в одной из своих проповедей так воспевал Закон:

«Кто, Мазда, защитит меня
от недругов со всех сторон?
Кто кроме твоего Огня
и Мысли, что плодит Закон,
сияющий средь бела дня?
Коль враг Закона поспешит
с враждою к дому моему,
Ахура, ты его лиши
покойной жизни, кинь во тьму
и злом за зло воздай ему!
Кто первым выдохнул в века,
что ты подмога и судья?
А что изрек Творцу быка
Закон, — нам скажет Мысль твоя,
которой повинуюсь я»³.

Первый законодатель античной традиции легендарный царь Крита *Минос* раз в 9 лет встречался с Зевсом и, выслушав его откровения, слал свои законы. Ему принадлежит изречение, не утратившее своего значения и в наши дни: «Законы должны быть выше и самодержца, и народа». В древнегреческой мифологии *Минос* стал судьей в загробном мире:

«Скипетр в деснице держа золотой, там умерших судил он
Сидя; они же его приговора, кто сидя, кто стоя,
Ждали в просторном с вратами широкими доме *Аида*»⁴.

¹ Ригведа. IV, 23.

² Ригведа. V, 12.

³ Заратустра: Учение огня: Гаты и молитвы. М., 2002. С. 100-101; Авеста: Избранные гимны; Из Видевдата. М., 1993.

⁴ Одиссея. XI, 569 и сл.; XIX, 178 и сл. Перевод — В. Жуковского.

Верховенство права

Наиболее яркие картины борьбы за собственность и власть предстают на страницах Ветхого Завета. Чтобы остановить ее, *Моисей* учредил суды и ввел жесткие критерии отбора судей. Первый критерий — способность выполнять функции правосудия и управления делами общества. Предполагалось, что судьи должны обладать определенными знаниями, способностью их применять, пользоваться уважением своих соплеменников. Вторым критерием — боязнь Бога. Судьи должны были верить в Высший суд, перед которым им предстояло ответить за принятые несправедливые решения. Вера в Бога освобождала от многих пороков либо сдерживала их проявление. Третьим критерием — правдивость. Судьи должны были стремиться к познанию истины, иметь верные суждения, выносить правильные решения. Четвертым критерием — неприятие корысти¹.

Очевидно, Моисей сознавал опасность превращения судов в орудие борьбы за собственность и власть. Поэтому он предъявлял жесткие требования к судьям, постоянно наставляя судей исполнять заповеди, полученные от Бога и скреплявшие народ Израиля в единое целое². Приведу лишь некоторые из них:

«Не следуй за большинством на зло, и не решай тяжбы, отступая по большинству от правды; и бедному не потворствуй в тяжбе его... Не суди превратно тяжбы бедного твоего. Удаляйся от неправды и не умерщвляй невинного и правого, ибо Я не оправдаю беззаконника. Даров не принимай, ибо дары слепыми делают зрячих и превращают дело правых»¹.

«Выслушивайте братьев ваших и судите справедливо, как брата с братом, так и пришельца его. Не различайте лиц на суде, как малого, так и великого выслушивайте: не бойтесь лица человеческого, ибо суд — дело Божие; а дело, которое для вас трудно, доводите до меня, и я выслушаю его»⁴.

Попытку остановить вечную борьбу за собственность и власть предпринял великий философ *Конфуций*, создавший одно из самых ярких этико-правовых учений. Ему принадлежат следующие слова, которые не утратили актуальности и в наши дни: «Если наставлять народ путем введения правления, основанного на законе, и поддерживать порядок угрозой наказания, то народ станет избегать наказаний и лишится чувства стыда. Если наставлять народ путем введения правления,

1 Исход. Глава 18. Стих 21.

2 Левит. Глава 18. Стих 3.

3 Исход. Глава 23. Стихи 2-3, 6-8.

4 Второзаконие. Глава 1. Стихи 16 и 17.

Глава 6. Суд в борьбе за собственность и власть

основанного на добродетели, и поддерживать порядок путем использования Правил, то в народе появится чувство стыда и он исправится»¹.

Приведу еще одну фразу Конфуция: «Я не хуже других разбираю тяжбы, но лучше бы их вовсе не было»². Собственно в этом и заключено высшее предназначение права, о котором мы, как правило, забываем.

Остановить вечную борьбу за собственность и власть пытался и *Будда*. «Мой закон, — говорил он, — есть закон милости для всех»³. И призывал неустанно вершить добро, проявляя «безмерную любовь к высшим, к низшим, к равным с нами, беспредельно, без вражды и соперничества... Это называется жизнью в Боге»⁴.

«Не от мира сего» было и Царство Божие *Иисуса*⁵. В нем, согласно древнему завету, Он должен был низложить сильных с престолов и вознести смиренных, исполнить алчущих благ, а богатых отпустить ни с чем⁶.

В Его Царстве не было судов, потому что люди должны были прощать друг другу прегрешения. Обосновывая Свое видение нового правопорядка, Он повторял слова Всевышнего: «Милости хочу, а не жертвы»⁷. И призывал: «Не судите и не судимы будете, ибо каким судом судите, таким будете судимы; и какую мерою мерите, такую и вам будут мерить»⁸.

Призыв к истинному правосудию содержится и в Коране: «Аллах повелевает... когда вы судите среди людей, то судите по справедливости»⁹.

Обобщая, можно отметить, что священные тексты всех народов ставили целью положить предел бесправию, установить подлинные начала правосудия по примеру высшего, Божьего суда. Но эту цель никто достичь не сумел.

2. Правосудие в зеркале литературных памятников прошлого

Испокон веков суды служили не только добру, но и злу. Возможно, чаще злу, поскольку суд всегда был одним из самых действенных инструментов борьбы за собственность и власть. И так было всегда, что подтверждают многие свидетельства прошлого.

¹ Лунь Юй. 2:3 (здесь и далее цит. по: Конфуцианское «четверокнижие» («Сы Шу»). М., 2004).

² Лунь Юй. 12:13.

³ Пицель Р. Будда, его жизнь и учение. М., 1911. С. 67.

⁴ Цит. по: Пицель Р. Указ. соч. С. 108, 110-111.

⁵ Евангелие от Иоанна. Глава 18. Стих 36.

⁶ Евангелие от Луки. Глава 1. Стихи 52—53.

⁷ Евангелие от Матфея. Глава 12. Стих 7.

⁸ Там же. Глава 7. Стихи 1—2.

⁹ Коран. Сура 4. Стих 61.

Верховенство права

Так, в одном из древнейших литературных памятников Китая — в *Шицзин* (XI–VI вв. до н.э.), «Книге песен и гимнов», рассказано о тех бедствиях, которым подвергся Древний Китай в результате забвения идеалов правосудия и права:

«Я взор подъямлю к небесам,
Но нет в них сожаленья к нам.
Давно уже покоя нет,
И непосильно бремя бед!
Где родины моей оплот?
Мы страждем, гибнет наш народ:
Как червь, его грызете вы,
Мученьям нет конца, увы!
Законов сеть и день, и ночь
Ждет жертв - и нечем им помочь...»¹

Удивительно созвучны в описании зол беззакония стихи *Гесиода* (VII–VIII вв. до н.э.), древнейшего поэта Греции:

«Правду заменит кулак. Города подпадут разграбленью.
И не возбудит ни в ком уваженья ни клятвохранитель,
Ни справедливый, ни добрый. Скорей наглецу и злодею
Станет почет воздаваться. Где сила, там будет и право»².

Библия - книга бытия от сотворения мира до распятия Христа и первых дней христианства — содержит много описаний того права, где правители — преступны, законы — несправедливы и, что самое страшное, — неправедны суды.

В одном из своих псалмов *царь Давид* обращается к судьям: «Подлинно ли правду говорите вы, судьи, и справедливо судите, сыны человеческие? Беззаконие составляете в сердце, кладете на весы злодеяния рук ваших на земле. С самого рождения отступили нечестивые; от утробы матери заблуждают, говоря ложь»³.

Тот же мотив звучит в псалме *Асафа*: «Доколе будете вы судить неправедно и оказывать лицепрятие нечестивым? Давайте суд бедному и сироте; угнетенному и нищему оказывайте справедливость. Избавляйте бедного и нищего, исторгайте его из руки нечестивых. Не знают, не разумеют, во тьме ходят; все основания земли колеблются. Я сказал:

¹ Шицзин. Царю Ю-Вану // *Конфуций. Уроки мудрости*. М., 2000. С. 364.

² *Гесиод. Труды и дни*. С. 189–192. Перевод В.В. Вересаева.

³ Псалтирь. Псалом 57. Стихи 2–4.

Глава 6. Суд в борьбе за собственность и власть

вы — боги, и сыны Всевышнего — все вы. Но вы умрете, как люди, и падете, как всякий из князей...»¹

Суть правосудия извращалась даже в благословенные времена царя Соломона, о чем свидетельствовал *Екклесиаст*: «Видел я под солнцем: место суда, а там беззаконие; место правды, а там неправда»².

Страшные картины правового небытия рисовали библейские пророки. *Пророк Исая* с болью праведного сердца обличал пороки, в которых погряз Иерусалим:

«Сделалась блудницею верная столица, исполненная правосудия! Правда обитала в ней, а теперь — убийцы. Серебро твое стало изгарью, вино твое испорчено водою. Князья твои — законопреступники и сообщники воров; все они любят подарки и гоняются за мздою; не защищают сироты, и дело вдовы не доходит до них»³.

Продолжая, он писал: «Пути мира они не знают, и нет суда на стезях их; пути их искривлены, и никто, идущий по ним, не знает мира. Потому-то и далек от нас суд, и правосудие не достигает до нас; ждем света, и вот тьма, — озарения, и ходим во мраке. Осязаем как слепые стену, и, как без глаз, ходим ошупью, спотыкаемся в полдень, как в сумерки, между живыми — как мертвые»⁴.

Минует еще несколько столетий. Христианство станет господствующей религией во многих государствах Европы. Но суды в них более праведными не станут.

Примечательно следующее описание Знатока права в «Кентерберийских рассказах» *Джеффри Чосера* (1340—1400):

«Был с ними важный чопорный Юрист...
Не видел свет стяжателя такого,
И все ж о нем не слышали дурного.
Ведь сколько б взяток ни дал виноватый —
Он оправдать умел любую плату.
Работник ревностный, пред светом целым,
Не столько был им, сколько слыть умел им.
Он знал законы со времен Вильяма
И обходил — уловкой или прямо —
Любой из них, но были неоспорны
Его решенья...»⁵

¹ Псалтирь. Псалом 81. Стихи 2—7.

² Екклесиаст. Глава 3. Стих 16.

³ Книга пророка Исая. Глава 1. Стихи 21—23.

⁴ Там же. Глава 59. Стихи 8—10.

⁵ Чосер Дж. Кентерберийские рассказы. Общий пролог. М., 1973. С. 41—42.

Верховенство права

Блестящую картину «теневых» сторон правосудия создал *Франсуа Рабле* (1494-1553):

«Зарождающиеся судебные дела на первых порах представляются бесформенными и органов лишенными. Они тогда еще располагают всего лишь одной или же двумя бумагами: это животные-уродцы. Но когда вы ими доверху набьете сумки, всюду их навалите, все ими завалите, вот уж тут можно будет сказать положила руку на сердце, что дела возмужали и обрели форму... Судебные исполнители, судебные приставы, сторожа, ходатаи по делам, прокуроры, комиссары, адвокаты, судебные следователи, письмоводители, нотариусы, писцы и местные судьи неустанно и непрерывно высасывают кошельки тяжущихся сторон... Так судебные процессы достигают совершенства, достигают стройности и красоты форм...

Litigando jura crescunt,

Litigando jus acquiritur

(Тяжбами расцветают законы,
Тяжбами крепнет право)¹.

И настоящим приговором судам звучала оценка другого французского писателя и философа - *Мишеля де Монтеня* (1553—1592): «Даже человеческий разум — и тот является предметом торговли, а законы — рыночным товаром... Есть ли что-нибудь более дикое, чем видеть народ, у которого на основании освященного законом обычая судебные должности продаются, а приговоры оплачиваются звонкой монетой; где, опять-таки совершенно законно, отказывают в правосудии тем, кому нечем заплатить за него; где эта торговля приобретает такие размеры, что создает в государстве в добавление к трем прежним сословиям — церкви, дворянству и простому народу — еще и четвертое, состоящее из тех, в чьем ведении находится суд; это последнее, имея попечение о законах и самовластно распоряжаясь жизнью и имуществом граждан, является наряду с дворянством некоей обособленной корпорацией...»²

А теперь перенесемся в Россию, точнее, к тем образам права, которые описаны на страницах романа *Л.Н. Толстого* (1828—1910) «Воскресение». Приведу лишь один фрагмент — диалог адвоката и Нехлюдова:

« — В этом-то и ошибка, что мы привыкли думать, что прокуратура, судейские вообще — это какие-то новые либеральные люди. Они и были когда-то такими, но теперь это совершенно другое. Это чиновники, озабоченные только двадцатым числом. Он получает жалованье, ему

¹ *Рабле Ф. Гаргантюа и Пантагрюэль // Мир Данте. Т. 2. С. 403-404.*

² *Монтень М. Опыты. Т. 1. М., 1992. С. 127, 134.*

нужно побольше, и этим и ограничиваются все его принципы. Он кого хотите будет обвинять, судить, приговаривать...

Я всегда говорю господам судейским, — продолжал адвокат, — что не могу без благодарности видеть их, потому что если я не в тюрьме, и вы тоже, и мы все, то только благодаря их доброте. А подвести каждого из нас к лишению особенных прав и местам не столь отдаленным — самое легкое дело.

— Но если это так и все зависит от произвола прокурора и лиц, могущих применять и не применять закон, так зачем же суд?

Адвокат весело расхохотался.

— Вот какие вопросы вы задаете! Ну-с, это, батюшка, философия»¹.

И финальным аккордом в этой части очерка должна по праву стать притча чешского писателя *Ф. Кафки* (1883—1924). В ней звучат многие голоса: проклятия неправедным судам, мольбы о милосердии, мечты о новом праве: «Вот что сказано во Введении к Закону. У врат Закона стоит привратник. И приходит к привратнику поселянин и просит пропустить его к Закону. Но привратник говорит, что в настоящую минуту он пропустить его не может. И подумал проситель и вновь спрашивает, можетли он войти туда впоследствии? «Возможно, — отвечает привратник, — но сейчас войти нельзя»... Привратник подал ему скамеечку и позволил присесть в сторонке, у входа. И сидит он там днем за днем и год за годом... Приходит старость... Уже меркнет свет в его глазах, и он не понимает, потемнело ли вокруг или его обманывает зрение. Но теперь, во тьме, он видит, что неугасимый свет струится из врат Закона. Но жизнь его приходит к концу. Перед смертью все, что он испытал за долгие годы, сводится в его мыслях к одному вопросу — этот вопрос он еще ни разу не задавал привратнику. Он подзывает его кивком — окоченевшее тело уже не повинуется ему, подняться он не может. И привратнику приходится низко наклониться — теперь по сравнению с ним проситель стал совсем ничтожного роста. «Что тебе еще нужно узнать? — спрашивает привратник. - Ненасытный ты человек!» - «Ведь все люди стремятся к Закону, — говорит тот, — как же случилось, что за все эти долгие годы никто, кроме меня, не требовал, чтобы его пропустили?» И привратник, видя, что поселянин уже совсем отходит, кричит изо всех сил, чтобы тот успел услышать ответ: «Никому сюда входа нет, эти врата были предназначены для тебя одного! Теперь пойду и запру их...»²

И в завершение добавим: судьбу такого «поселянина» может разделить каждый — даже тот, кто сейчас имеет силу, богатство и власть.

¹ Толстой Л.Н. Воскресение. М., 1960. С. 247-248.

² Кафка Ф. Процесс // Избранное. М., 2001. С. 177-178.

3. Два лика законодательства

Основные задачи законов — защита устоев государства, укрепление царской, королевской или княжеской власти, обеспечение интересов господствующих (правлящих) в обществе сил.

Один из древнейших памятников светского законодательства — *Законы Хаммурапи* (XVIII в. до н.э.) — провозглашал «владычество» царя над всеми людьми¹. Таким же образом закреплял верховную власть правителей другие законодательные акты. Обосновывая эти нормы, *Шан Ян* (390—338 гг. до н.э.), один из основателей китайской школы легистов, откровенно писал: «Когда же был поставлен государь, то было отвергнуто почитание мудрых и установлено почитание тех, кто занимает высокое положение»².

При этом отметим, что подобные нормы были характерны не только для восточных деспотий.

Так, в 1086 г., через 20 лет после покорения Англии, Вильгельм Завоеватель объявил себя верховным собственником всей земли и потребовал от всех землевладельцев принесения ему присяги на верность. Все они стали вассалами короля³. В том же году была осуществлена полная перепись населения и земельных владений королевства. Более 15 тыс. поместий (маноров) и около 200 тыс. дворов были занесены в «*Книгу Страшного суда*». Этой акцией была подкреплена власть короля⁴.

Подобных актов в истории права западных стран было много.

В качестве примера можно привести *Акт о верховенстве*, изданный королем Генрихом VIII в 1534 г. с целью расторгнуть связь с католической церковью. Его принятие было обосновано необходимостью «усилить достоинство Христианской религии в Английском королевстве, подавить и искоренить все ошибки, ереси и другие ненормальные явления и злоупотребления». А средством решения этой задачи стало провозглашение короля (и его наследников) «единственным верховным главой на земле Церкви Англии, именуемой Англиканской Церковью». Королю передавался не только указанный титул, но и «все звания и знаки отличия, преимущества, юрисдикции, привилегии, власть, иммунитеты, доходы и предметы, принадлежащие и имеющие отношение к званию верховного главы указанной Церкви»⁵.

¹ <http://www.Mst.msu.ru/ER/Etext/haramurap.htm>.

² Древнекитайская философия. Т. 2. М., 1978. С. 220.

³ Подробнее см.: История государства и права зарубежных стран / Под ред. П.Н. Галанзы и Б.С. Громакова. М., 1980. С. 313.

⁴ Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 1988. С. 261.

⁵ <http://www.britainexpress.com/History/tudor/supretriacy-henry-text.htm>.

Глава 6. Суд в борьбе за собственность и власть

Интересно отметить, что столетия спустя во многом сходную правовую модель использовала *Конституция РСФСР 1918 г.* Она отменила частную собственность на землю, леса, недра и воды, «животный и мертвый инвентарь», образцовые поместья и сельскохозяйственные предприятия, банки, фабрики, заводы, рудники, железные дороги и прочие средства производства и транспорта (п. «а» — «ж» ст. 3). Их собственником стало государство в лице его единственной партии — партии большевиков. По сути это было возрождение прежних форм крепостничества, но с одной существенной разницей: привилегия эксплуатировать человека отныне принадлежала государству.

Нет необходимости доказывать, что суды практически всегда стояли на страже интересов тех, кто был на вершине власти, — будь то монархи, диктаторы, демократические избранные правительства либо правящие политические партии. Суды — это органы государственной власти. И как таковые они не могут быть беспристрастными к интересам не только государства в целом, но и тех, кто его представляет. Провести грань между такими интересами крайне сложно. И, как показывает история, суды крайне редко их разделяли. Достаточно вспомнить многие громкие судебные процессы прошлого, которые возбуждались, чтобы пополнить государственную казну либо уничтожить потенциально опасных претендентов на власть.

Впрочем, пристрастными суды были и в других делах, отдавая предпочтение представителям своего сословия, а также тем, кто обладал большей силой и властью. Чтобы подтвердить этот тезис, обратимся к одному из наиболее ярких законодательных актов средневековой Англии — *Ордонансу о судьях*, изданному королем Эдуардом III в 1346 г.:

«Из многочисленных жалоб, поступающих к нам, мы узнали, что закон нашей страны, который согласно нашей коронационной клятве мы обязаны поддерживать, плохо соблюдается, и его осуществление часто нарушается разными способами благодаря корыстной поддержке и защите одной из тяжущихся сторон как в судах, так и вообще в стране. Поэтому движимые в этом деле совестью и желая быть угодными Богу, облегчить и успокоить наших подданных, а также свою совесть, и для того, чтобы обеспечить выполнение нашей вышеупомянутой клятвы, мы с согласия магнатов и других мудрых людей из нашего совета постановили следующее.

Статья I. Мы приказываем, чтобы наши судьи отныне обеспечивали осуществление закона и прав для всех наших подданных, в равной мере богатых и бедных, независимо от личности, и не нарушали бы их

Верховенство права

права из-за каких-либо писем или распоряжений, полученных судьями от нас или от кого-либо другого...

Статья IV. Далее мы приказали и твердо настаиваем на том, чтобы под страхом наказания никто из членов нашего дома или наших приближенных, а также ни прелаты, ни эрлы, ни бароны, ни другие большие и малые люди, какого бы они ни были сословия или состояния, не принимали участия в каких-либо тяжбах, не касающихся их лично, с тем, чтобы поддерживать в них какую-либо сторону тайно или открыто, за подарки или посулы, ради дружбы или покровительства, из-за недоверия и ненависти или по какой-либо другой причине, так как это нарушает закон и затрудняет его действие...»¹

Появление таких актов объяснялось одним: осознанием того факта, что государство не может устоять, если неправедны суды. Поэтому в законодательстве испокон веков проявлялись тенденции не только к защите интересов власти и правящих кругов, но и к утверждению подлинных начал правосудия, основанных на принципах справедливости, милосердия, равенства.

Так, оценивая свое законодательство, правитель Афин *Солон* (примерно 640-559 до н.э.) писал:

«Власть даровал я народу в той мере, в какой он нуждался,
Чести его не лишил, но и не дал лишних прав.
Также о тех позаботился я, кто богатством и силой
Всех превзошел, — чтобы их не опозорил никто.
Встал я меж тех и других, простерев мощный щит свой над ними,
И запретил побеждать несправедливо других»².

В *Кодексе Юстиниана* (529—534) сказано о том, что судей по заслугам называют жрецами, ибо они заботятся о правосудии, возвещают понятия доброго и справедливого, «отделяя справедливое от несправедливого, отличая дозволенное от недозволенного, желая, чтобы добрые совершенствовались не только путем страха наказания, но и путем поощрения наградами, стремясь к истинной... философии»³.

В *Аахенском капитулярии Карла Великого 802 г.* содержался следующий примечательный призыв: «Никто да не дерзает, по умыслу своему или по лукавству, нарушать, как это многие часто делают, писанный закон

¹ Восточная литература. Средневековые исторические источники Востока и Запада (*БГр://фт./\o&1Б.т?o/Тех\&/ОoЪ1тыЛу/ин%/X1У/ Ро8йпоу1енца_о_8и<заспАех1:р1ит*).

² *Плутарх. Избранные жизнеописания*. Т. 1. М., 1987. С. 159-160, 174.

³ *Статья первая титула первого Кодекса Юстиниана (Дигесты Юстиниана: Избр. Фрагменты / Пер. и примеч. И. С. Перетерского. М., 1984).*

Глава 6. Суд в борьбе за собственность и власть

или (чинить) самому себе правосудие, и да не притесняет ни церковей Божьих, ни бедных, ни вдов, ни сирот, и никаких вообще христиан; но да живут все вместе, согласно предписанию Божьему, праведно и правосудно...»¹

Книга Суда (Doom Book), первый английский свод законов короля Альфреда (конец IX в.), содержала следующее наставление судьям: «Суди очень ровно: не приговаривай одного приговора богатому, а другого — бедному и не приговаривай одного твоему другу, другого твоему недругу»².

Еще более полно требования к справедливому правосудию отражены в *Законах датского короля Кнута*, завоевавшего Англию в 1017 г. «Первое, чего я желаю, — повелевал новый король, — это чтобы вводились хорошие законы и усердно уничтожалось всякое беззаконие и чтобы всякая несправедливость выкорчевывалась и искоренялась, как только возможно, в этой стране. И пусть установится правда Божья, и пусть отныне каждый, бедный и богатый, будет под защитой народного права, и да судят их по справедливости...»⁵

Призыв к подлинному правосудию содержался и в *Великой хартии вольностей 1215г.* Было установлено, что ни один свободный человек не должен арестовываться или заключаться в тюрьму, лишаться владений, объявляться вне закона, подвергаться изгнанию «иначе, как по законному приговору равных с ним лиц и по закону страны»⁴.

С конца XII в. рассмотрение многих гражданских дел в Англии стало осуществляться с участием 12 присяжных, которые оценивали факты, а не применимое право. Суд присяжных стал применяться и при рассмотрении уголовных дел. В его функции входило вынесение вердикта о виновности или невиновности лица, представшего перед судом. С XIV в. в Англии вводится институт большого жюри в составе 24 свободных землевладельцев графства для утверждения обвинительных заключений. Впрочем, отметим, что до 1670 г. присяжные могли быть привлечены к ответственности в виде штрафа либо тюремного наказания, если судья признавал вынесенный ими вердикт неправильным⁵.

¹ Восточная литература. Средневековые исторические источники Востока и Запада (<http://www.vosmt.irfo^exts/D^>)

² Medieval Sourcebook: The Anglo-Saxon Doms. 560—975 (<http://www.fordham.edu/halsall /source/560-975doms.htm>).

⁵ Восточная литература. Средневековые исторические источники Востока и Запада (<http://www.vosmt.ir/oAexts/Dokumenty/Er^/XI/IOM>)

⁴ Конституции и законодательные акты буржуазных государств XVII—XIX вв. М., 1957. С. 15-22.

⁵ Уолкер Р. Английская судебная система. М., 1980. С. 43.

Верховенство права

Особого внимания заслуживает удивительный по глубине содержания, но, как ни странно, мало известный памятник русского права второй половины XIII в. — *Мерило Праведное*, в котором содержались наставления судьям, нормы канонического и светского права¹.

По убеждению составителей «Мерила Праведного», Русскую Землю могли спасти только возрождение христианских заповедей и утверждение подлинных начал правосудия. И книгу свою они составляли как «известие истинное, свет уму, око слову, зеркало совести, тьме светило, слепому помощь, как ум премудрый и сокровенный разум» (лист второй).

С тех же позиций обосновывал критерии правосудия *Полный свод статутів польского короля Казимира III (XIV в.)*: «В судебных делах у справедливых судей нельзя ничего добиться обманом, взять верх лицемерием, опрокинуть правосудие за плату... судьи, держа весы в руке, взвешивая равными чашами, должны выносить справедливый приговор, имея перед глазами при его обдумывании и составлении самого Бога; они не должны быть расточителями своей чести и ее гонителями, причиняя ущерб какой-либо стороне против своей совести и справедливости, из лицемерия или за подарки» (ст. CXIII)².

Еще одним примером может служить *Ландслаг (Закон земли) короля Швеции Магнуса Эрикссона 1347г.*, который закрепил следующие обязанности короля: «Защищать, любить и охранять своим королевским правом и властью все справедливое и истинное и подавлять все несправедливое, дурное и незаконное... быть верным всему своему народу; никоим образом не причинять ущерба ни жизни, ни телу ни бедного, ни богатого, если тот не уличен в преступлении по закону и правам королевства; не отбирать иначе как по закону и законному приговору суда у кого-либо имущество...»

Тенденция к обеспечению подлинного правосудия все более отчетливо прослеживается после принятия английского *Билля о правах 1689г.*, закрепившего такие меры, как запрещение создавать особые суды, приостанавливать действие законов либо освобождать от ответственности.

Так, в Пенсильвании *Великий закон 1682 г?* подробно, в русле традиций англосаксонского права, но в духе христианских ценностей регламентировал вопросы судебной власти. «Все суды должны

¹ В 1962 г. был опубликован оригинальный текст памятника, представленный в виде фотографий рукописных листов без перевода и комментариев (Мерило Праведное. Рукописи XIV в. М., 1962).

² Восточная литература. Средневековые исторические источники Востока и Запада (http://www.vostlit.info/Texts/Dokumenty/Polen/XIV/BCazimir_Statut/text).

³ Его точное название «Законы, согласованные в Англии, и т.д.» (Avalon Project // <http://avalon.law.yale.edu>).

Глава 6. Суд в борьбе за собственность и власть

быть открытыми, — утверждали авторы Закона, — правосудие никогда не должно продаваться, в нем не может быть отказано, его отправление не должно откладываться» (ст. V).

После Войны за независимость новые начала судоустройства и правосудия были закреплены *Конституцией США 1787г.* Она, в частности, установила, что судебная власть может принадлежать только Верховному суду США и тем судам, которые будут учреждены по закону Конгресса, что судебная власть должна распространяться на все дела, которые рассматриваются в рамках общего права и права справедливости и возникают на основе законов и договоров Соединенных Штатов, что разбирательство в судах всех преступлений, за исключением дел по импичменту, должно производиться судом присяжных (ст. III).

В ином ключе принципы правосудия раскрыты в *Декларации прав человека и гражданина Франции 1789 г.:*

«Закон есть выражение общей воли... Он должен быть единым для всех, и в тех случаях, когда он охраняет, и в тех случаях, когда он карает» (ст. 6).

«Закон должен устанавливать наказания лишь строго и бесспорно необходимые; никто не может быть наказан иначе, как в силу Закона, принятого и обнародованного до совершения правонарушения и примененного законным образом» (ст. 8).

Пятнадцать лет спустя эти принципы были подкреплены *Гражданским кодексом Франции 1804 г.*, в текст которого была включена, в частности, следующая норма: «Судья, который откажется судить под предлогом молчания, темноты или недостаточности закона, может подлежать преследованию по обвинению в отказе в правосудии».

Принципы правосудия, провозглашенные в ходе двух революций — американской и французской, были подхвачены многими странами. Так, в *Конституции Польши 1791 г.* была установлена следующая норма: «Так как судебная власть несовместима с законодательной и не может осуществляться Королем, должны быть созданы суды и избраны судьи. Суды должны быть постоянно действующими, чтобы каждый гражданин знал, где он может искать правосудие, и чтобы каждый нарушитель знал, как его вершит правительство» (ст. VIII)¹.

В следующем XIX столетии практически повсеместно были разработаны детально проработанные кодексы судопроизводства, которые регламентировали в мельчайших подробностях все стадии рассмотрения дел, права и обязанности участвующих в них лиц.

Но более праведными суды не стали.

¹ *Constitutions that Made History // Ed. by A.P. Blaustein, J.A. Sigler. N.Y., 1988. P. 73-75.*

4. Народные движения в поисках истинного правосудия

Недовольство судебным произволом вызывало мощные народные движения. При этом отметим, что отдельные законодательные акты находили оправдание им. Так, в *Саксонском зеркале* - своде законов Саксонии, составленном Э. фон Репковым в 1220—1235 гг., содержалась следующая норма: «Каждый может... оказывать сопротивление противоправным действиям своего короля или своего судьи и даже оказывать помощь в обороне от них всяким способом... и этим он не действует против своей обязанности верности»¹.

Нередко народ сам пытался установить новые начала правосудия. Об одном из таких эпизодов — новых порядках, установленных во Флоренции в 1292 г., — летописец *Дж. Виллани* (вторая половина XIII в. — 1348 г.) рассказывал так: «Для их исполнения и охраны было решено, кроме шести приоров, управляющих городом, назначать по очереди от каждой сестеры раз в два месяца... гонфалоньера правосудия, чего ранее никогда не было. Знамя справедливости вручалось в церкви Сан Пьеро Скераджо, куда по звону набата собирался народ. Еще по сестерам избрали тысячу горожан... Все они должны были иметь оружие, щиты и латы с гербом в виде креста и в случае беспорядков по команде гонфалоньера собираться ко дворцу приоров, чтобы выступить против грандов. Позднее число выборных пехотинцев дошло до двух, а впоследствии до четырех тысяч»².

В Чехии во время *Гуситских войн* представители радикальной части революционного движения — табориты — в 1420 г. выдвинули требование о коренном преобразовании всей системы судопроизводства так, чтобы суд производился «сообразно с Божественным правом»³.

Стремление осуществить библейские заповеди правосудия лежало в основе Реформации и Крестьянской войны в Германии. Так, вдохновитель Реформации *Мартин Лютер* (1483—1536) призывал уничтожить существующее право, утверждая, что «право и закон всегда враги»⁴, и требовал возродить истинное христианское правосудие.

Более радикальными были требования *Томаса Мюнцера* (1490—1525), который предпринял попытку учредить «новое Царство Божие,

¹ Саксонское зеркало. М., 1985. С. 111.

² Виллани Дж. Новая хроника, или История Флоренции. М., 1997. С. 223.

³ Лаврентий из Бржезовой. Гуситская хроника // Восточная литература. Средневековые исторические источники Востока и Запада (<http://www.vostlit.imo/Texts/rus/Laurentius/frameset3/htm>).

⁴ Berman H. Law and Revolution. V. И: The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Traditions. Harvard, 2003. P. 63.

Глава 6. Суд в борьбе за собственность и власть

царство братского равенства, свободы и радости», в котором будет уничтожено все, что губит правление Христово, все, что повергает народ в бедствие и держит его в нищете¹.

Впрочем, идеализировать «народное» правосудие нельзя. Его почти всегда отличала слепая ненависть к классовым либо политическим врагам, о чем свидетельствуют многие хроники прошлого, описывающие народные бунты, стихийные волнения, судилища. «Народные» суды были столь же далеки от истинного правосудия, как королевские суды. При этом отметим, что все они, какими бы ни были цели их создания, процессуальные формы, служили одной цели — борьбе за собственность и власть.

Природу этого явления блистательно раскрыл *У. Шекспир* в исторической хронике «Ричард VI». Один из ее героев, некий Кэд, возглавивший народный бунт, обещает перебить всех законников². Такие планы он оглашает. Свои же сокровенные мечты хранит в себе: «Самый гордый пэр в королевстве не сохранит головы на плечах, если не заплатит мне дани; ни одна девушка не выйдет замуж, пока не заплатит мне своей девственностью, а потом уж достанется мужу. Все люди будут зависеть от меня...»³

Противопоставляя правопорядок, пусть несовершенный, и стихию народных бунтов, *У. Шекспир* отдавал предпочтение первому.

«Власть, хоть может ошибаться,
Как все другие, все ж в себе таит
Противоядь против дел своих»⁴.

Иное дело — народные бунты, когда народ превращается в «чудовище»⁵, лишенное правды, милосердия и справедливости.

Примером тому может служить *Декрет от 10 июня 1794 г.* об учреждении революционных трибуналов якобинской диктатуры:

«Статья 4. Революционный трибунал учрежден для того, чтобы наказывать врагов народа...

¹ Подробнее см.: *Циммерман В.* История Крестьянской войны в Германии. Т. 1. М., 1937. С. 143.

² *Шекспир У.* Ричард VI. Часть 2. Действие 4. Картина 2 // *Шекспир У.* Собр. соч. Т. 17. СПб., 1996. С. 401.

³ *Шекспир У.* Ричард VI. Часть 2. Действие 4. Картина 7 // *Шекспир У.* Собр. соч. Т. 17. С. 438-439.

⁴ *Шекспир У.* Мера за меру. Действие 2. Картина 2 // *Шекспир У.* Собр. соч. Т. 13. СПб., 1994. С. 321.

⁵ *Шекспир У.* Кориолан. Действие 2. Картина 3 // *Шекспир У.* Собр. соч. Т. 8. СПб., 1993. С. ПО.

Верховенство права

Статья 6. Врагами народа признаются лица, призывавшие к восстановлению королевской власти либо пытавшиеся унижить и распустить Национальный Конвент и республиканское правительство, центром коего он является... Врагами народа объявляются лица, которые содействовали планам врагов Франции, оказывая помощь в бегстве и укрывая заговорщиков и аристократов, пытаясь опорочить и оклеветать патриотизм, подкупая представителей народа или же злоупотребляя революционными принципами, правительственными законами и мерами, ложно и вероломно применяя их. Врагами народа объявляются лица, виновные в том, что ввели в заблуждение народ и народных представителей с целью склонить их к поступкам, идущим вразрез с интересами свободы. Врагами народа объявляются лица, которые пытались вызвать упадок духа для того, чтобы способствовать замыслам тиранов, составивших союз против Республики. Врагами народа объявляются лица, распространявшие ложные слухи с целью посеять в народе раздор и смуту. Врагами народа объявляются лица, которые старались ввести в заблуждение общественное мнение и воспрепятствовать народному просвещению, а также те лица, которые стремились развратить общественные нравы и общественную совесть, ослабить ее энергию и чистоту или остановить развитие революционных и республиканских принципов посредством контрреволюционных и злостных сочинений или же путем любых других злоупотреблений...

Статья 7. Наказанием, установленным за все преступления, подлежащим ведению Революционного Трибунала, является смертная казнь.

Статья 8. Уликами, достаточными для осуждения врагов народа, могут служить всевозможные документы, показания, вещественные, устные и письменные, естественно укрепляющие уверенность всякого справедливого и просвещенного ума. Руководством для вынесения приговора служит совесть присяжных, поддержанных любовью к родине; целью приговоров должно быть торжество Республики и разгром ее врагов. Судопроизводство состоит из простых мер, диктуемых здравым смыслом для того, чтобы добиться истины, придерживаясь при этом указанных законом форм»¹.

Декрет от 10 июня 1794 г. не только устранил судебные процессуальные ограничения. По сути он стал подлинным вдохновителем великого террора якобинцев. Силу его магнетического воздействия, несущего смерть и разрушение, блестяще описал *Анатоль Франс* (1844-1924):

«Отныне нет ни следствия, ни допросов, ни свидетелей, ни защитников: любовь к отечеству заменяет все. Обвиняемый, хороня у себя

¹ С необходимыми уточнениями цит. по: Конституции и законодательные акты буржуазных государств. ХУП-ХТХ вв. М., 1957. С. 371-372.

в груди свое преступление или свою невиновность, молча проходит мимо судьи-патриота. И за это время нужно разобраться в его деле, порою сложном, нередко запутанном и темном. Как теперь судить? Как отличить в одно мгновение честного человека от злодея, патриота от врага родины?

После минутного замешательства Гамлен понял, в чем состоит отныне его долг, и приспособился к своим новым обязанностям. Он видел в сокращении процедуры истинное воплощение того спасительного и грозного правосудия, исполнителями которого являются не ученые буквоеды, неторопливо взвешивающие на своих устарелых весах все доводы за и против, но санкюлоты, руководствующиеся патриотическим озарением и постигающие истину во мгновение ока. Между тем как право защиты и меры предосторожности погубили бы все, порывы чистого сердца все спасают. Надлежало следовать внушениям природы, этой доброй матери, которая никогда не ошибается; надо было судить сердцем, и Гамлен взывал ктени Жан-Жака (Жан-Жака Руссо. — *В.Л.*): «Вдохнови меня, добродетельный муж, на любовь к людям и на ревностное служение делу их возрождения!»

Большинство его товарищей испытывало то же, что и он. Это были по преимуществу люди простые, и когда процессуальные формы упростились, они почувствовали себя превосходно. Сокращенное судопроизводство удовлетворяло их. При его ускоренном темпе уже ничто их не смущало. Они осведомлялись только об убеждениях обвиняемых, не допуская, что можно, и не будучи злодеем, мыслить иначе, чем они. Они полагали, что обладают истиной, мудростью, высшим благом, и поэтому приписывали своим противникам заблуждения и злобу. Они чувствовали себя сильными: они воочию зрели бога...¹

5. О механизмах самоочищения (и кодексах судейской этики)

Конечно, и сами судьи боролись с пороками судебной системы, предпринимали попытки изменить ее изнутри, призывая к неустанному соблюдению религиозных и нравственных принципов.

Одним из первых был *Мхитар Гош*, великий армянский богослов и правовед, автор первого Судебника Армении (1184 г.). Судья, писал Мхитар Гош, «должен быть опытным, сильным в познании, искусным в Священном Писании, равно как в человеческих делах, дабы творить суд безошибочно. Необходимо, чтобы он был совершеннолетним, вдумчивым, развитым умственно и трезвым, дабы по неведению не совершить

¹ ФрансАБогаждут.ГлаваXX11//Франс/4.Собр.соч.Т.6.М., 1959. С. 655-656.

Верховенство права

каких-либо ошибок. Ибо... творить суд - дело Божье, ибо Бог - истинный судья; остальные же судьями называются наподобие Ему»¹.

В Англии к теме нравственного совершенствования судей первым обратился *Г. Брактон* (примерно 1210—1268 гг.), судья судов ассизов юго-западных графств - Сомерсета, Девона, Корнуолла. В «Трактате о законах и обычаях Англии» (1250 г.) он призывал опираться на этику и мораль, поскольку они «определяют обычные правила поведения». Прежде всего это требование предъявлялось к деятельности судей. «Нельзя допустить, — писал он, — чтобы тот, кто лишен мудрости и знаний, занял место судьи, поскольку оно подобно трону Бога, ибо, занимая его, судья приносит тьму туда, где свет, и свет туда, где тьма, и может неопытной рукой, как лишенный ума, невинного предать мечу, а виновного отпустить на свободу; такие падают с высоты трона Бога так, как будто бы они пытались летать, не имея крыльев»².

А одна из первых моделей кодекса судейской этики была разработана французским юристом Филиппом Бомануаром, составившим в 1282 г. *Кутюмы Бовези* — сборник обычного права северо-восточной части Франции. Как и в Декалоге, Кутюмы Бовези закрепляли 10 заповедей исполнения обязанностей бальи — чиновников короля и местной знати, следивших за соблюдением законов и правопорядком во вверенных им местах: мудрость; любовь к Богу; спокойствие и доброта; терпение; смелость и энергичность; щедрость; повиновение вышестоящим приказам; знание своего дела; умение исполнять свои обязанности; верность»³.

Пройдут столетия, и кодексы судейской этики появятся практически во всех странах. Так, в России в настоящее время действует *Кодекс, принятый 2 декабря 2004 г. VI Всероссийским съездом судей*.

Соответствующие документы разрабатываются и международными организациями. Один из таких документов - «Основные принципы независимости судебной власти» - был принят 6 сентября 1985 г. VI Конгрессом ООН по предупреждению преступности. Он, в частности, установил «право и обязанность судов обеспечивать честное рассмотрение судебных дел и уважение прав сторон» (п. 6); обязанность судей не умалять своим поведением достоинство своей должности, беспристрастность и независимость судебной власти (п. 7); закрепил требование об избрании на судейские должности лиц, отличающихся

¹ Судебник Мхитара Гоша. Ереван, 1954 (глава пятая Введения).

² Bracton on the Laws and Customs of England. V. 2. P. 21 // Harvard Law School Library. Bracton Online - English (<http://hls15.law.harvard.edu/bracton/Unnamed/English/v2/36.htm>).

³ Восточная литература. Средневековые исторические источники Востока и Запада (http://w.vostlit.ru/eng/extras/Dokumenty/France/XIII/1280-1300/Kutyumi_Bovezi/text.htm).

честностью, способностью к обучению либо высокой квалификацией (п. 10).

Но наибольший интерес представляют *Бангалорские принципы поведения судей*, разработанные председателями судов ряда государств и утвержденные 25—26 ноября 2002 г. Комиссией ООН по правам человека. Они закрепляют шесть этических ценностей: независимость; беспристрастность; честность; соответствие установленным требованиям; равенство; компетентность и добросовестность¹.

Но, по свидетельству многих судей, подобные призывы часто бездействуют, в основном потому, что судьи не считают их нормами права и воспринимают как некий идеал, имеющий мало общего с реальностью.

б. Противоречия и парадоксы доктрины и практики

В одних из самых известных «Комментариях к английскому праву» У. Блэкстоуна (1723–1780), имеющих силу судебной доктрины в правовых системах Великобритании и США, о частной собственности сказано следующее: «Нет ничего, что столь поражает воображение всех и так возбуждает страсти человечества, как право собственности — это исключительное и деспотически осуществляемое владение, которое человек заявляет и осуществляет в отношении внешних вещей этого мира, полностью исключая право на эти вещи каких-либо других лиц, сколько бы их ни было во Вселенной»².

Конечно, если только этими «другими лицами» не являются сами судьи. Такое дополнение к словам великого английского юриста необходимо, поскольку судьи, о чем было сказано много, принимают любые решения, в том числе о лишении законных владельцев их собственности. И это происходит не только в развивающихся странах Азии, Африки и Латинской Америки, не только в молодых демократических государствах Восточной Европы (в том числе в России), но и в тех государствах, которые имеют давние традиции демократического правления и верховенства права.

От судей многое зависит. Им дано право распоряжаться судьбами других людей. Они могут осудить либо простить, осуществить благодеяние либо возмездие. Они могут ускорить либо замедлить рассмотрение дел, принять либо отказать в удовлетворении жалоб и ходатайств. Часто этот выбор зависит от того, дадут или не дадут им взятку.

¹ Полный текст Бангалорских принципов в переводе автора статьи см.: Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2005. № 3.

² Blackstone W. Commentaries on the Laws of England. Oxford: Clarendon Press, 1765-1769. V. 2. P. 2.

Верховенство права

Коррупция — это явление, которое существует в судебных системах всех государств. Не случайно в 2007 г. организация Transparency International свой ежегодный Всемирный доклад по коррупции посвятила именно этой теме¹.

В указанном документе, в частности, приведены следующие данные. Согласно опросам населения, из основных участников судебных процессов взятки дают 21% в Африке, 18% — в Латинской Америке, 15% — в СНГ и Азиатско-Тихоокеанском регионе, 2% — в США и 1% — в Европейском Союзе².

Еще одно свидетельство. Согласно оценке Специального докладчика ООН по вопросам независимости судей и юристов в Мексике коррумпированы от 50 до 70% федеральных судей³.

И это зло присуще всем правовым системам без исключения, в том числе США. Известно, что конституции многих штатов предусматривают выборы судей непосредственно населением. Но чтобы быть избранным, необходимо вложить в избирательную кампанию большие средства. Их охотно дают крупные корпорации. И за такую финансовую помощь в случае избрания судьям приходится платить — платить той валютой, которой они располагают, — судебными решениями.

Приведу лишь один пример. В штате Иллинойс в 2004 г. на выборах судьи третьего южного судебного округа Ллойд Кармейер получил финансовую помощь в размере 4,8 млн долл. от служащих и адвокатов страховой компании «Стейт Фарм». После избрания он участвовал в рассмотрении иска против указанной компании и отдал свой голос за отклонение претензий, предъявленных к ней⁴. И что важно отметить: не только суды штата, но и федеральные суды отклонили ходатайства о пересмотре указанного судебного решения⁵.

Конечно, коррупция проявляется в основном в иных, более скрытых, завуалированных формах. Так, в российском юридическом сообществе уже давно сложилась поговорка: «В суде не нужен знающий юрист, нужен юрист заносчивый». Иными словами, необходим тот

¹ Transparency International. *Global Corruption Report 2007. Corruption in Judicial Systems*. Cambridge, 2007.

² Ibid. P. 11.

³ Report of the Special Rapporteur on the Independence of Judges and Lawyers. Dato' Param Cumaraswamy, Submitted in Accordance with Commission on Human Rights Resolution 2001/39. Addendum. Report on the Mission to Mexico.

⁴ Подробнее см.: Transparency International. *Global Corruption Report 2007. Corruption in Judicial Systems*. P. 27-28.

⁵ *Avery v. State Farm Mutual Auto Ins. Co.*, 835 N.E. 2d 801 (111., 2005), 126 S.Ct. 1470 (2006).

юрист, который может дать («занести в суд») взятку. Действительно, очень часто в уголовных, гражданских, арбитражных делах клиентов интересует не квалификация либо опыт адвоката, а то, с кем из судей он состоит в «особых доверительных» отношениях.

И так происходит не только в России. Например, в Латинской Америке сложилась такая поговорка: «Зачем нанимать адвоката, если можно нанять судью». При этом отметим, что такие стереотипы мышления не изжиты даже в тех государствах, которые относятся к числу «образцовых» правовых государств.

О некоторых выводах исследования

Заключая очерк исторического и сравнительно-правового исследования, необходимо подчеркнуть: суды всегда были и всегда будут инструментами борьбы за собственность и власть. Поэтому задача должна заключаться не в том, чтобы устранить это явление, а в том, чтобы смягчить действие негативных факторов и свести к минимуму возможность проявления произвола и злоупотреблений в судах.

Решать эту задачу можно, только применив весь комплекс доступных возможностей и средств. Часть из них представлена ниже.

1. Как показывает опыт многих стран, одним из самых действенных средств борьбы с произволом в судах является совершенствование действующего законодательства с целью устранения пробелов, противоречий, а также тех норм, которые имеют высокий потенциал коррупции.

2. Практически повсеместно принимаются меры по повышению статуса судей. Решая эту задачу, как правило, повышают оклады судей. Признается, что это одно из средств по снижению уровня коррупции. Но, как показывает практика, такие меры недостаточны, поскольку с ростом денежного содержания растут запросы судей. Перед ними открываются новые горизонты, новые возможности и соблазны.

3. Для борьбы с коррупцией вводятся меры по контролю за доходами и расходами судей. Но это средство, как правило, бездействует, поскольку оно вступает в противоречие с принципами независимости и неприкосновенности судей. Тем не менее многие государства совершенствуют требования законодательства, вводя новые механизмы раскрытия и проверки информации о доходах судей и членов их семей.

4. Одним из важных направлений остается обеспечение независимости судей от давления со стороны органов законодательной и исполнительной власти, а также руководства судов. Но это средство дает надлежащий эффект только тогда, когда оно сочетается с мерами

Верховенство права

по недопущению влияния частных лиц и сдерживанию собственных пороков судей¹.

5. Большое значение приобретают инструменты общественного контроля над судьями, создающие атмосферу нетерпимости к любым проявлениям произвола и злоупотреблений в судах.

6. Во многих странах в последние годы пересматриваются системы отбора и профессиональной подготовки судей с целью повышения уровня судейского корпуса.

7. Как показывает опыт многих государств, борьба с коррупцией, иными формами противоправных деяний в судах (судей и аппарата судов) не дает эффекта, если она не сопровождается столь же жесткой борьбой с подобными явлениями в органах дознания, следствия, обвинения и исполнения наказаний.

8. В последние годы принимаются меры по совершенствованию системы продвижения судей по службе. При этом особое внимание обращается на их нравственное воспитание.

9. Во многих странах проводится мониторинг процессуальных норм, внутренних правил судов на предмет потенциальных угроз коррупции, иных негативных явлений с целью устранения тех положений, которые способствуют им.

10. Действенным средством является повышение ответственности судей за качество принимаемых ими решений. Коррупция, судейский произвол часто «скрываются» за фасадом плохо мотивированных решений.

11. Важной гарантией является публикация либо размещение на официальных сайтах судов принимаемых ими решений. Как показывает практика многих стран, такая информация становится предметом самого тщательного изучения со стороны прессы, правозащитных организаций (при условии, что публикуются судебные акты, а не их изложение).

12. В последние годы практически во всех странах расширяется практика досудебного и третейского разрешения споров, что объективно снижает уровень коррупции, иных негативных проявлений в судах.

13. Осуществляются иные меры по сокращению чрезмерной нагрузки на суды, в частности, за счет снятия (либерализации) уголовной ответственности, создания административных судов, других специализированных судебных и квазисудебных инстанций.

14. Особое внимание обращается на усиление механизмов расследования жалоб граждан на судебные акты.

¹ По этой теме см.: *Лафитский В.И. Принцип независимости судебной власти: общие проблемы реализации // Журнал российского права. 2008. № 4. С. 95—100.*

Глава 6. Суд в борьбе за собственность и власть

15. Ужесточаются меры дисциплинарной ответственности судей в случае выявления фактов нарушения должностных обязанностей.

16. Важным условием улучшения качества судейской работы становится преодоление правового нигилизма, повышение правовой культуры населения.

17. В борьбе с произволом в судах все большее значение придается нормам международного права. Наиболее действенным средством становится право обжалования решений национальных судов в международных судах.

И последнее, что необходимо отметить: никакие меры не будут действительными, если в сознании судей не сложится устойчивое осознание той ответственности, которая на них лежит и которую определяют два принципа — справедливость и милосердие.

КОММЕНТАРИИ ИНОСТРАННЫХ И РОССИЙСКИХ ЭКСПЕРТОВ

В.Г. ЯРОСЛАВЦЕВ

ПРИНЦИП ЗАКОННОСТИ И СУДЕЙСКОЕ ПРАВОТВОРЧЕСТВО

Да не взойдет никто, иже глуп и неучен,
на место судьи, трону Господа подобное, ибо
где быть свету, там он воцарит тьму, а где быть
тьме, там он воцарит свет и, рукой неумелой,
а потому безумной, станет предавать мечту
невинных и отпускать с миром виноватых,
покуда не свергнут будет с высоты своей, яко
с трона Господа, ибо возмечтал вознестись
к небу, не вырастив прежде крылья.

Брактон. О законах и обычаях Англии (ок. 1250г.)

«Судебная власть», «судебная система», «суд» — понятия всем хорошо известные. Проблемам становления сильной и независимой судебной власти посвящено большое количество исследований. Но, к сожалению, до сих пор в тени остается центральная фигура правосудия, в которой судебная власть персонифицируется: судья — человек, живущий реальной жизнью, и одновременно профессионал, ежедневно посредством рассмотрения конкретных дел решающий судьбы других людей.

Власть, предоставленная судье, огромна. Поэтому гражданам совсем не безразлично, как она будет употребляться — во благо или во вред, какова роль носителя этой власти и кто же он сам, наконец, — бесстрастный применитель законов или творческая личность, для которой правоприменение и есть правотворчество.

Традиционный подход к проблеме предельно прост: правотворчество есть прерогатива законодателя, правоприменители же обречены на точное и неуклонное исполнение закона. Казалось бы, в привычной схеме нет изъянов, ведь соблюдение норм права, закона — это основа правопорядка в государстве, выход за пределы предписаний закона чреват произволом правоприменительных органов. Думается, однако, что вопрос значительно сложнее и его решение не укладывается в узкие рамки представлений о правотворчестве как презумпции суверенности

законодательной власти на издание законов, об определенности правовой нормы, ее текстуальной ясности.

Столь жесткая детерминированность с неизбежностью предполагает абсолютный диктат предписаний закона в отношении правоприменителей, включая «особого» правоприменителя — судью, который, стало быть, только подыскивает, определяет соответствующий закон, а затем использует его при разрешении дела, т.е. проводит заурядную «юридико-технологическую» операцию. Но при такой постановке вопроса, когда, как «блестяще» сформулировал Монтескье, судья выполняет только то, что предписывает закон, и ничего более, не остается места правосудию, если под правосудием понимать профессиональную деятельность судьи, который, для того чтобы прийти к законному и справедливому, с его точки зрения, решению по делу, не только толкует закон, но и вводит в это решение свои личные нравственно-правовые принципы. Повторим вслед за Лютером: «Юрист, если он только юрист, — жалкая вещь»¹.

«Применение закона судом (судьей)» и «правосудие» — понятия не тождественные, каждое имеет свое содержание и не противостоит другому. Именно при применении закона судья «творит право», т.е. осуществляет правосудие. Тогда, по справедливому замечанию Гегеля, «применение (права. — В.Я.) является уже не спекулятивным мышлением... а рассудочным подведением частного под общее»².

Любая власть в государстве устанавливает правопорядок, и в нем решающую или исключительно определяющую роль играет позитивное право. Однако не во всем правопорядок напрямую связан с законотворчеством. Вспомним поучения Иоанна Златоуста: «Бог, в начале созидания человека, даровал ему естественный закон. Что такое естественный закон? Бог впечатлел в нас совесть, и познание добра и зла сделал врожденным... мы знаем это от начала (от природы)»³. Отсюда вывод: существуют законы естественные и юридические. Последние суть законы, имеющие своим источником людей, и именно они являются наличным бытием права, которое как общее понятие в равной мере включает естественное право и позитивное право, обогащающие и дополняющие друг друга.

Как в позитивном, так и в естественно-правовом смысле право, будучи необходимым атрибутом гражданского общества, представляет

¹ Цит. по: *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. Пг., 1917. С. 48.

² *Гегель В.Ф.* Философия права. М.: Мысль, 1990. С. 62.

³ *Иже в святых отца нашего Иоанна архиепископа Константина града Златоустого избранные творения: Собр. Поучений: В 2 кн. Кн. 2. М., 1993. С. 308, 309.*

Верховенство права

собой живой, развивающийся организм. При исследовании этой парной категории необходимо, по нашему убеждению, исходить из онтологии права, где оно является сущим, закон — должным, в эпицентре же — «погруженный в бытие и познающий субъект» — судья. Американский ученый О.У. Холмс-мл. наставлял студентов: «Ваше дело как юристов видеть связь между вашим конкретным фактом и зданием всей Вселенной»¹. Соответственно нельзя согласиться с оппонентами концепции судейского правотворчества, в основе рассуждений которых, в частности, лежит основная методологическая ошибка — жесткое противопоставление позитивного права естественному, что и приводит их, с нашей точки зрения, к ошибочным выводам. Русский ученый Г.Ф. Шершеневич, например, писал: «Что бы ни понимать под естественным правом, но одно несомненно для всех: оно резко противопоставляется положительному праву»². Кроме того, очевидна и формально-логическая ошибка — отождествление позитивного права с правом. Как иронично заметил по этому поводу Л.И. Петражицкий, «от прибавления слова «позитивное» к праву позитивное право не становится правом»³.

На наш взгляд, решение проблемы лежит не в противопоставлении, а в поиске баланса и согласия (законодатель и судья, не подменяя друг друга, действуют сообща в целях укрепления государственности и гражданского общества). Конечно, тезис о судейском правотворчестве не укладывается в прокрустово ложе позитивистской теории права с ее культом закона, господствовавшим в доктрине XIX в. и являвшимся, по выражению Р. Давида, «традицией», от которой не могли отказаться». Однако, отдавая должное принципу законности, мы вместе с тем полагаем, что без судейского правотворчества, без судьи-творца этот принцип лишен реального содержания, «безжизнен».

Возвращаясь к реальности, сошлемся на Концепцию судебной реформы в Российской Федерации, авторы которой справедливо указывают на то, что кадры правоохранительных органов (в том числе судов) «чужды творчеству из-за отсутствия внутренней свободы. Слишком много стремящихся выполнять функцию, слишком мало способные оставаться личностью»⁴. В связи с этим весьма актуальным предстает исследование проблемы судейского правотворчества именно'

¹ *Holmes O. W., Jr. The Path of the Law // 10 Harvard Law Review 457 (1897).*

² См. подробнее: *Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Т. 1. М., 1910.* <

³ *Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией права СПб., 1909. Т. 1. С. 182.*

⁴ *Концепция судебной реформы в Российской Федерации. М., 1992.* <

онтологизм личности судьи как познающего субъекта, применяющего закон не механически, а по правде и совести, не только устанавливающего, но и «очеловечивающего» истину.

Несомненно, любой закон должен обладать качеством определенности. Однако в норме (законе) всегда содержится некий «допуск» для принятия решения, поскольку, с одной стороны, сам закон есть результат соглашения¹, компромисс между различными требованиями, с другой — в законе могут изначально присутствовать противоречивые нормы или использоваться двусмысленные понятия, в совокупности ведущие к неопределенности закона в целом и затрудняющие его применение.

Закон, как и всякое дело рук человеческих, часто страдает пороками мысли и пороками редакции². Для устранения дефектов закона либо законодатель сам предоставляет возможность судье наполнить содержанием соответствующие понятия (например, «тяжкие последствия», «обычай делового оборота», «явные условия») или устранить противоречия посредством использования аналогии закона, а также аналогии права (например, «при невозможности использования аналогии закона права и обязанности сторон определяются исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства и требований достоверности, разумности, справедливости»), или прибегнуть к толкованию (например, толкование договора прямо возлагается на суд), либо судья, используя те же общие правила юридической герменевтики, самостоятельно выявляет сущность и смысл «неопределенной» нормы. Но в любом случае только сам судья определяет с учетом всех обстоятельств дела возможные и необходимые пределы интерпретации нормы, позволяющие, оставаясь в рамках закона, устанавливать новые права и обязанности субъектов права, находящихся в его юрисдикции.

Таким образом, с одной стороны, закон должен служить для судьи неким объективным критерием, а с другой — закон субъективен, поскольку принимается людьми и отражает характер соотношения сил в обществе и особенности определенной эпохи. Именно эти свойства закона, фокусируясь в личности судьи, объективно предопределяют его «двойственную природу» при отправлении правосудия.

Власть и нормы в определенных границах, а также правосубъект (человек) предстают объектом правотворчества судьи, субъект же судейского правотворчества есть сам судья. Предмет его деятельности — отправление правосудия. Содержанием правотворчества будет установление

¹ См.: Демокрит в его фрагментах и свидетельствах древности. М., 1935. С. 156.

² См.: Покровский И.А. Указ. соч. С. 65—66.

Верховенство права

судьей новых прав и обязанностей для находящегося в его юрисдикции субъекта права (человека): будучи прежде всего хранителем действующего права, судья, «применяя право, продолжает быть и создателем нового права»¹.

Правотворчество начинается с момента отождествления судьей соответствующего жизненного обстоятельства, чему способствует «погруженность в бытие», с юридическим фактом в гипотезе правовой нормы. Так через правотворчество применяется закон, что объективируется в акте суда (судьи), и происходит «очеловечивание» закона, поскольку его применение не самоцель, а поиск истины и справедливости. Материальной основой правотворчества является правосудие, которое в свою очередь рождается при применении судами закона. Творя право, суд (судья) остается в рамках нормы закона как в материальном, так и в процессуальном смысле.

Следовательно, правотворчество (в субъективном смысле) — это деятельность судьи, направленная на создание качественно новых норм права, но не норм закона, т.е., творя право, судья остается в рамках предписаний закона. Само судебное решение по делу представляет собой «новое» право, выраженное не в норме, а в установлении прав и обязанностей для человека, и наделяет его правами и обязанностями не закон, а судья. (По замечанию Л.И. Петражицкого, это «особый случай позитивизации права, выработки позитивного права особого вида. Стороны приписывают себе соответственные обязанности и права со ссылкой на решение судьи или суда как на авторитетно-нормативный факт»².)

Судья как носитель власти, субъект власти, реализуя эту власть в определенном деле, приводит в соответствие с правом (вечным, идеальным, справедливым, разумным представлением) «разумный неразумный» закон, т.е. «очеловечивает» его, и в этом состоит материальное содержание правосудия.

Итак, там, где закон «одушевляется» человеком-судьей, появляется право. Право есть в широком смысле душа закона, часть его «бессмертия» от преторского права Рима до наших дней, и каждая эпоха наполняет закон одушевленностью права посредством судебной практики, которую следует признать источником права, самостоятельным, равноправным, но не равносильным (понятие Г.Ф. Шершеневича) закону, поскольку ему принадлежит доминирующая роль. И все-таки как не вспомнить слова И.А. Покровского: «Несмотря на всякие учения

¹ См.: Кистяковский Б.А. В защиту права // Вехи. Из глубины. М.: Правда, 1991. С. 143-144.

² Петражицкий Л.И. Указ. соч. Т. 1. С. 183.

о безусловном главенстве закона, в действительности судья никогда не был и никогда не может стать простым механическим применением закона, логической машиной, автоматически выбрасывающей свои решения. Его деятельность всегда имеет творческий элемент, и игнорировать этот последний - значит также создавать себе вредную фикцию, закрыть глаза перед неустранимой реальностью. Закон и суд не две враждебные силы, а два одинаково необходимых фактора юрисдикции. Оба они имеют одну и ту же цель — достижение материального, справедливого; закон для достижения этой цели нуждается в живом дополнении и сотрудничестве в лице судьи. И нечего бояться этой творческой деятельности судьи: судья в не меньшей степени, чем законодатель, — сын своего народа и времени и в не меньшей степени носитель того же народного правосознания»¹.

М. КАРАДЖОВА

**ПРИНЦИПЫ ЕВРОПЕЙСКОЙ КОНВЕНЦИИ О ЗАЩИТЕ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА,
КАСАЮЩИЕСЯ ЗАЩИТЫ ПРАВ СОБСТВЕННОСТИ:
РУКОВОДСТВО ДЛЯ СТРАН Восточной Европы**

Очень интересные и подробные дискуссии, проведенные за третьим круглым столом, свидетельствуют о том, что перед российскими юристами стоит очень сложная проблема — как гарантировать стабильность частной собственности.

Мы не должны забывать, что 20 лет назад, в условиях коммунистического режима, сфера частной собственности в странах Восточной Европы была предельно ограниченной. Здесь существовали различные виды пользования и usufrukta, но свободно распоряжаться имуществом могло только государство (или преимущественно государство). Таким образом, права собственности регулировались публичным правом. В правовой системе стран с коммунистическим режимом частное право отсутствовало.

После краха коммунистического режима страны Восточной Европы начали вновь вводить частную собственность в свою экономическую систему. Однако при этом возникало множество вопросов, связанных с масштабами частной собственности, границами вмешательства со стороны государства в права частной собственности и т.д. Каждое восточноевропейское государство решало эти вопросы исходя из своих правовых традиций, существовавших до коммунистического периода,

¹ *Покровский И.А. Указ. соч. С. 70, 71.*

и роли частной собственности в его экономике в период коммунистического режима. Таким образом, для стран Центральной Европы (Венгрии, Польши и т.д.) процесс представлялся более простым, чем для таких стран, как Россия или Болгария, в которых при коммунистическом режиме частная собственность была практически запрещена.

В первые годы переходного периода в восточноевропейских странах даже юристам было трудно понять пределы **частной собственности и провести разграничение между частным и публичным правом.**

Поскольку страны Восточной Европы ратифицировали Европейскую конвенцию о защите прав человека и таким образом признали юрисдикцию Европейского Суда по правам человека, то предусмотренные Конвенцией принципы защиты прав собственности могли бы служить руководством для юристов и органов власти в странах Восточной Европы в случае каких-либо сомнений, но также могли бы использоваться для целей исправления несправедливостей, связанных с добровольными или недобровольными нарушениями прав частной собственности.

По этой причине мне хотелось бы еще раз подчеркнуть роль принципов Европейской конвенции о защите прав человека с точки зрения защиты прав собственности. В своих решениях по делу «Джеймс против Великобритании» (*James v. the UK*, 21 февраля 1986 г.) и делу «Литгоу против Великобритании» (*Lithgow v. the UK*, 8 июля 1986 г.) Суд объяснил требования Конвенции, касающиеся лишения прав собственности. Эти требования были позднее подтверждены в нескольких других решениях и могут рассматриваться в качестве основных принципов защиты прав собственности, предусмотренных Европейской конвенцией о защите прав человека.

1. Лишение прав должно быть **предусмотрено законом**. Право (рассматриваемое не в ограничительном смысле, а как включающее нормативные акты, директивы и т.п.) должно быть ясным, в достаточной мере доступным и точным. Оно должно отвечать требованиям принципа верховенства права, с тем чтобы это позволяло избежать произвола в лишении прав.

Нашим российским коллегам было бы интересно поразмышлять на тему о соответствии п. 3 ст. 35 Конституции РФ содержащемуся в Европейской конвенции о защите прав человека требованию о том, что лишение прав должно быть предусмотрено правом. Указанный пункт предусматривает, что «никто не может быть лишен своего имущества иначе, как по решению суда», однако должны ли мы считать, что «по решению суда» эквивалентно «предусмотренному законом»?

Европейский Суд по правам человека признает за государствами право на оценочные суждения — в определенной степени, причем эта

степень является даже большей в переходный период. Так, в своем решении по делу «Кредитный банк против Болгарии», касающемуся допустимости (*Credit Bank v. Bulgaria*, 30 апреля 2002 г.), Суд признал: «Важной чертой рассматриваемого дела является тот факт, что оно касается правового регулирования экономической деятельности в Болгарии в уникальный период ее перехода от централизованно планируемой экономической системы, предусматривающей полную государственную собственность, к рыночной экономике частной собственности. Сосуществование законодательства, источником которого являются столь несовместимые системы, неизбежно порождает известную неопределенность в части исхода рассмотрения коммерческого спора, относящегося к столь сложной области, как регулирование газового долга, и к сделкам, которые ранее никогда не рассматривались судом. Хотя правовая неопределенность не может отвечать предусмотренным Конвенцией требованиям в отношении ясности и возможности предвидения и может противоречить запрету в отношении произвола, при оценке того, возникла ли подобная ситуация в рассматриваемом деле и, следовательно, имело ли место необоснованное вмешательство государства, противоречащее ст. 1 Протокола № 1 к Конвенции, следует надлежащим образом учитывать особый переходный период, который Болгария переживала в то время». Мы можем видеть, что даже принцип ясного, доступного и стабильного законодательства о лишении прав должен быть предметом толкования со стороны Европейского Суда по правам человека в зависимости от конкретных обстоятельств. Однако цель данного требования остается неизменной — гарантировать стабильность частной собственности в рыночной экономике.

2. Лишение прав собственности должно **осуществляться в интересах общества**. Это означает проведение законной социальной политики. В решении по делу «Джеймс против Великобритании» от 21 февраля 1986 г. (п. 46) Европейский Суд по правам человека указал: «В силу того, что национальные органы обладают непосредственным знанием о соответствующем обществе и его потребностях, то в принципе им легче, нежели международным судьям, оценить, что именно отвечает «интересам общества». Поэтому в рамках системы защиты, предусмотренной Конвенцией, именно национальные органы власти должны проводить первоначальную оценку как на предмет наличия проблемы, вызывающей беспокойство со стороны общества и требующей мер по лишению прав собственности, так и на предмет действий по исправлению ситуации, которые должны быть предприняты. Здесь, как и в других областях, на которые распространяются предусмотренные Конвенцией меры

Верховенство права

защиты, национальные органы власти также, соответственно, имеют право выносить в определенной мере оценочные суждения».

Суд подчеркнул, что интересы общества могут существовать даже в том случае, когда общество в целом непосредственно не пользуется и не обладает отчуждаемым имуществом (*James v. The UK*, 21 февраля 1986 г., п. 45).

Но даже если право на оценочные суждения с точки зрения определения интересов общества будет предоставляться государственным органам власти в большей мере, они все равно должны будут доказать наличие таких интересов в каждом случае лишения прав. Так, в деле «Брумареску против Румынии» (*Brumarescu v. Romania*, 28 октября 1999 г.) румынские суды начали выносить решения по искам, связанным с незаконной экспроприацией в период коммунистического правления. Суды признали, что указ, регулировавший такую экспроприацию, был незаконным, и приняли решение о реституции в отношении незаконным образом экспроприированного имущества. Затем Верховный суд Румынии вынес решение, согласно которому суд не имел права объявлять указ незаконным, и в этой связи судебные решения о реституции были объявлены недействительными. После рассмотрения дела Брумареску Европейский Суд по правам человека указал в своем решении, что «не было предложено никакого обоснования в отношении ситуации, возникшей в результате решения Верховного суда правосудия. В частности, ни сам Верховный суд правосудия, ни Правительство не пытались обосновать лишение прав собственности по существу как отвечающее «интересам общества». Суд далее отметил, что заявитель к тому моменту был лишен права собственности на имущество в течение более чем четырех лет, что ему не была выплачена компенсация, отражающая реальную стоимость этого имущества, и что его попытки вновь вступить во владение собственностью до того времени были безуспешными». Мы можем видеть, что даже когда органы власти пытаются исправить свои собственные действия, они всегда должны действовать в интересах общества.

3. Решения Европейского Суда по правам человека, вынесенные по делам о лишении прав собственности, показывают, что должен существовать **справедливый баланс прав человека и интересов общества**. Такой справедливый баланс предполагает, с одной стороны, средства, предлагаемые для достижения цели экспроприации, а с другой — справедливое возмещение. Возмещение может быть равноценным имуществу, но в случае, когда есть четкие социальные цели, его стоимость может быть ниже реальной цены имущества. Тем не менее возмещение

в целом необходимо для обеспечения справедливого баланса между индивидуальными и общественными интересами.

Для решения вопроса о наличии или отсутствии справедливого баланса между общественными интересами и основными правами человека Европейский Суд по правам человека особо исследует вопрос о том, являются ли принятые меры адекватными с точки зрения искомых целей и не являются ли они несоразмерными.

В связанном с Болгарией деле «Великови против Болгарии» (*Velikovi v. Bulgaria*, 9 июля 2007 г.) возникли вопросы, связанные с пределами реституции прав собственности. В период коммунистического правления истцы купили имущество, которое было изначально национализировано исходными собственниками и затем продано физическому лицу, которое и продало его истцам. После принятия в Болгарии Закона о реституции первоначальные собственники предъявили иск о реституции прав собственности на их имущество, и болгарский суд принял решение, согласно которому право собственности физического лица, у которого истцы купили имущество, не было свободно от дефектов. Таким образом, имущество истцов было у них изъято. В этом случае Европейский Суд по правам человека признал «исключительный характер закона о реституции и тот факт, что в трудных условиях перехода от тоталитарного режима к демократическому обществу цели указанного закона могут быть реализованы только таким образом, что это в определенных обстоятельствах будет затрагивать третьих лиц». Но даже в таких обстоятельствах Суд пришел к выводу, согласно которому «подход, примененный в данном деле, означает, что любой, кто добросовестно купил ранее национализированное имущество у физического лица, не может быть уверен в своих правах собственности и может лишиться принадлежащего ему имущества без получения возмещения, стоимость которого разумным образом соотносилась бы с рыночной стоимостью соответствующего имущества. По мнению Суда, тот факт, что органы власти не смогли установить четких пределов в отношении реституции прав на имущество, предусматривающей изъятие его у добросовестных третьих лиц, и учесть принцип соразмерности, породил правовую неопределенность». Это хороший пример ситуации, когда изъятие собственности у заявителя может оказаться безусловно несоразмерной мерой, не являющейся необходимой в демократическом обществе.

Эти три требования были признаны специально применительно к мерам по лишению прав собственности, но они могут рассматриваться как основные рекомендации относительно защиты прав собст-

Верховенство права

венности в более широком смысле. Возможно, это кажется странным, но эти требования могут использоваться в качестве рекомендаций даже применительно к процессу приватизации.

Как следует из решений, вынесенных Европейским Судом по правам человека, Европейская конвенция о защите прав человека не гарантирует право на приобретение имущества. Объектом защиты являются только уже приобретенные права. Таким образом, право на приобретение имущества путем приватизации не может быть защищено посредством Европейской конвенции о защите прав человека.

Однако в случае глубоких экономических преобразований, таких как посткоммунистическая приватизация государственного имущества, странам Восточной Европы, если они хотят избежать новой несправедливости, следует помнить основополагающие принципы защиты прав собственности. Социальная миссия приватизации требует сильной защиты подлежащего приватизации государственного имущества.

Для того чтобы обеспечить реализацию этих принципов, приватизация должна проводиться на основе законодательства, являющегося ясным, предсказуемым и доступным для каждого гражданина. Она должна осуществляться в интересах общества. Даже если бы приватизация в странах Восточной Европы была представлена как осуществляемая в строго общественных интересах, каждый случай должен рассматриваться в своем собственном контексте с учетом интересов общества. Интересы общества касаются также пределов приватизации. Органы власти должны задать себе вопрос о реальных интересах общества в случае приватизации объектов имущества, связанных с правосудием, здравоохранением, образованием и обороной. Наконец, приватизация должна отвечать требованию о справедливом балансе индивидуальных и общественных интересов, в том числе в части возмещения. В случае приватизации цена, выплачиваемая за приватизируемое имущество, может рассматриваться как возмещение для общества. Как следует из решений, вынесенных Европейским Судом по правам человека, возмещение за отчуждаемое имущество должно быть разумным и должно соотноситься со стоимостью имущества.

Даже если цель процесса приватизации заключается в уменьшении масштабов государственного имущества и содействии расширению сферы частной собственности, она должна проводиться с учетом того, что государство управляет социальным порядком в стране. Европейский Суд по правам человека не защищает государственное имущество, но нарушения, касающиеся такого имущества, могут также приводить к нарушениям прав человека.

Таким образом, в заключение отметим следующее: чтобы гарантировать стабильность прав собственности в обществе, переживающем переходный период, органы власти и юристы должны руководствоваться в своих действиях принципами защиты прав собственности, предусмотренными Европейской конвенцией о защите прав человека: **лишение или ограничение права собственности, предусмотренное законом, осуществляется в интересах общества и должно отвечать требованиям о справедливом балансе интересов общества и соблюдении основных прав человека.**

**КОММЕНТАРИЙ ДЖ. КАНА
ПО ВОПРОСАМ, ОБСУЖДАВШИМСЯ НА КРУГЛЫХ СТОЛАХ**

Я многое узнал, потому что внимательно слушал.
Эрнест Хемингуэй

Тем, кто изучает Россию издалека (в каких бы областях знания они ни специализировались), очень нравятся, по всей видимости, конструкции с герундием, причастиями и деепричастиями. Это касается как постсоветской России — мои книжные полки прогибаются под грузом книг с такими названиями, как «Руководя Россией» (*Leading Russia*¹), «Выполняя судебские функции в России» (*Judging Russia*²) и «Права Россией» (*Ruling Russia*^{*}), среди многих аналогичных, — это касается и Советского Союза (достаточно вспомнить знак, поданный Джерри Хью (*Jerry Hough*), когда он опубликовал третье издание классического труда Мерля Фэйнсода «Как управляют Россией» (*How Russia is Ruled*), сменив его название на новое — «Как управляют Советским Союзом» (*How the Soviet Union is Governed*))*). Если бы я следовал этой традиции, то, возможно, озаглавил бы этот непритязательный комментарий «Слушающая Россия» (*Listening to Russia*), поскольку этот заголовок описывает возможность, которую я получил в виде приглашения принять участие в 3-м круглом столе по России, проведенном в Москве 5 июня 2009 г.

Ученые нередко приезжают в Россию с уже продуманной программой исследований или с целью найти те или иные документы в архиве или взять ряд интервью по той или иной теме. Поэтому я не ожидал

¹ *Leading Russia: Putin in Perspective*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

² *Trochev A. Judging Russia: Constitutional Court in Russian Politics, 1990–2006*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

³ *Ruling Russia: Law, Crime, and Justice in a Changing Society* / W.A. Pridemore, ed. Oxford: Rowman & Littlefield, 2005.

⁴ *Fainsod M. How Russia is Ruled*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1953, revised edition 1963; *Hough J.F., Fainsod M. How the Soviet Union is Governed*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1979.

получить от организаторов круглого стола просьбу возложить на себя соблазнительно (и обманчиво) простую задачу: «понаблюдать и прокомментировать». Именно это я и подрядился сделать, и изложенные ниже мысли являются результатом этого задания. Спешу заметить с самого начала, что обсуждения всегда велись на исключительно высоком интеллектуальном и профессиональном уровне. Участниками были выдающиеся представители российского судейского и адвокатского сообщества. К тому же дискуссии неизменно были вежливыми и упорядоченными. Короче говоря, присутствовать там было и удовольствием, и привилегией. Ход обсуждения вопросов за круглым столом представляет собой образец, на который следует ссылаться и который необходимо воспроизводить и тиражировать.

В рамках данного краткого комментария я излагаю свои мысли по двум отдельным вопросам, которые поднимались во время круглого стола: 1) основа государственной системы сдержек и противовесов; 2) состязательные юридические системы в теории и на практике. Я излагаю эти мысли не в рамках более широкого спора и не с тем, чтобы высказать предположение о наличии между ними какой-то взаимосвязи, а просто в качестве выводов по двум вопросам из числа многих, которые могли стать почвой для размышлений, основанных на столь разносторонних дискуссиях за круглым столом.

Основы государственной системы сдержек и противовесов

В нескольких случаях обсуждение за круглым столом затрагивало вопросы, которые тем или иным образом касались сдержек и противовесов, необходимых для согласованного функционирования политических и судебных институтов в сложной общественной системе, подчиненной принципу верховенства права. Какую роль суды должны играть в модерировании естественной политической конкуренции (критики сказали бы: «во вмешательстве в естественную политическую конкуренцию») между могущественными и противоречащими друг другу общественными интересами? В какой мере судебные органы должны быть независимы от исполнительной или законодательной ветви власти? В какой мере можно устранить или уменьшить коррупцию в судебных институтах путем регулирования сроков занятия должностей, заработной платы или отбора судей? Можно в этой связи также обратиться к вопросу о внешнем управлении внутренним руководством судами, о расследованиях в отношении правоохранительных органов (*Quis custodiet ipsos custodes?*), а также к другим актуальным сегодня вопросам.

Эти и другие вечные вопросы поднимались и за круглым столом. Они относятся к числу наиболее фундаментальных и одновременно труднорешаемых вопросов, с которыми сталкивается каждая юридическая система. В более широком плане эти вопросы имеют целью определить, где проходит граница между правом и политикой. Найти эту границу нелегко. Да она к тому же не остается фиксированной. Ничего научного в этом вопросе нет. Эта граница постоянно смещается, ускользает и нередко оказывается размытой — во многом аналогично тому, как право представляет собой постоянно изменяющуюся смесь правил, стандартов, норм и непосредственного опыта¹.

Пока я слушал участников, мне пришло в голову, что адекватное решение любого из этих вопросов требует решения проблемы улучшения условий для возникновения и укрепления доверия. Никакая система правосудия, функционирование которой зависит от связанных присягой людей, не может действовать в отсутствие хотя бы зачатков доверия между ее участниками. Это отнюдь не рецепт для наивных идеалистов; о доверии, которое я имею в виду, говорится в русской поговорке, которой неоднократно пользовался Президент США Рональд Рейган в ходе переговоров по ядерным вооружениям: «доверяй, но проверяй»². Конкретные примеры потребности в доверии можно найти во многих современных правовых системах. Например, о ней свидетельствует требование о мотивировках, обосновывающих принимаемые судебные решения (в отличие от системы коротких приказов или указов); идея здесь заключается в том, что мотивированное судебное решение подтверждает, что проблема была проанализирована судьями. Об этой же потребности свидетельствует и безотлагательное опубликование соответствующих судебных решений, в основе чего

¹ *Holmes O.W., Jr. The Common Law. London: Macmillan, 1887.* В книге говорится следующее: «Жизнь права была не логика; ею был опыт. Данные в ощущениях потребности времени, доминирующие этические и политические теории, интуитивные прозрения публичной политики, явные или бессознательные, даже предубеждения, которые судьи разделяют со своими соотечественниками, значительно в большей мере, нежели силлогизмы, предопределяют правила, в соответствии с которыми следует руководить людьми. Право воплощает историю развития нации на протяжении многих столетий, и с ним нельзя обращаться так, как если бы оно состояло только из аксиом и выводов, которые можно найти в учебнике по математике».

² Замечания при подписании Договора о ликвидации ракет средней и малой дальности, 8 декабря 1987 г., Белый дом, Вашингтон, округ Колумбия (<http://www.reagan.utexas.edu/archives/speeches/1987/120887c.htm>). Когда Президент Рейган вновь использовал данное выражение, Генеральный секретарь Горбачев перебил его, сказав: «Вы повторяете это на каждой встрече». Это вызвало смех в аудитории, и Президент Рейган ответил: «Это выражение мне нравится».

Верховенство права

лежит идея о том, что прозрачность содействует укреплению веры в надлежащее функционирование системы. О ней свидетельствуют и открытые судебные заседания и журналисты, чья основная задача — аналитическое освещение работы судов. Старая поговорка стала трюизмом только потому, что она соответствует истине: правосудие вершится только тогда, когда за отправлением правосудия следят.

Дискуссии за круглым столом вызвали в памяти известный разговор между Валерием Зорькиным, Председателем Конституционного Суда РФ, и Фрэнком Вагнером (Frank Wagner), репортером, освещающим решения Верховного суда Соединенных Штатов Америки. Разговор имел место в Вашингтоне (округ Колумбия) весной 1993 г. Вот он в изложении г-на Вагнера:

«Ближе к концу нашего разговора, после того, как мы проанализировали все детали подготовки и публикации мотивированных судебных заключений, Председатель Верховного Суда Зорькин задал мне последний вопрос. Он почти привел меня в замешательство этим вопросом: «Как вам удается удержать прессу и ваших врагов от лжи по поводу решений, которые вы выносите по важным делам?» Насколько я понял вопрос, г-н Зорькин спрашивал не просто о том, пытается ли Верховный Суд (и каким образом он пытается) не допустить, чтобы его критики давали непрошенные толкования принимаемых им решений. Скорее он задавал намного более фундаментальный вопрос — о том, как мы защищаемся от неприкрытых лжецов, одержимых идеей помешать нашей работе и тем самым подорвать доверие к суду и, следовательно, сделать его менее эффективным в качестве функционирующей ветви власти. Для любого, кто был воспитан в западной демократической традиции, вопрос был столь ошеломляющим, что мне потребовалось несколько секунд, чтобы сообразить, как следует ответить. Наконец, свет забрезжил. Я сказал г-ну Зорькину следующее: «Для этой цели мы распространяем информацию о наших решениях возможно более широко и возможно более быстро, используя для этого разнообразные печатные и электронные средства массовой информации, так чтобы любые заинтересованные лица могли незамедлительно и беспрепятственно сами узнать, какое именно решение суд вынес по тому или иному вопросу». После визита Председателя Верховного Суда Зорькина я пришел к выводу о том, что публичный доступ к решениям суда (вне зависимости от используемых носителей или источников информации) — это один из подшипников, который позволяет колесам демократии вращаться точно»¹.

У всех высших судебных инстанций в России сегодня есть сайты в интернете, через которые быстро распространяется информация

¹ Цит по: *Stecker N. Reflections of a Modern Scribe // 84 Michigan Bar Journal 2: 41. 2005. Feb.*

об их работе. Именно так и должно быть. Это часть фундамента демократического правления и источник силы для судебных органов и общества, в котором они работают. Это правда, что иногда немедленная и полная прозрачность не способствует совещательному процессу. Но открытость для публичного анализа — это именно то, чего по умолчанию следует ожидать. Доверие плохо развивается в отсутствие света.

Состязательные юридические системы в теории и на практике

В начале работы круглого стола участники дискуссии обратились к вопросу о принятии принципов состязательности в рамках российского уголовного судопроизводства. Быстро выяснилось, что у них есть свои несовпадающие и прочно сформировавшиеся мнения по вопросу о преимуществах и недостатках состязательной системы правосудия. Они приводили ссылки на практику работы судов в Америке и Великобритании. Состязательные системы подверглись сформулированной в общем плане критике из-за того, что они предположительно не могут гарантировать подлинное «равенство сил» между сторонами, обладающими очень разными экономическими или политическими ресурсами. Чего стоит, к примеру, право на адвоката, если у кого-то нет денег, чтобы нанять юридического консультанта по меньшей мере столь же опытного, как адвокат противной стороны?

Мне пришло в голову, что вместо того, чтобы обсуждать принципы состязательности в абстрактном или общем плане, было бы полезнее обсуждать эффективность конкретных состязательных процессов в конкретном правовом контексте. Это верно в силу двух причин. Во-первых, каждая система правосудия страдает от экономического и политического неравенства; некоторые системы страдают от этого в большей степени, нежели другие. Серьезные критические замечания в адрес советской инквизиционной системы как раз и заключались в том, что монопольный контроль со стороны государства за следствием, который был якобы призван обеспечить «всестороннее, полное и объективное исследование обстоятельств дела»¹, часто маскировал именно такое же неравенство сил, которое возникает в результате действия могущественной политической или экономической силы. Во-вторых, ни одна страна, включая США, не использует систему уголовного правосудия, которая была бы чисто состязательной или чисто инквизиционной. На стадии следствия, к примеру, принципы

¹ См. п. 593 ст. 20 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР (Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1960. № 40 (с изм. и доп., внесенными до 29 декабря 2001 г.)).

состязательности обычно используются в их наименьшей степени в каждой системе уголовного правосудия¹.

В этой связи следует отметить нечто, о чем за круглым столом не было сказано: широко сформулированные *принципы* состязательности, которые были вновь введены в России после окончания советского периода при поддержке американских и европейских организаций (в особенности Совета Европы), привели к возникновению специфически российских состязательных *процессов*¹. Это не было заранее предпринятым выводом. Хотя в п. 3 ст. 123 Конституции РФ в целом предусматривается, что «судопроизводство осуществляется на основе состязательности и равноправия сторон», сам термин в ней не определен, а история подготовки данного положения почти не проливает свет на намерения разработчиков, поскольку фактическое значение данного термина не обсуждалось³.

Принципы состязательности, указанные в ст. 15 УПК РФ, объединяют подходы, присущие системе обычного права и связанные, по всей видимости, с аспектами американского права, и подходы, которые характерны для гражданско-правовой традиции и которые могут быть идентифицированы с немецкой и иными европейскими правовыми

¹ См. решение по делу «Макнил против Висконсина» (*McNeil v. Wisconsin*, 501 US 171, 181 п. 2 (1991)): «На стадии расследования наша система правосудия является и всегда была инквизиционной (даже большое жюри является инквизиционным органом), и никакое иное положение немыслимо. Даже если бы сотрудники сыскной полиции должны были приводить с собой на все допросы беспристрастных мировых судей, таким беспристрастным судьям не пришлось бы выносить никаких решений».

² Елена Мизулина, председатель рабочей группы Государственной Думы, работавшей над Уголовно-процессуальным кодексом, в своем выступлении в Думе признала поддержку, которую рабочей группе оказали — среди прочих лиц — эксперты Совета Европы и Американской ассоциации адвокатов (*American Bar Association*). См. стенограмму заседания Государственной Думы от 20 июня 2001 г. (она отметила участие во многих случаях экспертов Совета Европы и Американской ассоциации адвокатов). Например, профессор Уильям Бэрнэм (*William Burnham*) из Школы права Государственного университета Уэйна (*Wayne State University*) (США) работал в группе в качестве эксперта по иностранному праву с 1999 г.

³ Конституционное совещание: Стенограммы. Материалы. Документы. 20 апреля - 10 ноября 1993 г.: В 20 т. М.: Юрид. лит., 1995-1996. Т. 13. С. 95-98. (<http://www.constitution.garant.ru/tom.php?pg=00000096&tom=13>). По меньшей мере эта история свидетельствует об осознании того факта, что принципы состязательности требуют абсолютного равенства процедур, а не ресурсов или способностей для каждой стороны. Там же. С. 97: г-жа Моршачова, судья Конституционного Суда, отметила следующее: «...от богатства состязательность не должна быть разрушена. Да, один больше заплатит адвокату, лучшего возьмет, но это есть в любом процессе сейчас. Главное, чтобы каждый мог представлять при равных процессуальных своих собственных возможностях свои интересы перед судом. А адвокаты всегда есть худшие и лучшие. И в этом смысле реальное равенство нарушается в любом процессе».

системами. Наиболее очевидным образом это проявляется в ведении дела в рамках российского уголовного судопроизводства. Доминирующей чертой уголовной юстиции в европейских странах с гражданско-правовыми традициями является официальное предварительное расследование, кульминацией которого являются материалы дела; это дело представляет собой стержень, вокруг которого вращается работа суда. Исторически сложилось так, что, поскольку содержанию дела придавался столь большой вес (как гласит латинская пословица, *quod non est in actis, non est in mundo*, т.е. чего нет в документах, того не существует), составление дела доверялось только государственным должностным лицам. В то же время в правовых системах обычного права ничто из содержимого такого дела само по себе не представляет доказательства, допустимого в суде: только показания, полученные в результате допроса живых свидетелей, подвергнутых перекрестному допросу на заседании суда, могут служить основанием для решения суда по делу. Здесь нет официального этапа расследования и, таким образом, нет дела как такового, которое могло бы явиться его результатом. Предполагается, что обвинение и защита проводят отдельные независимые расследования, с тем чтобы собрать свои собственные доказательства, которые они затем представят суду; в идеальном случае суд ранее не будет ознакомлен с такими доказательствами (хотя при этом существуют различные правила, призванные предотвратить вынесение обвинительного приговора на основании какого-либо «сюрприза» или в результате сокрытия доказательства невиновности, найденного в ходе проведенного государством расследования).

Можно без труда понять, какое влияние традиции обычного права и гражданско-правовые традиции оказали на смысл «принципов состязательности» в российском уголовном судопроизводстве, даже если это влияние касалось совершенно разных аспектов. В российском уголовном судопроизводстве сохранилось дело как таковое, но при этом было упрочено право подсудимых (действующих через своих адвокатов) влиять на содержание дела и представлять не включенные в него доказательства. Большее значение приобрели судебные процедуры, которые в большей мере связаны с системами обычного права. Возросла роль показаний живых свидетелей, иногда (но не всегда) за счет роли материалов дела.

Это краткое описание, однако, чрезмерно упрощает картину. Хотя в новом Кодексе по-прежнему предусматривается официальное предварительное следствие и его конечный продукт (дело), эта стадия уже не то, чем она являлась раньше. С одной стороны, государственное

должностное лицо (следователь) по-прежнему пользуется существенными квазисудебными полномочиями при проведении следствия и составлении дела. Содержание дела — изложение показаний свидетелей, документальные доказательства, заключения судебных и иных экспертов, протоколы обысков и иных следственных действий — складывается в результате действий отнюдь не состязательного характера. Протоколы допросов и иные действия производятся в рамках непубличных мероприятий, которые следователь проводит без участия защиты, за исключением действий, которые осуществляются в присутствии обвиняемого по просьбе защитника¹.

С другой стороны, старое требование советской эпохи, согласно которому следователь должен проводить «следствие всесторонне, полно и объективно»² (лозунг, обусловленный гражданско-правовой традицией), было изъято из нового Кодекса, и ныне четко предусматривается, что место следователя в рамках уголовного судопроизводства на «стороне обвинения»³. Эти изменения представляют собой «признание того факта, что следователь в современном уголовном судопроизводстве не является непредвзятым следователем-судьей»⁴. Они отражают еще

¹ См. п. 10 ч. 4 ст. 47 (который требует разрешения следователя на участие обвиняемого или его защитника в следственных действиях, производимых по его ходатайству или ходатайству его защитника либо законного представителя) и ч. 2 ст. 53 УПК РФ (в соответствии с которой для того, чтобы защитник мог задавать вопросы, необходимо разрешение следователя). Фактически было бы точнее назвать эти мероприятия «секретными», поскольку разглашение какой-либо полученной в ходе их информации без прямого разрешения следователя является преступлением, см. ч. 3 ст. 161 УПК РФ (в которой описывается процедура получения разрешения на предание гласности) и ч. 2 ст. 161 УПК РФ (в которой делается ссылка на ст. 310 УК РФ, предусматривающую, что несанкционированное разглашение данных является уголовным преступлением, которое наказывается арестом на срок до трех месяцев).

² Часть 3 ст. 213 УПК РСФСР 1960 г.

³ См. ст. 38 УПК РФ (описывающую роль следователя), включенную в гл. 6 «Участники уголовного судопроизводства со стороны обвинения». Как объяснила Елена Мизулина, бывшая на тот момент депутатом Государственной Думы, в своем выступлении в Думе в ходе рассмотрения УПК РФ во втором чтении, этот выбор был сделан сознательно, чтобы отразить процессуальные функции следователей. См. стенограмму заседания Государственной Думы от 20 июня 2001 г. («мы не стали лукавить и просто назвали вещи своими именами, чтобы была процессуальная чистота, чтобы каждому было понятно, какую же роль, какую функцию он выполняет, и не было здесь никакого лукавства и двойственности»).

⁴ См. послесловие депутата Мизулиной в книге: Уголовно-процессуальное право Российской Федерации / Отв. ред. П.А. Лупинская. М., 2003. С. 744. См. также: *Solomon P.H., Jr. The Criminal Procedure Code of 2001: Will it Make Russian Justice More Fair? // Ruling Russia: Law, Crime and Justice in a Changing Society / Ed. Pridemore, William Alex. Md.: Rowman & Littlefield, 2005. P. 73–80* (подчиненность органам милиции и Министерству внутренних дел делает следователей «частью культуры поддержания порядка»;

Комментарии иностранных и российских экспертов

одно важное изменение по сравнению со старым советским Уголовно-процессуальным кодексом: обвинение было лишено его «судебных» полномочий по вынесению приказов о заключении под стражу до суда и приказов об обыске жилища или осмотре частной корреспонденции¹. Теперь эти действия могут производиться только по прямому предварительному разрешению суда². Это означает наличие больших возможностей для состязательных споров, призванных повлиять на такие важные досудебные решения, результаты которых вполне могут сказаться и на исходе самого судебного процесса.

Вопрос о принципах состязательности в российском уголовном судопроизводстве непросто. Налицо аспекты, которые обусловлены различными традициями и иногда очевидным образом противоречат друг другу. Намного больше можно и нужно сделать для повышения их эффективности для обвиняемых в России. Но их введение, продиктованное требованиями Конституции, представляется мне шагом в правильном направлении.

«от них ждали, что они будут служить делу борьбы с преступностью, и им предлагались стимулы (включая оценку их работы), которые предусматривали упор на предъявление обвинений и вынесение обвинительных приговоров правонарушителям»).

¹ Тем не менее интересно отметить, что конституционные положения о прокуратуре (ст. 129) включены в гл. 7 Конституции, озаглавленную «Судебная власть»: *Smith G.B. The Procuracy, Putin, and the Rule of Law in Russia // Russia, Europe, and the Rule of Law. P. 7 / Ed. F. Feldbrugge. 2007.*

² См. УПК РФ: ч. 2 ст. 29 (общие полномочия суда); ст. 108 (заключение под стражу); ст. 165 (общий порядок получения разрешения на производство следственного действия); ч. 3 ст. 182 (обыск в жилище); ч. 2 ст. 185 (арест, осмотр и выемка корреспонденции); ст. 186 (контроль и запись переговоров).

**УЧАСТИЕ РОССИИ В МЕЖДУНАРОДНЫХ СОГЛАШЕНИЯХ
(ДИСКУССИЯ ПОСЛЕ КРУГЛЫХ СТОЛОВ)**

МЕРЬЯ НОРОС И ПИТЕР ДЖ. САЛАС

Присоединение Российской Федерации к Гаагским конвенциям по международному частному праву и их реализация — движение в направлении единой практики реализации интересов и исполнения обязательств в рамках международного судебного сотрудничества

Что такое Гаагская конференция по международному частному праву?

Гаагская конференция провела свое первое заседание в 1893 г. и стала постоянной межгосударственной организацией после вступления в силу ее Устава в 1955 г. Предусмотренная Уставом миссия Гаагской конференции — выработка согласованных на международном уровне подходов к таким вопросам, как юрисдикция судов, применимое право и признание и приведение в исполнение судебных решений в самых разных областях, включая международный гражданский процесс, международное коммерческое право и международную защиту детей.

Гаагская конференция стала ключевой организацией, содействующей международному судебному и административному сотрудничеству в этих областях. Личные, семейные или коммерческие ситуации, которые связаны не с одной, а с несколькими странами, представляют собой сегодня распространенное явление, и на них могут оказывать влияние различия между правовыми системами в соответствующих странах. Для того чтобы преодолеть географическое разделение и решить проблемы, возникающие в результате различий между правовыми системами, Гаагская конференция разработала основанные на консенсусе механизмы международного судебного сотрудничества в форме многочисленных конвенций.

Участие России в Гаагской конференции

Царская Россия участвовала в первых специальных заседаниях Гаагской конференции, что дало Советскому Союзу, а затем Российской Федерации (в качестве стран-правопреемниц) автоматическое

право на членство в Гаагской конференции; тем не менее это право оставалось невостребованным до 2001 г. Хотя Советский Союз ратифицировал Конвенцию по вопросам гражданского процесса в 1954 г., к самой Гаагской конференции он не присоединился. На протяжении большей части советского периода связи с остальным (западным) миром, в особенности в области гражданских отношений, были минимальными. Только после того как Советский Союз «открыл двери», экспоненциальное развитие трансграничных отношений с неизбежностью привело к возрастанию нагрузки на традиционные средства международной судебной помощи. Стала очевидной необходимость перехода к механизмам, предусмотренным Гаагскими конвенциями¹.

Российская Федерация стремилась интегрироваться в систему Гаагской конференции по международному частному праву посредством своего членства в Конференции и присоединения к ее основополагающим инструментам: Гаагской конвенции о вручении документов 1965 г.² и Гаагской конвенции о получении доказательств 1970 г.³ В сентябре 2000 г. посол Российской Федерации в Нидерландах подписал Гаагскую конвенцию о международном усыновлении 1993 г.,⁴ сделав, таким образом, первый шаг в направлении ее ратификации. В мае 2001 г. Российская Федерация присоединилась к Гаагской конвенции о вручении документов 1965 г. Для Российской Федерации эта Конвенция вступила в силу в декабре 2001 г. Также в мае 2001 г. Российская Федерация присоединилась к Гаагской конвенции о получении доказательств 1970 г. Эта конвенция вступила в силу для Российской Федерации в июне 2001 г. и формально уже действует между Российской Федерацией и несколькими другими странами. Наконец, Российская Федерация стала членом Гаагской конференции в декабре 2001 г. В качестве члена Гаагской конференции Российская Федерация может участвовать в переговорах, касающихся существующих и будущих конвенций.

¹ Важную роль играет также региональная конвенция: Минская конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г., заключенная между членами Содружества Независимых Государств, призвана обеспечить их гражданам и лицам, проживающим на их территориях, предоставление во всех договаривающихся сторонах в отношении личных и имущественных прав такой же правовой защиты, как и собственным гражданам; указанная Конвенция также призвана развивать сотрудничество между учреждениями юстиции.

² Гаагская конвенция о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам 1965 г.

³ Гаагская конвенция о получении за границей доказательств по гражданским или торговым делам 1970 г.

⁴ Гаагская конвенция о защите детей и сотрудничестве в области международного усыновления 1993 г.

Российская практика сегодня — смешанные результаты

В рамках процесса глобализации и с открытием для мира стран, входивших ранее в Советский Союз, в 1990-х годах число коммерческих, личных и семейных ситуаций, связанных с российскими гражданами и юридическими лицами из других стран, а также с иностранными гражданами и российскими юридическими лицами, неуклонно возрастает. Членство Российской Федерации в Гагской конференции и присоединение к конвенциям 1965 и 1970 гг. обеспечивают потенциально эффективную основу для международного судебного и административного сотрудничества. Тем не менее на практике осуществление такого сотрудничества сопряжено в целом со значительными задержками и иными проблемами.

После трехлетней задержки ситуация с Гагской конвенцией о вручении документов 1965 г. значительно продвинулась в направлении оптимального функционирования последней; напротив, как представляется, какое-либо поступательное движение в части Гагской конвенции о получении доказательств 1970 г. и Гагской конвенции о международном усыновлении 1993 г. приостановлено.

Реализация Гагской конвенции о вручении документов 1965 г. была приостановлена с момента ее вступления в силу в 2001 г. до 2005 г. Назначение центрального органа (организации, ответственной за получение запросов из-за границы и за повседневное выполнение Конвенции) состоялось только в августе 2004 г. Центральным органом для целей Гагской конвенции о вручении документов было назначено Министерство юстиции РФ. В то же время центральный орган должен назначаться незамедлительно по вступлении Конвенции в силу.

Однако после 2005 г. быстрое улучшение дел в плане реализации Гагской конвенции о вручении документов 1965 г. заслуживает похвал и его следует всячески приветствовать. Центральный орган в настоящее время работает достаточно эффективно. Безусловные успехи были достигнуты в деле разработки административных структур и процедур, необходимых для эффективной реализации и эффективного применения Конвенции, в том числе в территориальных органах Министерства юстиции и местных судах во многих регионах Российской Федерации. Сбор и анализ статистических данных о запросах, направляемых в соответствии с Гагской конвенцией о вручении документов, свидетельствует об улучшении ситуации с точки зрения сроков выполнения запросов. Тем не менее исследования ученых показывают, что срок обработки запросов в России по-прежнему превышает соответствующие показатели в большинстве

Участие России в международных соглашениях

других государств — членов Конвенции¹. С другой стороны, сравнение результатов вручения (число врученных документов по отношению к числу неврученных) демонстрирует, что Россия находится на том же уровне, что и остальные страны. В целом в настоящее время внутреннее и международное сотрудничество и коммуникационный процесс отличаются более высокой эффективностью. Улучшилось единообразие, и процедуры стали более прозрачными. Органы власти ныне конструктивно и инициативно работают над запросами, предусмотренными Конвенцией. Действительно, растущий опыт России в деле реализации Гагской конвенции 1965 г. представляет собой образец, которому надо следовать при реализации других конвенций².

Между тем реализация в России Гагской конвенции о получении доказательств 1970 г. оказалась полностью заблокирована, несмотря на то что она вступила в силу в 2001 г., так как применительно к указанной Конвенции центральный орган так и не был назначен. Более того, в момент ее подписания Россия, упустив это из виду, не объявила о том, что сообщения, направляемые в соответствии с Конвенцией, должны переводиться на русский язык. Сегодня существует некая неопределенность на предмет того, сможет ли Россия установить требование о переводе запросов, которые она получает из-за границы в соответствии с Конвенцией, хотя, может быть, можно сделать соответствующее заявление, которое будет иметь ретроактивное действие. Если эти вопросы будут благополучно решены, тогда, может быть, вполне удастся разблокировать процесс реализации Конвенции; тем не менее пока мало что свидетельствует о каком-либо движении в этом направлении или о постановке этой задачи в качестве приоритетной.

Наконец, спустя девять лет Гагская конвенция о международном усыновлении 1993 г. остается подписанной, но не ратифицированной, несмотря на все более острый кризис в России в отношении сирот и на жесткие регулятивные механизмы, которые в соответствии с Конвенцией можно было бы использовать для контроля за процессами усыновления.

¹ Пример такого исследования — «Судебное сотрудничество с Россией по гражданским делам», диссертация Мерьи Норрос, подготавливаемая к защите.

² На международном уровне применительно к реализации в России Гагской конвенции о вручении документов 1965 г. существует одна постоянная проблема. Из-за спора между Москвой и Вашингтоном, связанного с тем, что последний установил плату за вручение, осуществляемое частным подрядчиком в рамках реализации Конвенции, Россия приостановила *любое* судебное сотрудничество с Соединенными Штатами Америки по гражданским и торговым делам начиная с 2003 г. На практике запросы направляются непосредственно адресатам по почте.

Верховенство права

Проволочки со стороны России в деле реализации Гагской конвенции о вручении документов 1965 г. и текущая «замороженная» ситуация с Гагской конвенцией о получении доказательств 1970 г. и Гагской конвенцией о международном усыновлении 1993 г. приводят в смятение органы власти многих стран, отвечающие за международное трансграничное сотрудничество в соответствии с указанными многосторонними инструментами. Неисполнение Россией ее обязательств, предусмотренных данными инструментами, является беспрецедентным для системы Гагской конференции.

Настало время для возобновления работы со стороны России по реализации конвенций.

Вне зависимости от правового статуса любой конкретной Гагской конвенции в России ее реализации препятствует множество барьеров. На ранних этапах в особенности многие такие барьеры были административными по своему характеру, что обуславливалось определенными различиями между принципами политики, интересами или практикой работы судов, Министерства юстиции и Министерства иностранных дел. Некоторые зарубежные коллеги и партнеры России ощущали атмосферу общей инертности со стороны российских органов власти, когда дело касалось этих вопросов. Реализации конвенций также могли препятствовать противоречащие друг другу внутренние интересы, существующие в России.

Эти проблемы нетрудно решить, и существует несколько конкретных мер, которые могли бы быть незамедлительно приняты. Достигнутый после 2005 г. прогресс в деле реализации Гагской конвенции о вручении документов 1965 г. может использоваться в этих целях в качестве образца. Однако, поскольку с точки зрения политики эти вопросы не были признаны приоритетными, существует риск того, что реализация конвенций может быть приостановлена на многие годы вперед.

Отправной точкой для справедливого судебного разбирательства является надлежащее и своевременное вручение соответствующих документов; в отсутствие такого вручения не может быть ни защиты обвиняемого (ответчика), ни доступа к правосудию. Аналогичным образом в отсутствие возможности собирать доказательства по месту их нахождения у суда не будет полноценной основы для вынесения судебных решений. В вопросах семейного права, в которых интересы ребенка лучше всего можно защитить, используя для этой цели механизмы международного судебного сотрудничества, нельзя найти никакого оправдания тому, что эти интересы подрываются, поскольку указанные выше механизмы блокируются. Россия должна соблюдать

Участие России в международных соглашениях

предусмотренные ею юридические гарантии отправления правосудия не только в сугубо внутренних, но и в трансграничных делах.

Принцип *pacta sunt servanda* («договоры должны соблюдаться») является фундаментальным для гражданского и международного права. В ст. 26 Венской конвенции о праве международных договоров указывается, что «каждый действующий договор обязателен для его участников и должен ими добросовестно выполняться». Это предоставляет странам, также подписавшим тот или иной документ, право требовать исполнения обязательств и полагаться на то, что эти обязательства будут исполнены. Интересно отметить, что этот принцип имеет и позитивные, и негативные аспекты. С точки зрения негативных аспектов государство не может ссылаться на внутренние положения законодательства в качестве основания для отступления от своих международных обязательств. Но позитивный эффект данного принципа заключается в том, что когда государство связано международным договором, то оно должно тем или иным путем изменить свое внутреннее законодательство и практику, с тем чтобы привести их в соответствие с положениями такого международного договора.

Разблокирование и дальнейшее совершенствование реализации Гаагских конвенций со стороны России важны для развития всего множества каналов международного правового сотрудничества, которыми может пользоваться Россия. России в настоящее время необходимо принять меры для устранения несоответствий между ее принципами, нормами и обязательствами, с одной стороны, и ее фактической практикой — с другой, как на внутреннем, так и на международном уровне. Тем временем дальнейшее приостановление реализации Конвенций будет наносить ущерб последовательному и единообразному применению фундаментальных международных гражданских процессуальных норм. Это наносит ущерб интересам и иностранных, и российских сторон и мешает отправлению правосудия в России и за ее пределами.

КОММЕНТАРИЙ В.В. КЛЮВГАНТА

Проведенный иностранными участниками круглых столов анализ ситуации с исполнением Российской Федерацией своих обязательств, вытекающих из ряда международных договоров в рамках Гаагской конференции, неизбежно поднимает более широкую и не менее актуальную проблему о том, каково отношение российских властей к соблюдению международного права не только на уровне

Верховенство права

дипломатических отношений, но и в деятельности правоохранительных и правоприменительных органов, а также о том, насколько современная отечественная правоприменительная практика соответствует стандартам, предусмотренным международным правом. Не претендуя на исчерпывающий анализ этой проблемы, хотелось бы в порядке краткого комментария добавить лишь несколько наиболее характерных штрихов.

Официальная правовая позиция РФ по рассматриваемому вопросу вполне цивилизована и современна: нормы международного права являются составной частью российского законодательства, а в случае коллизии с национальными нормами имеют приоритет. Это следует и из норм Конституции РФ, и из соответствующих разъяснений Конституционного и Верховного судов.

К сожалению, реализация этих положений на практике, мягко говоря, крайне далека от идеала. Россия является абсолютным чемпионом по количеству жалоб на нарушение Европейской конвенции по защите прав и основных свобод человека, что само по себе еще можно было бы объяснить масштабами страны, если бы не реалии деятельности наших судов и правоохранительных органов, для которых игнорирование норм международного права (как и воспроизводящих их норм национального законодательства), к сожалению, отнюдь не является каким-то чрезвычайным эксцессом. Именно поэтому Россия устойчиво лидирует и по количеству признанных ЕСПЧ нарушений, включая нарушения таких основополагающих прав, как право на свободу и личную неприкосновенность, на справедливый суд, созданный в соответствии с законом, недопустимость преследования не в целях правосудия, а в иных целях.

О систематическом нарушении российскими судами и правоохранительными органами этих и других основополагающих прав и свобод наглядно свидетельствуют и показательные частые отказы судов и правительств иностранных государств в удовлетворении запросов российских властей об экстрадиции и правовой помощи. Так, по официальным данным Генеральной прокуратуры РФ, в иностранные государства в 2006 г. было направлено 423 запроса о выдаче лиц, разыскиваемых российскими правоохранительными органами, из которых удовлетворено 225, в том числе государствами СНГ - 206; отказано в выдаче для привлечения к уголовной ответственности или исполнения приговора в отношении 36 лиц¹. Иначе говоря, из тех запросов, которые были направлены не в страны СНГ (где, к сожалению,

¹ <http://genproc.gov.ru/smi/events/actions/news-5543/>.

Участие России в международных соглашениях

с соблюдением норм международного права имеются проблемы, сходные с российскими), удовлетворено было только 19 из (предположительно) около 200 запросов. По данным Национального центрального бюро Интерпола при МВД РФ, в 2008 г. количество лиц, экстрадированных в Российскую Федерацию из дальнего зарубежья, составило «около 20 человек»¹, что говорит об определенной стабильности этой статистики. Такое положение дел едва ли может свидетельствовать о соответствии общей позиции запрашивающей стороны нормам международного права.

В качестве иллюстрации позиции российских правоохранительных органов можно привести практику разрешения запросов о правовой помощи по делам, связанным с компанией «ЮКОС», ее акционерами и сотрудниками. Отказы в удовлетворении запросов российской стороны об экстрадиции или предоставлении информации в последние годы имели место со стороны властей Великобритании (неоднократно), Испании, Кипра, Литвы, Лихтенштейна, ФРГ, Швейцарии, Эстонии и др. Более того, многим лицам, экстрадиция которых запрашивалась властями Российской Федерации, было предоставлено политическое убежище именно по мотивам их преследования в России не в целях правосудия, а в «иных» целях. В ряде таких решений прямо указывается на политический характер преследования, во всех без исключения — на тенденциозность и отсутствие достаточных гарантий справедливого суда в Российской Федерации, а значит, на отсутствие оснований для удовлетворения запросов. Суд Нидерландов отказал в признании решения российского суда о банкротстве «ЮКОСа» как не соответствующего элементарным правовым стандартам. При этом нет никаких оснований полагать, что такая позиция иностранных судов является случайным совпадением или имеет какой-то неправовой подтекст.

Указанные обстоятельства, особенно с учетом крайне болезненного отношения властей к любой критике со стороны иностранных и международных судов и иных органов, юрисдикцию которых Российская Федерация признает по рассматриваемым вопросам, неприятия в течение длительного времени каких бы то ни было действенных мер по нормализации ситуации, свидетельствуют о наличии глубоких проблем, связанных с тем, что современная российская правоприменительная практика нередко носит неправовой характер, как бы чудовищно ни выглядело такое словосочетание.

¹<http://www.mvd.ru/struct/100072/100073/6128/>.

КОММЕНТАРИЙ Т.Г. МОРЩАКОВОЙ

Исполнение Россией своих международных обязательств выступает действительно как насущная задача всех государственных структур — она требует активности и законодательной, и исполнительной, и судебной власти. Фактически приоритет, который согласно Конституции РФ имеют перед внутренним законом нормы международного права, во многих случаях не реализуется. По существу даже положения о примате общепризнанных международных стандартов в области прав и свобод, несмотря на их безусловное признание конституционным регулированием в качестве основы конституционно-правового статуса российских граждан (как это вытекает из ч. 1 ст. 17 Конституции РФ), — не воспринимаются судебной практикой общих и арбитражных судов. Суды в лучшем случае либо применяют нормы международных договоров специального характера, либо склонны вместо казуального толкования и применения общепризнанных международных принципов, а именно это необходимо, если законодатель не вписал соответствующие формулировки в текст закона, прибегать в судебных актах по сути к декоративному (или демагогическому) их цитированию. Превращению такого «назывного» использования международного права в реальное противостоят не только сложившиеся в судах обыкновения поступать по закону и инструкции даже явно вопреки принципам и нормам более высокого порядка, но и «скованность» судейского корпуса прямыми указаниями, идущими по вертикали вниз от вышестоящих судебных, а косвенно и внесудебных структур. Как и ранее, в правоприменении считается возможным ориентироваться на общепризнанные гуманитарные стандарты только после специального указания. Например, согласно рекомендациям, сформулированным Верховным Судом в постановлении Пленума от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации», судам предписывается применять при рассмотрении конкретных дел лишь те общепризнанные принципы международного права, которые закреплены в международных пактах, конвенциях и иных документах (в частности, во Всеобщей декларации прав человека и гражданина, Международном пакте о гражданских и политических правах, Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах), а также только те международные договоры, согласие на обязательность которых было принято в форме федерального закона,

т.е. только при условии ратификации международного договора. Это очевидное ограничение в сравнении с конституционной нормой, не знающей таких оговорок, — сужается само понятие источников общепризнанных принципов и норм международного права. Судам в этом же постановлении рекомендовано также при возникновении затруднений в толковании общепризнанных международных принципов и норм обращаться в Правовой департамент Министерства иностранных дел РФ и в Министерство юстиции РФ. Но эти ведомства не имеют никаких правомочий, чтобы определять применимое при рассмотрении дел в судах право. Это исключительное полномочие судов тем более не может ставиться в зависимость и от того, справляются ли названные ведомства со своими задачами обеспечить официальные переводы и публикации международно-правовых актов. Юридическая наука также по-прежнему скептически настроена в отношении непосредственного применения в России общепризнанных принципов и норм международного права, если ими установлены иные правила, чем во внутреннем законе. Более того, многие авторы полагают, что только договор, но не общепризнанные принципы и нормы международного права, может иметь приоритет перед национальным законом. Однако в международном праве не проводится различие между ратифицированными и нератифицированными нормами по их юридической силе.

Объективно серьезные трудности в российской парламентской практике вызывает и приведение национального законодательства в соответствие с актами более высокого уровня, в том числе с конституционными и международными стандартами в сфере прав и свобод. Оказывается, что законодатель либо изначально не готов осознать их существо при рассмотрении законодательных инициатив, либо даже не в состоянии вносить в свои акты необходимые изменения, на которые прямо указано как на необходимые в решениях конституционной или наднациональной юрисдикции. Такое положение связано с откровенным непризнанием конституционных и международно-правовых стандартов и соответственно с невозможностью сформировать волеизъявление большинства, необходимое для принятия или изменения закона. Например, официально приведены данные о таком феномене законодательной деятельности в Российской Федерации. К началу 2008 г. Государственная Дума Федерального Собрания РФ не сумела осуществить законодательное регулирование в целях устранения подтвержденных Конституционным Судом нарушений прав и свобод, предусмотренных Конституцией (и одновременно также Европейской

Верховенство права

конвенцией), более чем в 20 федеральных законах. Поэтому в России практика Страсбурга продолжает играть роль второго после Конституционного Суда рубежа защиты даже собственной российской Конституции.

Известны и закончившиеся' неудачей неоднократные попытки ратифицировать в Государственной Думе подписанный Российской Федерацией еще в 1997 г. Протокол № 6 к Европейской конвенции, обязывающий государства — ее участников к запрету смертной казни в национальной практике. С юридической точки зрения эта нератификация не выдерживает критики. Хотя общественное сознание упорно обрабатывается, чтобы доказать обратное, чтобы оправдать сохранение в законе смертной казни подчинением воле народа. Речь на самом деле идет даже не о том бесспорно недопустимом представлении, что страна может позволить себе не исполнять взятые на себя международные обязательства. Вопрос состоит в том, можно ли публично пропагандировать нарушение собственной Конституции, которая гарантирует своим гражданам права и свободы в соответствии с международно-правовыми принципами и требует, чтобы внутренний закон перестал применяться, если он противоречит международному договору. Европейская конвенция, которую мы подписали и ратифицировали, предполагала в качестве обязательного условия вступления России в Совет Европы отказ от применения смертной казни. Есть еще одна международно-правовая норма, содержащаяся в Венской конвенции о праве международных договоров, согласно которой государство, подписавшее какой-либо договор (а Россия подписала и Европейскую конвенцию и Протокол № 6, являющийся ее составной частью), впредь до его ратификации не может внутри страны совершать такие действия, которые противоречили бы цели и предмету заключенного международного договора. От этих обязательств можно освободиться только путем выхода из договора. Пока это официально не осуществлено, в стране не могут совершаться действия, которые противоречат цели и предмету заключенного, хотя и не ратифицированного, договора. Положение российской Конституции, допускавшее возможность временного сохранения в законе смертной казни по буквальному ее тексту лишь «впредь до ее отмены», рассчитанное на переходный период, уже исчерпало себя именно потому, что подписание международного договора приводит к прекращению действия противоречащего этому договору национального закона. Это произошло именно в силу Конституции, никакие временные, рассчитанные на переходный период положения которой не могут служить основанием для непризнания

конституционного регулировании прав и свобод, а право на жизнь Конституцией РФ названо первым в ряду прав и свобод человека. Такая позиция сформулирована Конституционным Судом еще в 1999 г. Это соответствует духу и букве Конституции, согласно которой никакие законы не могут отменять и умалять признанные ею права человека, в том числе и освобождать государство от обязанности обеспечивать их в соответствии с нормами международного права. Международный договор, даже не ратифицированный, имеет приоритет перед противоречащим ему законом и парализует действие статей Уголовного кодекса, допускающих применение смертной казни. Подписание Россией международного договора, согласно которому смертная казнь запрещена, является формой ее отмены в национальной правовой системе. Речь опять же не о том, что нарушение государством общепризнанных стандартов гуманитарного права связано с недоверием к нему в международных отношениях, но об отрицании конституционных обязательств власти перед гражданами.

Этот *modus operandi* продолжается также нератификацией Протокола № 14 к Европейской конвенции, который имеет целью изменение процедур в ЕСПЧ, с тем чтобы обеспечить повышение эффективности и ускорение рассмотрения дел. Россия — единственная отказавшаяся от ратификации этого документа страна. Однако мотивы данной акции по существу обнаруживают стремление противодействовать реализации ее гражданами конституционно признаваемой возможности на равных основаниях с гражданами других стран обращаться за защитой своего нарушенного права к страсбургской юрисдикции. Внешне эти мотивы заключаются в логически несостоятельном опасении, что закрепленная в новых правилах Протокола процедура, ускоряющая и упрощающая производство в ЕСПЧ, будет использоваться «против» России, так как допускает единоличное вынесение судьей решения о допустимости жалобы и о значимости нарушения как предпосылках передачи дела на рассмотрение коллегии судей, а значит, соответственно позволит быстрее и легче принимать решения, требующие устранения нарушений прав российских граждан внутри страны. По существу такие мотивы свидетельствуют о том, что законодатель, во-первых, не считает себя связанным непосредственно действующими правами и свободами человека, которые должны определять содержание деятельности любой власти и, следовательно, закреплять это требование конституционной нормой (ст. 18 Конституции РФ), а во-вторых, рассматривает восстановление нарушенного права гражданина как причиняющее ущерб государству, в то время

Верховенство права

как подлинное значение устранения нарушений заключается в том, что оно служит верховенству права и тем самым прогрессу в стране. Кстати, количество жалоб в ЕСПЧ из России пропорционально ее населению и не превышает — в соотношении с ним — количество жалоб, поступающих из других стран. Но каким бы оно ни было, это должно заставлять искать способы, направленные не на препятствование таким обращениям, а на обеспечение модернизации национальных средств правовой защиты.

ПОИМЕННЫЙ УКАЗАТЕЛЬ

- Булл Х.* – 151, 187–188, 212.
Голиченков А.К. – 150, 164–165.
Головко Л.В. – 317, 325–328.
Григорьев Л.М. – 19–20, 316–317, 334–347, 349–351.
Ем В.С. – 150.
Жуйков В.М. – 17–18, 31, 35, 44, 45, 59–61, 76, 150, 168, 186, 187, 211–214, 273–316, 331–334.
Зорькин В.Д. – 24–30, 413.
Кан Дж. – 317, 409–417.
Караджова М. – 151, 190–191, 209, 317, 363, 403–409.
Клювгант В.В. – 317, 328–331, 351, 357–366, 369–371, 423–425.
Ламетти Д. – 20–22.
Лафитский В.И. – 316, 318–320, 373–397.
Морщакова Т.Г. – 14–16, 31, 33–37, 40, 45–49, 53, 56–59, 61–77, 150, 172–186, 188–189, 191–192, 201–207, 210–211, 213–257, 316, 351–352, 371–373, 426–430.
Наумов А.В. – 31, 33, 37, 57, 61–62, 78–95, 150, 193–194, 197–201, 316.
Новиков И.А. – 151, 171, 198–200.
Новикова Е.В. – 9–11, 31–33, 50, 151–152, 214, 317, 318.
Норос М. – 151, 192–193, 418–423.
Примаков Е.М. – 12–13.
Рахмилович А.В. – 31–33, 35–36, 44, 60, 96–150, 316, 325.
Резник Г.М. – 18–19.
Розенцвайг А.В. – 31, 33, 57, 58, 151, 168–169, 317, 364, 365.
Саймонс В. – 31, 52, 151, 316.
Салас П.Дж. – 151, 316, 418–423.
Субботин М.А. – 31, 49–60, 151, 194–196, 208–210, 317, 347–349, 366–369.
Уржаева Ю.В. – 317, 328.
Федотов А.Г. – 31, 32, 34, 36–44, 47–48, 59–61, 96–150, 152–154, 167, 189, 196–197, 207–208, 210, 212, 316, 319–320, 333, 346, 352–357, 365, 370.
Шаститко А.Е. – 151.
Яковлев В.Ф. – 13, 14, 150, 154–171, 258–272, 316, 320–324.
Ярославцев В.Г. – 16–17, 150, 398–403.

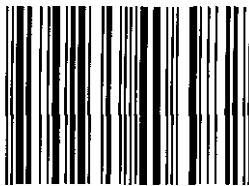
**ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА
И ПРОБЛЕМЫ ЕГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ
В ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНОЙ ПРАКТИКЕ**
МЕЖДУНАРОДНАЯ КОЛЛЕКТИВНАЯ МОНОГРАФИЯ

Редактор *А.В. Савкина*
Корректор *Л.А. Галайко*
Художественное оформление: *В.В. Самойлова*
Компьютерная верстка: *О.Л. Божьева*

Подписано в печать 07.09.10. Формат 60х90¹/₁₆. Бумага офсетная.
Гарнитура Newton. Печать офсетная. Усл. печ. л. 27.
Тираж 1000 экз.
Заказ № 1013070.

Издательство «Статут»
119454, г. Москва, ул. Лобачевского, д. 92, корп. 2;
тел.: +7 (495) 649-18-06
E-mail: book@estatut.ru
www.estatut.ru

ISBN 978-5-8354-0698-2



9(178 5 8 3 51140 6 9 8 2

Отпечатано в полном соответствии с качеством
предоставленного электронного оригинал-макета
в ОАО «Ярославский полиграфкомбинат»
150049, Ярославль, ул. Свободы, 97