

Каково это — быть юристом?

Составитель Е.А. Мишина

Москва 2010

УДК 347.96(470+571)
ББК 67.7(2Рос)
К16

Составитель *Е.А. Мишина*

К16 **Каково это — быть юристом?** / составитель Е. Мишина. — Москва : Фонд «Либеральная миссия», 2010. — 280 с.

ISBN 978-5-903135-11-0

Признавая, что любой конфликт должен быть справедливо, четко и эффективно разрешен в правовом поле, что без этого невозможно справиться ни с одной из стоящих перед страной задач, мы тем самым признаем исключительность той роли, которую юристы играют в нашей современной истории. Тем не менее не секрет, что эта профессия в течение ряда лет находится в состоянии кризиса, причем практически во всех ее аспектах. В данной книге представлен взгляд на профессию юриста с точки зрения разных поколений. В чем будущие юристы видят свою миссию, как они воспринимают наиболее громкие судебные решения последних лет, что их влечет и что отталкивает в избранной ими стезе? Что вообще сегодня происходит с юристами и что нужно сделать для того, чтобы они стали наконец юридическим сообществом? Об этом размышляют на страницах книги преподаватели и студенты Высшей школы экономики.

УДК 347.96(470+571)
ББК 67.7(2Рос)

ISBN 978-5-903135-11-0

© Фонд «Либеральная миссия», 2010

СОДЕРЖАНИЕ

От составителя	4
Многоликие российские юристы. <i>Е. Мишина</i>	6
Влияние господствующего правопонимания на состояние и престиж юридической профессии. <i>А. Кашанин</i>	24
Престиж профессии юриста во Франции и в Германии. <i>Ю. Демешева</i>	58
Престиж профессии судьи в странах исламского права. <i>Л. Сюкияйнен</i>	78
Обзор типичных процессуальных нарушений в уголовном судопроизводстве. <i>Э. Деменцова, С. Поваляхин</i>	92
Обзор типичных правонарушений, совершаемых при рассмотрении гражданских дел в судах общей юрисдикции. <i>Ю. Жукова</i>	138
Типичные процессуальные нарушения в арбитражных судах. <i>И. Дергунов</i>	154
Дело Михаила Ходорковского. <i>Ю. Свешникова</i>	173
Дело Платона Лебедева. <i>Д. Замышляев, Б. Татлыбаев</i>	187
Профессия — адвокат: дело Василия Алексаняна. <i>А. Непомнящий</i>	203
Истец подает иск о ликвидации акционерного общества, акционером которого он является, или Дело «ТВ-6 Москва». <i>Е. Мишина, М. Польникова</i>	213
Дело «Трех китов». <i>Д. Шарафетдинова</i>	242
Дело «Домодедово». <i>И. Зверев</i>	260
Послесловие. <i>Ю. Демешева</i>	274

ОТ СОСТАВИТЕЛЯ

Вашему вниманию предлагается книга, в которой два преподавателя факультета права Высшей школы экономики и сотрудник одного из ее научных подразделений вместе с группой студентов попытались проанализировать, что происходит с профессией юриста в сегодняшней России. Мы учились в разных вузах и стали юристами в разное время, но даже с учетом различия стартовых площадок мы не можем не видеть, что наша профессия в течение ряда лет находится в состоянии кризиса, причем практически во всех ее аспектах. Данный вывод вовсе не является открытием: сходного мнения придерживаются многие из коллег по цеху. Тем не менее юридическая профессия продолжает оставаться востребованной и рост числа юридических вузов и юридических факультетов в масштабе страны с трудом поспевает за ростом числа абитуриентов, желающих получить юридическое образование. «Все чудестраньше и чудестраньше», как сказала бы Алиса. С одной стороны, вроде бы очевидно, что юристы переживают не лучшие времена. Судебная реформа в стране идет уже более 17 лет, но соотношение ее достижений и провалов производит весьма унылое впечатление и все чаще раздаются голоса о судебной контрреформе. Определенная трансформация прокуратуры не лишила это ведомство его устрашающей репутации и не прибавила прокурорам народной любви. Бурное и поначалу успешное развитие российского нотариата, происходившее в 1990 годах, довольно быстро затормозилась. Про милицию и говорить, и думать страшно — в особенности после ряда последних публикаций Л.В. Никитинского. Адвокаты вроде бы «из лучших», но тоже не являют собой картину полного благополучия — у кого-то уже репутация не очень, а кое-кто оказался в группе риска. Но с другой стороны, сегодняшнее положение юристов в России не отпугивает молодежь и закончившие школы мальчики и девочки стремятся изучать право и получить юридическую специальность. Что же заставляет их сделать такой выбор? Какова их мотивация?

Тот факт, что двое из троих «законченных» юристов, участвовавших в написании этого коллективного труда, имеют возможность обсуждать подобные вопросы со студентами в ходе высевания «разумного, доброго, вечного» на факультете права Высшей школы экономики, дал уникальную возможность представить в данной книге взгляд на профессию юриста с точки зрения разных поколений. Нам кажется очень важным понять, в чем будущие юристы видят свою миссию, как они воспринимают наиболее громкие судебные решения последних лет, что их влечет и что отталкивает на избранной ими стезе. А мы вместе с ними попытались понять, что сегодня

происходит с нами, юристами, почему мы так и не стали юридическим сообществом и что мы, юристы, совмещающие практическую юридическую деятельность с преподавательской работой, можем сделать для того, чтобы те, кого мы учим и будем учить впредь, не пожалели о сделанном ими выборе.

Е. Мишина,
заместитель директора Института правовых исследований ГУ – ВШЭ,
доцент кафедры конституционного и муниципального права,
канд. юрид. наук

Е. Мишина

МНОГОЛИКИЕ РОССИЙСКИЕ ЮРИСТЫ

Юристы, наверно, тоже когда-то были детьми.

Харпер Ли, «Убить пересмешника»

Акулы не едят юристов из чувства корпоративной солидарности.

Анекдот

Словосочетание «prestиж юридической профессии в России» как-то не формулируется, а если и формулируется, то получается лживо и чувствуется за этим словно кривая ухмылка. Юристы в сегодняшней России — это каста, отдельные представители которой имеют огромные заработки, а большинство остальных — просто хорошие или очень хорошие. Это люди, среди которых встречаются любимцы СМИ, «звезды континентов», лидеры правозащитного движения и борцы за демократию. Это люди, среди которых попадаются откровенно нерукопожатные, превратившиеся в результате бесполезной мутации из юристов в «разводящих» — тех, кто «решает проблемы». Это люди, среди которых есть те, чьи имена даже мы, юристы, произносим с придыханием и пиитетом, образцы нравственности, сочетающие в себе высочайшие моральные качества с блистательным знанием права. Имя нам легион, нас объединяет полученное нами всеми юридическое образование, но мы не сообщество — слишком много внутри нашей касты враждующих группировок. Настолько много, что иногда это очень сильно напоминает описанное Томасом Гоббсом состояние «войны всех против всех».

При Советском Союзе нас было существенно меньше. Количество вузов, где можно было получить юридическое образование, было крайне мало. Конкурс порой превышал все допустимые нормы и доходил до 40 и более человек на место. Поступали в основном «производственники», ребята, отслужившие в армии и закончившие рабфак. «Школьников» было немного — на нашем курсе примерно треть, и мы считались очень молодым курсом: заканчивая пятый год обучения, в общей массе мы были слегка моложе первокурсников.

Юристы старшего поколения, получавшие образование после Великой Отечественной войны, счастливее нас — им довелось слушать лекции по недоразумению не дотравленных представителей дореволюционной профессуры. Отец мой, закончивший после войны Московский юридический институт, объединенный в 1954 году с юридическим факультетом МГУ, рассказы-

вал, что после лекций студенты периодически наблюдали потрясающую сцену: профессора И.Б. Новицкий и И.С. Перетерский в курилке беседовали по-латыни. С нами сегодня не следует пытаться беседовать по-латыни — мы обидимся. И преподаватели, обучавшие нас, кроме непосредственно преподавателей латыни, научивших нас нескольким десяткам крылатым выражений и названиям некоторых видов договоров, этим языком, испокон веков бывшим языком юристов, тоже не владели. А среди профессоров, занимающихся международным правом, вы легко найдете тех, кто не говорит ни на одном иностранном языке. И это не их вина, это вовсе не значит, что они плохие. Страна такая...

В период существования Советского Союза нас было меньше, но это не значит, что мы были лучше. Мы получали хорошую теоретическую подготовку, но, превратившись в дипломированных специалистов, оказывались малопригодными для работы на практике. Сфера применения наших профессиональных навыков была существенно уже, чем теперь, поскольку было меньше сфер правового регулирования. Но это, опять же, не значит, что к юристам относились существенно лучше. Вообще, если начать составлять цитатник, посвященный различным представителям юридической профессии, и при этом использовать как дореволюционные, так и относящиеся к советскому периоду произведения, может получиться довольно увесистый том, не содержащий в себе ничего для нас лестного. Существенное место в нем займут пословицы, поговорки и созданные классиками русской литературы образы (среди которых особенно хочется отметить гениально выписанных персонажей Ф.М. Достоевского и А.Н. Островского) ярко демонстрирующие отношение к юристам в царской России.

Изменение общественного строя, последовавшее за октябрьскими событиями 1917 года, не слишком отразилось на отношении к юристам. Сами же юристы испытали на себе сильные перемены из серии «иных уж нет, а те далече». Вышеупомянутые профессора были исключением, а не правилом. Ряды юристов после революции и Гражданской войны сильно поредели, поэтому проблему кадрового голода начали решать незамедлительно — в том числе посредством учреждения знаменитого Института красной профессуры, распахнувшего свои двери для слушателей в октябре 1921 года. Целью создания этого института стала подготовка преподавателей общественных наук, работников научно-исследовательских учреждений, центральных партийных и государственных органов. Взамен истребленных научных и преподавательских кадров, представлявших собой наследие царского режима и вследствие этого идеологически вредных, предстояло вырастить новую интеллектуальную элиту, пролетарскую, верную политике Коммунистической партии. Начался «своего рода эксперимент в формировании генерации интеллектуалов, в силу своего классового и партийного происхождения предуготовленных к пониманию

"подлинно научных закономерностей развития природы и общества"»¹. «Планировалось подготовить поколение новой рабоче-крестьянской научной интеллигенции, чей постоянный приток гарантировал бы высшее образование и науку от "буржуазного перерождения" и обеспечивал приоритет советской власти в сфере интеллектуальной деятельности. Практически это означало установку на игнорирование различий между образованным и необразованным, знающим и незнающим, квалифицированным и неквалифицированным, хотя декларировалась необходимость "массового подтягивания" рабочих и крестьян до духовного уровня интеллигенции»².

Свежеиспеченные «красные профессора», начавшие преподавать юридические дисциплины в советских вузах, наверняка особенно колоритно смотрелись на фоне немногочисленных оставшихся дореволюционных профессоров. Но оценить этот колорит могли лишь немногие смелые: советские юридические вузы были абсолютно политизированы и крамольная мысль посмеяться над малообразованными выпускниками Института красной профессуры могла забрести лишь в самые отчаянные головы. Не буду утверждать, что юристов в советское время обучали лишь малообразованные преподаватели и неопиты — это не так. Но сам факт, что «красные профессора», пусть и наряду с квалифицированными преподавателями, тоже вели занятия у студентов юридических вузов, не мог не отразиться на качестве советского юридического образования, и оставлять без внимания это феномен конечно же нельзя.

Дело было не только в том, *кто* нам преподавал, но в том, *что* нам преподавали. На нас не могла не отразиться еще одна характерная особенность советского юридического образования — высочайшая степень политизированности. Чтобы читатель получил представление о том, в каком ключе нас обучали юриспруденции в 80-х годах прошлого столетия, позволю себе привести довольно пространную цитату:

«Право — это такое правило поведения, которое, в отличие от всех других, содержит принудительный момент, возможность вмешательства государства. Властвующее в обществе государство, угрожая принуждением или применяя его, обеспечивает соблюдение этого правила. Нет права без государства и государства без права. Это два слова, которые обозначают одно и то же явление.

Не всякое человеческое общество знает государство и право. Они — продукты определенной экономической структуры и не возникают до тех пор, пока не произойдет раскола общества на классы, из которых один эксплуатирует другой или другие. Господствующий класс использует в этих условиях государство и право, чтобы укрепить и продлить свое государство.

¹ Козлова Л.А. Институт красной профессуры (1921–1938 годы) : историограф. очерк // Социологический журнал. 1994. № 1.

² Цит. по: Козлова Л.А. Комплектование Института красной профессуры, 1920-е годы. URL: <http://www.nir.ru>.

Право — это орудие классовой борьбы, служащее защите интересов господствующего класса и сохранению выгодного для него социального неравенства. Оно может быть определено как совокупность социальных норм, которые регламентируют отношения господства между правящим и подчиненными классами в той части, в какой эти отношения не могут сохраняться без опоры на принудительную силу хорошо организованного государства. Что касается государства, то это организация господствующего класса, с помощью которой этот класс обеспечивает подавление эксплуатируемого класса и охрану своих интересов»¹.

Поскольку с самых первых дней в наши головы был намертво забит набор марксистско-ленинских постулатов о государстве и праве, мы с трудом представляли себе, что право на самом-то деле должно изучаться в отрыве от политики. А какие предметы нам преподавали! Какую изобретательность приходилось проявлять специалистам по финансовому праву, чтобы в условиях брежневского застоя и соответствующего стилистике этого периода состояния финансовых правоотношений в советском обществе хотя бы чему-то нас научить! Нам преподавали такие экзотические дисциплины, как марксистско-ленинская этика и эстетика, — и не спрашивайте меня, какое отношение данный предмет имеет к юриспруденции, никто из нас этого не знает и никогда не знал. А на семинарских занятиях по данной дисциплине наиболее везучие из нас пели «Интернационал»... При этом, будучи студентами, мы уже почувствовали дуновение ветра перемен. Поступив на юрфак МГУ еще при жизни Брежнева, в 1982 году, мы закончили университет в 1987 году, когда в стране уже шла перестройка, а на лекции по научному коммунизму, которые еще читались нам на пятом курсе, уже приходили грозные комиссии и проверяли, насколько лекционный материал отражает происходящие в стране изменения. Наш курс был последним, попавшим под государственное распределение. Наиболее желанными были адвокатура и аспирантура, следовательская работа еще не лишилась на тот момент остатков романтического флера — тем более что все мы обожали фильм «Место встречи изменить нельзя». Судейские должности, на которые могли претендовать только достигшие 25-летнего возраста члены КПСС, представлялись нам малопривлекательными, несмотря на реальный шанс получить квартиру в обозримом будущем. Работать в загсах и нотариате не хотел никто.

Говоря об отношении к юристам в сегодняшней России, следует попытаться определить специфику ряда юридических специальностей. Задача объять необъятное и описать все многообразие юридических профессий слишком масштабна, поэтому попытаемся кратко охарактеризовать наибо-

¹ Цит. по: Марксистская концепция государства и права. URL: <http://www.pravoznavec.com.ua> (4 февраля 2009 года).

лее крупные подвиды юристов и отношение общества к ним, а также отношение представителей разных подвидов юридической специальности друг к другу.

Прокурорские работники — наиболее грозные из юристов. Синий мундир и Уголовный кодекс вселяют трепет, к тому же перед прокурорскими работниками стоит ряд важных и ответственных задач. Согласно действующему Федеральному закону «О прокуратуре Российской Федерации» «в целях обеспечения верховенства закона, единства и укрепления законности, защиты прав и свобод человека и гражданина, а также охраняемых законом интересов общества и государства прокуратура Российской Федерации осуществляет надзор за исполнением законов и за соблюдением прав и свобод человека и гражданина органами власти различных уровней, органами местного самоуправления, органами военного управления, органами контроля, их должностными лицами, органами управления и руководителями коммерческих и некоммерческих организаций, надзор за исполнением законов органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, дознание и предварительное следствие, надзор за исполнением законов судебными приставами, надзор за исполнением законов администрациями органов и учреждений, исполняющих наказание и применяющих назначаемые судом меры принудительного характера, администрациями мест содержания задержанных и заключенных под стражу; уголовное преследование в соответствии с полномочиями, установленными уголовно-процессуальным законодательством Российской Федерации; координацию деятельности правоохранительных органов по борьбе с преступностью. Прокуроры в соответствии с процессуальным законодательством Российской Федерации участвуют в рассмотрении дел судами, арбитражными судами (далее — суды), опротестовывают противоречащие закону решения, приговоры, определения и постановления судов» (части 2 и 3 статьи 1 указанного ФЗ).

Статус прокуратуры закреплён и на конституционном уровне — в статье 129 Конституции РФ, которая находится в главе «Судебная власть». Относительно причины помещения статьи, определяющей правовое положение прокуратуры, в главу о судах существует несколько версий. Согласно одной из них (по словам очевидцев, работавших в 1993 году в окружении президента Ельцина) в проекте Конституции, который надлежало вынести на референдум 12 декабря 1993 года, до последнего момента статьи о прокуратуре не было вообще. Непорядок обнаружил занимавший в тот момент пост генерального прокурора Казанник, который, осознав, что подведомственный ему орган никак в проекте Конституции не упомянут, стал добиваться аудиенции у президента Ельцина. После встречи Казанника с президентом в конституционный проект спешно была вставлена статья о прокуратуре. Согласно другой версии включение этой статьи в главу о судебной власти носило преднамерен-

ный характер и было навеяно опытом ряда зарубежных стран, в которых судьи, прокуроры и следователи уживаются внутри одной ветви власти и совместно именуется «магистратами» (Франция, Италия, Болгария).

Но странности на этом не заканчиваются. Притягивает внимание и тот факт, что подчиненность генерального прокурора определена довольно обтекаемо. С учетом того что в российской истории имеются прецеденты, когда глава государства не мог дозвониться подведомственному ему генеральному прокурору, в результате чего важнейшие вопросы оставались без решения и фактически «подвешивались». Поэтому, невзирая на свой не совсем понятный простому народу статус, прокуратура, очевидно, являет собой государственный орган, которому присуща истинная независимость.

Прокуратура суть удивительнейший орган еще и потому, что до создания в 2007 году в системе самой же Генеральной прокуратуры Следственного комитета она одновременно занималась уголовным преследованием и при этом сама за собой надзирила. Занимались и тем и другим прокурорские работники с полной отдачей и с огоньком, не стесняясь ни в средствах, ни в выражениях. Последнее особенно красиво получалось у заместителя генерального прокурора Колесникова, в ходе парламентских слушаний с прискорбием констатировавшего, что, к сожалению, больше 10 лет подследственному в тот момент Ходорковскому дать нельзя. Видимо, по причине чрезмерной занятости заместитель генерального прокурора забыл, что признание виновным — это компетенция суда, а вовсе не прокуратуры. Но слово не воробей, пламенное выступление было транслировано по центральным телеканалам, и имеющие уши да услышали, причем некоторые из них при этом усомнились в компетентности выступавшего.

Помимо этого «прокуратура имеет возможность практически неограниченно проверять предприятия и организации, министерства и ведомства, что давало (и дает) прокурорам ощутимую власть, от которой никто не собирается добровольно оказываться, а также почти полное отсутствие какой-либо ответственности. Такое положение дел нельзя признать нормальным»¹.

В ходе ряда глубинных интервью с правоприменителями, работавшими как при Советском Союзе, так и в Российской Федерации, многие респонденты отмечали, насколько силен был фактический диктат прокуратуры в советском уголовном процессе. Обвинительное заключение практически всегда представляло собой конспект приговора; оправдательный приговор был случаем вопиющим, и вынесшего его судью, как правило, заставляли писать объяснительную и вызывали на ковер. Расстановка сил в уголовном процессе выглядела следующим образом: с одной стороны прокурор и судья, с другой —

¹ Абросимова Е.Б. Очерки российского судоустройства. М. : Институт права и публичной политики, 2009. С. 254.

адвокат, при этом последнему нередко давалось понять, что функции его в процессе весьма вторичны.

Прокуратура, изначально задуманная как око государево, к XX веку трансформировалась в орган карательной направленности, с большими полномочиями и четко поставленными задачами. Но несмотря на тот факт, что в XXI век прокуратура вступила уже как существенно реформированный институт (исчезла пресловутая функция общего надзора, видеоизменилось следствие, исполнение уголовных наказаний передано в гражданское ведомство — Министерство юстиции РФ, преобразовано исполнительное производство)¹, российские граждане, как правило, по-прежнему испытывают в отношении прокурорских работников смесь страха и неприязни.

Отношение к прокурорам более или менее сходно с отношением к другим сотрудникам *правоохранительных органов*. Милиция также не пользуется ни любовью, ни доверием граждан, и дипломированные юристы все реже и реже выбирают карьеру милицейских работников. В упрощенном виде ситуация выглядит примерно так: вариант 1 «Сначала диплом юриста, потом работа в милиции» — очень редко, вариант 2 «Сначала работа в милиции и уже потом получение диплома юриста» — подавляющее большинство. Следует отметить, что сформировавшиеся по второму варианту юристы обладают специфическим милицейским менталитетом и являют собой особняком стоящий подвид.

Удивительную эволюцию, в отличие от ряда остальных юридических профессий, претерпела за последние 15 лет профессия *нотариуса* и сам институт нотариата. При Советском Союзе должность государственного нотариуса была малооплачиваемой, подразумевала высокую занятость, нервную работу, и желающих занять такие должности было чрезвычайно мало. В 90-е годы прошлого века было инициировано внесение кардинальных изменений в российское законодательство о нотариате. Закрепленные в Основах законодательства РФ о нотариате нововведения, по масштабам своим вполне заслуживающие названия «революция в нотариате», стали реальностью усилиями группы российских нотариусов. В первую очередь следует упомянуть А.И. Тихенко, который в 1993 году стал первым в России частнопрактикующим нотариусом (первая в России лицензия на право нотариальной деятельности № 000001 от 7 апреля 1993 года), 12 февраля 1996 года был избран, а в 1999 году переизбран президентом Федеральной нотариальной палаты, в 1996 году стал лауреатом премии «Фемида» в номинации «Лучший нотариус» — и погиб 28 февраля 2001 года в подъезде собственного дома от пули наемного убийцы, которого, разумеется, так и не нашли. Усилиями Анатолия Тихенко и его, увы, не слишком многочисленных соратников в России был создан частный нотариат и право совершать нотариальные действия в Российской Федерации

¹ См.: *Абросимова Е.Б.* Указ. соч.

получили не только нотариусы, работающие в государственных нотариальных конторах, но и нотариусы, занимающиеся частной практикой.

Несмотря на то что в статье 2 Основ законодательства РФ о нотариате было четко установлено, что при совершении нотариальных действий нотариусы обладают равными правами и несут одинаковые обязанности независимо от того, работают ли они в государственной нотариальной конторе или занимаются частной практикой, а оформленные ими документы имеют одинаковую юридическую силу, поначалу общество восприняло появление частных нотариусов в штыки. Слишком разительной была разница между обстановкой в государственных нотариальных конторах и в конторах частнопрактикующих нотариусов. Незамедлительно зазвучали голоса о завышенных ставках, ненадежности и безответственности частных нотариусов. Сразу следует отметить, что это были голоса плохо информированных людей, не утруждавших себя изучением действующего законодательства. Статья 18 Основ четко определила, что нотариус, занимающийся частной практикой, обязан заключить договор страхования своей деятельности, а страховая сумма не может быть менее 100-кратного установленного законом размера минимальной месячной оплаты труда. При этом, в отличие от государственного нотариуса, нотариус частнопрактикующий отвечает за правильность совершаемых им нотариальных действий всем своим имуществом. Постепенно общественное мнение стало более благосклонно к частнопрактикующим нотариусам, да и нотариусы государственные, увидев серьезную конкуренцию на своем сегменте рынка, тоже в свою очередь «прибавили в работе». Нельзя не отметить и ту громадную роль в проведении разъяснительной работы и налаживании нормального функционирования сферы нотариальных услуг, какую сыграла Федеральная нотариальная палата.

Тем не менее, хотя сегодня можно с уверенностью сказать, что профессия нотариуса является одной из самых уважаемых в юриспруденции, внутри нотариального сообщества дела обстоят далеко не лучшим образом. По мнению экс-президента Московской городской нотариальной палаты канд. юрид. наук Н.Ф. Шарафетдинова, «продолжается кризисный этап эволюции нотариата. Этот регрессивный процесс характеризуется следующими временными, количественными, системными и качественными параметрами. Кризис длится более 10 лет. Он выражается в принятии многочисленных нормативно-правовых актов, направленных на демонтаж нотариата латинского типа. Это системная государственная политика, имеющая антинотариальный вектор. Закономерным результатом подобной политики являются нарастающие сущностные изменения самого типа российского нотариата, трансформирующегося в квазилатинский нотариат маргинального типа»¹.

¹ Шарафетдинов Н.Ф. Выборы как фактор нотариального ренессанса // Нотариальный вестник. 2008. № 4.

В отличие от профессии нотариуса профессия *адвоката* всегда считалась престижной и была весьма востребованной среди юристов. И сегодня, и в период существования Советского Союза в желающих вступить в адвокатуру недостатка нет. Несмотря на то что адвокаты по сравнению с судьями и прокурорами были процессуальными фигурами «второго сорта», в особенности в уголовном процессе, и обладали весьма ограниченными возможностями, общественное мнение благоволило именно к ним. Об этом, в частности, недвусмысленно свидетельствуют расшифровки глубинных интервью, проведенных в конце 2007 — начале 2008 года с рядом правоприменителей, практиковавших в советский период, специалистами фонда ИНДЕМ в рамках реализации проекта «Судебная реформа в России: институционально-социетальный анализ трансформации, ревизия результатов, определение перспектив».

В начале 1990-х годов начались времена великой адвокатской вольницы. Появились первые частные адвокатские фирмы (на одной из них, «Московские юристы», образованной в соответствии с решением президиума Московской городской коллегии адвокатов в октябре 1991 года и распавшейся в 1993 году на две юридические фирмы, «ХЕЛБи» и «Барщевский и партнеры», в качестве ассоциатора одного из партнеров фирмы довелось поработать и автору этих строк). Одновременно с этим шла активная работа над проектом закона, регулирующего вопросы адвокатуры и адвокатской деятельности. Положение об адвокатуре РСФСР от 20 ноября 1980 года к тому времени устарело и не соответствовало ни демократическим преобразованиям, происходившим в стране, ни реальному положению дел в сфере оказания юридической помощи физическим и юридическим лицам. Первые проекты соответствующих законов появились еще в самом начале 1990-х. Предметом продолжительного обсуждения стал проект, представленный депутатом Государственной Думы первого созыва А.М. Трасповым. Затем появился законопроект, разработанный под эгидой Министерства юстиции; еще один был подготовлен Комитетом Верховного Совета России по законодательству; ряд коллегий адвокатов также представили свои законопроекты. Весной 1992 года состоялись парламентские слушания, в ходе которых обсуждались различные концепции построения адвокатуры и специфика статуса адвоката. Тем не менее на том этапе так и не удалось прийти к согласованному решению и принять какой-либо из имевшихся в наличии законопроектов хотя бы за основу.

Разработчики законопроектов прежде всего стремились определить надлежащие организационные формы адвокатуры. Постепенно выкристаллизовались две основные концепции. Первая из них, которую можно характеризовать как традиционалистскую (ее поддерживали сторонники так называемой традиционной адвокатуры, уже много лет существующей в России), предполагала жесткую структурированность адвокатуры, строгий корпоративный контроль над отбором адвокатов и качеством их профессиональной деятель-

ности. Вторая концепция — детище представителей так называемых альтернативных адвокатских коллегий, созданных в 1990-е годы в порядке эксперимента по решению Министерства юстиции РФ. Ее основные черты — свобода регистрации адвокатских объединений, создаваемых группами юристов, наделенных правом представлять интересы физических и юридических лиц, в том числе и в судебных органах. Вышеупомянутая свобода, увы, очень быстро, если использовать знаменитую формулу Гегеля, превратилась в свое иное и ударила по престижу адвокатской профессии.

На рубеже столетий по поводу роли и статуса адвокатуры и соответствующего их законодательного урегулирования разгорелась бурная дискуссия, в том числе и в средствах массовой информации. Особо жаркие споры велись по поводу корпоративной организации адвокатуры: должна ли российская адвокатура быть организована по принципу «один субъект Федерации — одна адвокатская палата» или же должен быть сохранен *status quo*, характеризовавшийся множественностью адвокатских образований. Уместно будет процитировать Г.М. Резника, утверждавшего, что «палата как единый орган адвокатского самоуправления в каждом субъекте РФ, независимая квалификационная комиссия, принимающая экзамены у претендентов, ликвидация межрегиональных корпоративных образований, запрет палате осуществлять адвокатскую деятельность от своего имени — все это позволит покончить с вакханалией в адвокатском сообществе, при которой адвокатские корочки получают из рук конкурирующих между собой хозяйствующих субъектов (в Москве их 15), и поставить заслон на пути притока в адвокатуру профессионально и морально негодных кадров»¹. После принятия в 2002 году Закона РФ об адвокатуре и закрепления на законодательном уровне принципа «один субъект Федерации — одна адвокатская палата» ситуация на рынке адвокатских услуг стабилизировалась, что весьма способствовало прекращению адвокатского беспредела периода 90-х годов прошлого века и некоторому укреплению престижа адвокатской профессии. Но, несмотря на это, адвокаты по-прежнему весьма уязвимы. Уголовное преследование Бориса Кузнецова, Павла Ивлева, судьба некоторых их коллег — убедительное свидетельство того, что профессия адвоката в России хоть и престижна, но порой опасна.

Об отношении общества к «судейским» и в дореволюционной России, и в Советском Союзе, и в России сегодняшней было сказано и написано немало. Значительно меньше известно о том, как относились и относятся к судьям представители иных юридических профессий. Поэтому, дабы избежать повторения, хочу представить в данном разделе некоторые результаты анализа вышеупомянутых глубинных интервью с правоприменителями, проведенного

¹ Резник Г. М. Закон об адвокатуре должен покончить с вакханалией в адвокатском сообществе // Российская юстиция. 2002. № 2.

главным социологом проекта В.Л. Римским. По мнению опрошенных экспертов, в советский период судебная система функционировала без сбоев, работала устойчиво и вполне успешно решала поставленные перед ней партией и правительством задачи. Определенные проблемы, безусловно, были, в частности не хватало судей, но в целом для советского государства судебная система была организована целесообразно и достаточно эффективно. Некоторые эксперты отмечали, что советская судебная система функционировала, по советским критериям, более эффективно, чем нынешняя российская — по российским критериям.

В советский период в качестве целей деятельности судебной системы декларировались обеспечение законности и поиск истины в судебных процессах. На практике обе эти цели не всегда реализовывались, в частности из-за давления КПСС и правоохранительных органов на суды. Кроме того, суды в своих решениях интересы государства всегда ставили выше интересов гражданина, что в целом соответствовало нормам социалистического правосознания, но не всегда способствовало поиску истины.

В советский период судебная система входила в состав правоохранительных органов, поэтому она защищала и поддерживала приоритеты и интересы правоохранительных органов власти и в целом органов государственной власти. Подчинение судов и судей другим правоохранительным органам, КПСС и КГБ, было одним из факторов устойчивости советской системы, позволяло ей существовать длительный период времени и решать многие проблемы своего развития. Практически всегда судьи по этой причине соглашались с квалификацией действий обвиняемых, которую им представляли прокуроры, не противодействовали нарушениям норм закона в ходе предварительного следствия и даже покрывали их. Поэтому в советских уголовных процессах доминировал «обвинительный уклон». Эта практика во многом сохранилась и в российской правосудии; более того, доля обвинительных приговоров судов по уголовным делам сегодня в России больше, чем она была в советский период. И это притом, что в постсоветский период формально суды структурировались как независимая ветвь власти и формально были выведены из состава правоохранительных органов.

Опрошенные правоприменители отмечали, что в советское время все судьи зависели от решений и действий председателей судов, власть которых в рамках руководимых ими судов была практически неограниченной и фактически сохранилась в настоящий, уже постсоветский период. Для назначения судьи очень важно мнение председателя соответствующего суда, председатели по-прежнему играют главенствующую роль во всех аспектах деятельности своих подчиненных, в частности распределяют дела в большинстве судов и решают вопросы материального обеспечения судей.

По мнению респондентов, в современной России заметны существенные различия между судьями, отправлявшими правосудие еще в советский пери-

од, и судьями постсоветской формации. Судьи старой закалки при вынесении решений и постановлении приговоров часто стремятся учесть обстоятельства, в которые попали участники процесса. Судьи новой формации чаще всего выносят свои решения только в соответствии с нормами закона, при этом мотивы справедливости или обстоятельства совершения правонарушения они нередко во внимание не принимают.

В постсоветский период в России не проводилось массовой замены советских судей на других (в отличие от Германии, где после падения Берлинской стены и воссоединения ГДР и ФРГ судьи восточных земель были лишены права отправлять правосудие и на территорию бывшей Восточной Германии отправились работать западногерманские судьи). Поэтому российский судебный корпус во многом перенял традиции советского. В частности, в современной России судьями чаще всего становятся бывшие секретари судов, прокуроры или следователи, очень редко адвокаты или преподаватели. В результате российские судьи по-прежнему ощущают себя представителями государственной власти, а не независимыми арбитрами. Поэтому сохраняется стремление судей согласиться с обвинениями прокуроров в уголовных процессах и со свидетельствами представителей органов власти в иных видах судопроизводства.

По оценкам экспертов, деятельность судов в советский период во многом была более открыта для граждан, чем сегодня. В здание советского суда мог зайти любой гражданин, и он мог присутствовать на любом судебном процессе, за исключением тех, в которых разбирались дела, имевшие отношение к политике. В этих случаях доступ в здания судов закрывался также для большинства представителей СМИ.

Сухой остаток такой: судьи не пользуются особой любовью и доверием ни у населения, ни у своих собратьев по юридическому корпусу. При этом профессия судьи и при Советском Союзе, и сейчас была и остается не то чтобы престижной, но желанной. В советский период судьи не имели больших зарплат, но это с лихвой компенсировалось вполне убедительным социальным пакетом и быстрым решением квартирного вопроса. В последнее время зарплаты судей существенно выросли, но они по-прежнему несопоставимы с уровнем зарплат в коммерческом секторе. Относительно недавно был проведен ряд исследований, целью которых было определить уровень престижности профессии судьи в сегодняшней России. Полученные данные свидетельствуют о том, что «престиж профессии судьи за три десятилетия с пятого места переместился на четвертое. Произошло это благодаря таким критериям престижа профессии в обществе, как высокая заработная плата, пакет социальных гарантий, возможности профессионального и личностного роста. В то же время, как отмечается гражданами, невысока потребность общества в специалистах данной профессии. В меньшей степени, чем юрисконсульта, адво-

ката, прокурора, проявляется значимость профессиональной деятельности судьи для развития России. В меньшей мере по сравнению с прокурором, адвокатом и нотариусом судья пользуется уважением в обществе. Таким образом, как показал анализ теоретических исследований критериев престижа профессии в нашей стране, основными из них являются высокая заработная плата и пакет социальных гарантий. Результаты нашего эмпирического исследования показали повышение престижа профессии судьи за последние 30 лет благодаря данным критериям¹. Но ведь помимо безусловно важных зарплаты и социального пакета есть и такие прямо влияющие на престиж судебной профессии факторы, как институциональная и личная независимость!

Исследование, проведенное автором в 2006 году совместно с Мелани Пейзер в рамках программы «Российско-американский форум экспертов» на базе Федерального судебного центра США, помогло выявить следующие болевые точки, присущие российской судебной власти на современном этапе.

Институциональная зависимость от исполнительной власти всех уровней и давление исполнительной власти на судебное принятие решений в отдельных случаях. Несмотря на увеличение финансирования и улучшение работы федеральных судов в России, многие из них продолжают зависеть от местных властей в том, что касается помещений и других муниципальных ресурсов. Председателям судов часто приходится просить помощи у местных чиновников, чтобы обеспечить элементарную безопасность и нормальные условия работы в зданиях судов. Ярким примером, подтверждающим существенную роль такой зависимости, является откровенное нарушение судьями при принятии решений фундаментального принципа Конституции — приоритета федерального законодательства над региональным. Показательно, что такие нарушения происходят по всей стране, от самой маленькой деревушки до Москвы. Ситуация стала настолько острой, что московские юристы уже открыто говорят о том, что в случае конфликта между законом и письмом местного префекта будет действовать письмо префекта.

Иерархическая культура, влияющая на судебное принятие решений и действующая вне рамок апелляционного процесса. К наследию советской судебной системы относится иерархическая культура, при которой председатель районного суда практически полностью контролирует процесс распределения дел, оценку их рассмотрения и в меньшей мере выдвижение кандидатов на должность судьи для рассмотрения президентом. Первоначальный отбор кандидатов проводится местной квалификационной коллегией судей путем письменного экзамена, предоставления дополнительных документов и беседы. После беседы коллегия рекомендует председателю суда либо выдвинуть кандидата на должность, либо нет. Если председатель суда отказывается выдвинуть кандидата, то

¹ Бондаренко Т.А. Престиж профессии судьи // Российский судья. 2006. № 7.

он может вернуть его дело в коллегия для дальнейшего рассмотрения. Хотя председатель суда не вправе отвергнуть повторную рекомендацию коллегии по тому же кандидату, если она одобрена двумя третями членов коллегии, он имеет значительные полномочия в процессе отбора кандидатов. Во многих случаях новые судьи считают себя обязанными председателю суда за то, что их назначил президент. После назначения председатель имеет право влиять на их продвижение в суды более высокой инстанции.

Как уже отмечалось, председатель суда обычно контролирует процесс распределения дел. Хотя в некоторых судах устанавливается компьютерная программа распределения дел, председатели судов с небольшим числом судей могут легко манипулировать электронной системой. Возможность решать, кому поручить то или иное дело, может быть использована для того, чтобы лояльный судья рассматривал наиболее важные дела, а нелояльный был перегружен рутинными, скучными или неприятными делами.

Неспособность новых судей адаптироваться к судебной роли и отбросить культуру поведения, методы и навыки, полученные при прежней работе в правоохранительных органах, исполнительных органах власти или судах. Значительное число судей в России, как уже отмечалось, являются бывшими прокурорами, сотрудниками правоохранительных органов или секретарями судов, которые занимали свои должности еще в советские времена. Некоторые аналитики считают, что новые судьи, которые начинали карьеру в советской и постсоветской судебной системе, не могут отказаться от своих прежних обязанностей по защите интересов государства и соблюдению соответствующего права. Это иногда приводит к непреднамеренной судебной предубежденности в пользу государства, а иногда заставляет судей принимать осознанно жесткие решения в отношении ответчиков или сторон, судящихся с государством. В результате судьи, которые постоянно решают дела в пользу государства, не только принимают несправедливые решения, но и подрывают общественное доверие к судебной власти.

Ограниченная эволюция этических норм и недостаточное их понимание и применение в каждодневной судебной практике. Судьи имеют ограниченный доступ к информации и анализу, которые помогли бы им осознать стандарты, определенные Законом «О статусе судей в Российской Федерации», а также национальные и международные этические нормы. Российский Кодекс судебной этики дает общие представления об этике, а упомянутый закон определяет нарушения, за которые судья может быть наказан.

Давление на судей с целью использовать судебные процедуры для достижения политически мотивированных решений. Исполнительную и законодательную ветви власти много раз обвиняли (как на национальном, так и на местном уровне) в попытках повлиять на судей в конкретных делах, представляющих политический, финансовый или персональный интерес для чиновников. Отдельные случаи давления на судей обсуждались не только защитниками прав

человека и международными организациями, работающими в сфере изучения судов в различных странах, но и самими судьями, которые рассматривали животрепещущие дела и заявляли о давлении на них со стороны председателей судов.

Большой недостаток общественного доверия и уважения к судьям и судам, а также общее разочарование в правовой системе как инструменте разрешения споров. Опросы показывают, что уровень общественного доверия к судебной системе и судьям в России очень низок. Хотя количество ежемесячно подаваемых гражданских исков стремительно выросло за последние 10 лет, что часто изображается как показатель роста доверия к судам, в целом у граждан образ суда ассоциируется с коррупцией, затягиванием дел и в лучшем случае с безразличием к проблемам людей.

Падение Советского Союза внесло большие перемены в жизнь юридического сообщества. Развитие рыночной экономики в России и интенсификация внешнеэкономической деятельности стали тем питательным бульоном, в котором стала активно размножаться новая генерация юристов, при Советском Союзе не существовавшая. Речь идет о *юристах бизнеса*, работающих в штате компаний, правовым обеспечением которых они занимаются (далее мы будем их именовать корпоративными юристами, они же *in-house lawyers*), а также о *юристах крупных международных юридических фирм*, работающих в их российских представительствах.

Корпоративные юристы занимаются обеспечением повседневной деятельности своей компании-нанимателя и, естественно, хорошо знают ее специфику. Они, как правило, глубоко проникнуты корпоративным духом, и их работа направлена на обеспечение стабильности и процветания компании. Приоритет этой задачи безусловен, поэтому неудивительно, что неукоснительное следование букве закона не является основным содержанием деятельности корпоративных юристов. Шансы встретить работодателя, который нанимает юриста для того, чтобы обеспечить полнейшую легитимность деятельности организации и соблюдение требований действующего законодательства, довольно мизерны. Практика показывает, что корпоративные юристы, потрясающие Гражданским кодексом и постоянно апеллирующие к требованиям закона, сталкиваются с проблемой низкой востребованности на рынке юридических услуг. Если юрист компании постоянно указывает коллегам и руководству на недостатки и нарушения, но при этом не предлагает конструктивных решений, соответствующих экономическим интересам организации-работодателя, он вряд ли задержится на данном месте работы и уж как минимум ему не снискать любви и доверия коллег. Такие юристы воспринимаются как помеха в работе компании. Гораздо выше ценятся те, кто в состоянии изыскивать обходные пути и при этом балансировать на тонкой грани между соблюдением закона и его нарушением. Поэтому профессиональ-

ная жизнь корпоративных юристов проистекает в атмосфере двойной лояльности — закону и руководству. Наименее стойкие представители нашей профессии со временем адаптируются к этой ситуации, мимикрируют и делают однозначный выбор в пользу бизнес-приоритетов. При этом они не вполне отдают себе отчет в том, что, ориентируясь лишь на экономические интересы компании в ущерб хотя бы формальному соблюдению требований действующего законодательства, корпоративный юрист тем самым готовит для своего работодателя мину замедленного действия. Эта мина может и не сработать, но, если она взорвется, последствия могут быть самыми печальными — и в первую очередь для самого юриста.

Проблема двойной лояльности особенно ярко проявляется в тех случаях, когда корпоративному юристу приходится представлять интересы своей компании в суде. Даже самый блестящий юрист будет чувствовать себя дискомфортно в ситуации такого когнитивного диссонанса, когда ему предстоит защищать абсолютно неправовую позицию своего руководства и при этом необходимо «сохранить лицо» в глазах судьи, который это дело рассматривает. Независимому юристу, обслуживающему компанию на условиях аутсорсинга, в этом смысле не в пример проще: компания, поставившая перед ним задачу, решение которой неизбежно сопряжено с нарушением закона, для независимого юриста не начальство, а клиент, поэтому существенно больше свобода маневра и в самой пиковой ситуации юрист может просто отказаться предоставлять услуги такому клиенту. Корпоративный юрист себе такой роскоши позволить не может, поскольку для него цена вопроса — это его дальнейшая работа в данной компании.

Именно поэтому должности корпоративных юристов, с одной стороны, престижны и желанны ввиду высоких зарплат, убедительного социального пакета и существовавшей до начала кризиса стабильности, но с другой — те, кто знает, в каких условиях приходится работать и на что иногда идти, делают выбор не в пользу всех этих «бонусов». Они понимают, что на другой чаше весов высокая степень зависимости от начальства, практически неизбежная профессиональная деформация в угоду экономическим интересам работодателя, высокая степень риска личной ответственности за действия своего руководства, не поинтересовавшегося возможными негативными правовыми последствиями принятого решения и при возникновении критической ситуации обвинившего во всем своего *in-house lawyer*, и многое другое.

Юристы международных юридических фирм — это голубая кровь и белая кость юридического сообщества и в плане престижа, и в плане гонораров. В отличие от своих коллег — корпоративных юристов, юристы, обслуживающие клиентов на аутсорсинге, как только что было отмечено, совершенно иным образом себя позиционируют. Юристы-«международники», кроме того, имеют в активе очень хорошее образование, причем полученное не только

в России, но и в престижных западных университетах. Имея весьма высокий уровень подготовки и обслуживая как российских, так и иностранных клиентов, юристы международных юридических фирм помимо российского права обычно разбираются в определенных отраслях права какого-то иностранного государства. При этом с российским правом, если того требуют интересы иностранного клиента, они обращаются весьма свободно. Автору непосредственно пришлось столкнуться с ситуацией, когда огромная транснациональная корпорация вела переговоры с российской компанией, одним из лидеров на рынке цифровой картографии, о приобретении и последующем обновлении карт ряда регионов Российской Федерации. Проект договора подряда, направленный моему клиенту иностранным контрагентом, в качестве применимого права предусматривал право Нидерландов, а соответствующий пункт проекта договора относил все возможные споры, могущие возникнуть из данного договора или в связи с ним, к юрисдикции голландского государственного суда. Все работы по данному договору должны были производиться на территории России силами российского подрядчика, в связи с чем и я, и мой клиент совершенно обоснованно полагали, что в качестве применимого права в договоре должно фигурировать российское право. Действовавшая в тот период редакция Гражданского кодекса РФ такую возможность предусматривала. Мы проинформировали об этом иностранного контрагента, равно как и работающих на него российских юристов московского офиса одной из крупнейших международных юридических фирм. Полученный ответ жесткостью и чеканностью формулировок был достоин знаменитых высказываний древних римлян: да, формально вы имеете право предлагать регулировать взаимоотношения по договору посредством норм российского законодательства, но мы совершенно по-другому трактуем соответствующие положения Гражданского кодекса. После нескольких раундов весьма неприятных переговоров нам пришлось согласиться на использование права Нидерландов в качестве применимого права и на рассмотрение возможных споров по договору в голландском суде. Приведенный пример вовсе не исключение, Достаточно распространены случаи, когда российские юристы, работающие в иностранных юридических фирмах, весьма непатриотично относятся к российскому законодательству и виртуозно трактуют его положения в пользу своих клиентов, порой совершенно выхолащивая суть трактующихся норм.

Возвращаясь к разговору о нелюбви к юристам, нельзя не отметить, что эта нелюбовь не есть специфическая черта российского менталитета. В США, стране юристов, общество также не питает к ним пламенных чувств. Но любовь любовью, а престиж юриста в США выглядит совершенно по-иному, нежели в России, и без юристов большинство американцев своей жизни не представляют. Юристы относятся к числу наиболее престижных, популярных

и высокооплачиваемых профессий. Уместно будет привести результаты исследования престижности различных профессий, в том числе и юридической, Национального центра изучения общественного мнения США, который с 1947 года регулярно проводит опрос рядовых американцев на основе общей выборки. Респондентам предлагается оценить престижность каждой из 90 профессий по пяти позициям:

- превосходная (лучше всех),
- хорошая,
- средняя,
- чуть хуже среднего,
- самая плохая.

Список включает очень широкий спектр профессий — от физика, профессора колледжа, стюардессы, врача и банкира до чистильщика обуви, бульдозериста, сантехника и дворника. Рассчитав среднее по каждой профессии, социологи получают общественную оценку в баллах престижности каждого вида труда и выстраивают профессии в иерархическом порядке от самой уважаемой до самой непрестижной (в данном рейтинге профессии оцениваются в диапазоне от 1 до 100 баллов). Результаты определения престижности некоторых юридических профессий составляют приятный контраст с ситуацией на российском рынке. Так, получивший по ответам респондентов 48 баллов офицер полиции уютно расположился между офис-менеджером и музыкантом, оказавшись всего на два балла выше последнего. А вот судья и адвокат разделили третье место в иерархии, получив по 76 баллов и обойдя врача (74), дантиста (74) и банкира (72)¹.

¹ Сравнение данных за 1949, 1964, 1972, 1982 годы демонстрирует устойчивость шкалы престижа (см. <http://pages.marsu.ru>).

А. Кашанин,

ведущий научный сотрудник Института правовых исследований ГУ — ВШЭ, канд. юрид. наук

ВЛИЯНИЕ ГОСПОДСТВУЮЩЕГО ПРАВОПОНИМАНИЯ НА СОСТОЯНИЕ И ПРЕСТИЖ ЮРИДИЧЕСКОЙ ПРОФЕССИИ

Целью настоящей работы является анализ некоторых теоретических позиций, определивших основные черты отечественного юридического дискурса и в значительной мере повлиявших на содержание и социальный статус практической деятельности, ассоциируемой с правом и юридической профессией.

Вряд ли следует преуменьшать степень влияния рациональной традиции на содержание юридической деятельности. Если согласиться с наиболее общим определением права как целенаправленного предприятия по подчинению поведения людей общим правилам¹, то деятельность по отысканию общих правил и принятию на их основе решений по конкретным делам неизбежно предстает в форме дискурса, предполагающего рациональное обсуждение вопросов о содержании общего правила, об основаниях его применимости к конкретному случаю, о содержании индивидуального предписания и др. Это, соответственно, актуализирует вопросы о стандартах рациональности и логике в сфере права, о применимых аргументативных структурах, делает востребованным корпус знаний семиотики и герменевтики. Юридическая деятельность — это неизбежно работа со смыслами и значениями, и это определяет актуальность для сферы права принципиальных особенностей социогуманитарной методологии. Речь идет прежде всего о существенном влиянии теоретической рефлексии на практическую деятельность.

Строго говоря, вряд ли юридическую теорию и практику можно разграничить в полной мере и интерпретировать последнюю лишь как объект юриспруденции. Разумеется, элемент позитивного описательного исследования существен для доктрины права. Однако логика юридического исследования, определяемая необходимостью разрешения ряда наиболее общих, «вечных» вопросов правопонимания², придает исследовательской программе в сфере

¹ См., в частности: Фуллер Л.Л. Мораль права. М., 2007. С. 147 и сл.

² Один из наиболее заметных теоретиков права XX века Г. Л. А. Харт в начале своей фундаментальной работы «Понятие права» («Concept of Law», 1961), которую нередко называют главным произведением философии права прошлого столетия, выделяет несколько таких проблем: проблему понятия правила поведения, разграничения права и морали и, наконец, ограничения правовых требований от любого другого приказа, подкрепленного угрозой неблагоприятных последствий. См.: Харт Г.Л.А. Понятие права. СПб., 2007. С. 14 и сл.

юриспруденции значение руководства к действию, позволяет юридической науке посредством системы догматических понятий, категорий и конструкций, правил толкования, общепризнанных теоретических позиций существенно влиять на характер и содержание юридической практики, причем как на стадии правотворчества, так и при принятии решений по конкретным делам¹. Собственно, именно это и делает плодотворным использование понятия юридического дискурса, интегрирующего рассматриваемые сферы (правотворчество, правоприменение, юриспруденцию), позволяющее сделать акцент на общей логике юридической деятельности, и прежде всего на общности стиля аргументации правовых решений (причем как на стадии правотворчества, так и при разрешении конкретных споров). Именно необходимость аргументации правовых решений делает востребованной юридическую профессию, подчиняя юридическую деятельность некоторым стандартам рациональности.

В этой связи вряд ли можно игнорировать то влияние, которое в России оказали на статус и содержание юридической деятельности ряд теоретических позиций, признаваемых в разное время господствующими и, более того, официальными. Речь идет в первую очередь о *модификации юридического позитивизма*, получившей официальное признание в ходе первой дискуссии о системе советского права², а также о марксистском тезисе *об экономической обусловленности права*, воспринятом в отечественной юриспруденции в интерпретации, восходящей к концепции П.И. Стучки и А.Я. Вышинского. Несмотря на видимую разнонаправленность и несовместимость указанных парадигм, обе они, *приобретая господствующее значение, способствовали ослаблению в юридическом дискурсе тезиса о самостоятельном значении правовой формы, о существовании внутренней принудительной логики права. Указанные концепции предполагают редукцию права к произвольной государственной воле (предположительно выражающей определенные социально-экономические закономерности, интересы), а юридической деятельности — к функции ее пассивной ретрансляции.*

Интересно, что ни юридический позитивизм, ни тезис об экономической обусловленности права не являются специфическими для отечественной доктрины концепциями. Однако в западной доктрине указанные течения развивались в условиях критики со стороны оппонировавших философско-правовых позиций, сделавшей явными их затруднения, способствовавшей их дальнейшему развитию и уточнению, что в конечном итоге привело к размыванию границ между юридическим позитивизмом и естественно-правовыми и социологическими концепциями, признанию либеральных принципов и ценно-

¹ О влиянии стандартов рациональности на содержание правоприменительных решений см.: Feller U. Folgenerwägungen und Rechtsanwendung. Zürich, 1998. S. 71 ff.

² На так называемом совещании по вопросам науки советского государства и права, состоявшемся 16–19 июня 1938 года.

стей в качестве непосредственных источников права¹. В условиях советского государства рациональное обсуждение политически значимых позиций было затруднено², что способствовало их безусловному утверждению и, соответственно, усиливало их влияние на юридический дискурс.

Доктрина юридического позитивизма возникла и заняла господствующие позиции в Европе на фоне усиления государства, а также общественного запроса на повышение определенности права. К началу XIX века стало ощущаться несоответствие получивших на тот момент распространение в праве подходов (естественно-правового, социологического, исторического) потребностям оборота, прежде всего в стабильности и предсказуемости права, определенности правового положения участников гражданского оборота, детализации правовых конструкций и юридических механизмов. Конец эпохи революций в целом сопровождался закреплением в законе принципиальных естественно-правовых стандартов, поэтому стала более актуальной не столько критика распоряжений власти, сколько последовательное развитие системы правил, регулирующих общественную жизнь (прежде всего имущественный оборот). Если раньше открытость понятий «принципы разума», «справедливость», «природа вещей», «естественный порядок», «народный дух» способствовала укреплению рыночной системы, то теперь, порождая правовую неопределенность, она стала сдерживать ее развитие. Неопределенность права, раньше полезная для общества, в условиях развития рынка потребовала максимального устранения, а само право — последовательной формализации.

Континентальная юриспруденция стала исходить из ценности закрытых и абсолютно определенных правовых систем, а также корреспондирующего этому аксиоматического стиля юридической аргументации³. Приобретает ценность взгляд на право как на полную и самодостаточную совокупность аксиом, или абсолютно определенных правил поведения, позволяющих при помощи правил формальной логики прийти к конкретным инструкциям по решению любого конкретного спора⁴.

¹ См., в частности: *Esser J. Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts: Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre.* Tübingen, 1956; *Харт Г.Л.А. Указ. соч.: Дворкин Р. О правах всерьез.* М., 2004; *Wroblewski J. Contemporary Models of the Legal Sciences.* Wydawnictwo polskiej akademii nauk. Wrocław ect., 1989. P. 95.

² Отметим, что Е.Б. Пашуканис, отстаивавший тезис о значительной самостоятельности правовой формы, впоследствии был объявлен врагом народа. См.: *Общая теория права и марксизм / Е.Б. Пашуканис // Избранные труды по общей теории права и государства.* М., 1980.

³ В отличие от риторического стиля дискурса, целью которого является решение правовой проблемы посредством ряда «открытых» техник (аналогии, индукции и т.п.), аксиоматический метод предполагает сведение спорной ситуации к неким аксиоматическим положениям, т.е. в данном случае к ясным и определенным нормам права. См.: *Esser J. Op. cit.* S. 44, 222.

⁴ На этом фоне укрепляется так называемая юриспруденция понятий (*begriffsjurisprudenz* — нем.), основанная на признании возможности формализации права в форме системы юридических понятий и четких взаимосвязей между ними.

Однако задача воплощения идеала закрытой правовой системы требовала увязки в рамках непротиворечивой теории тезиса о нормативном акте как единственном источнике права и факта существования ряда факторов, которые не могли быть редуцированы к нормативному акту, оказывали влияние, часто решающее, на содержание права (в том числе на стадии принятия решения по конкретному спору) и значение которых подчеркивалось естественно-правовым, социологическим, историческим подходами к праву. Влияние указанных факторов на различных стадиях правовой регламентации в значительной степени лишало право свойства определенности и предсказуемости. Поэтому осуществимость проекта закрытости правовой системы напрямую зависела от ответа на вопрос о степени формальной и содержательной определенности права, которой можно было достигнуть на практике.

В рамках англосаксонской системы права запрос на определенность и предсказуемость права удовлетворялся посредством конкретизации процедуры принятия решений по конкретным делам, которая делала предвидимыми судебные решения, в том числе с учетом массива указанных факторов, влияющих на содержание этих решений. Именно поэтому данная система описывается как открытая, а стиль юридической аргументации — как риторический, проблемно-ориентированный¹.

Другим вариантом является попытка вовсе устранить влияние указанных факторов на правовые решения, условия для чего, казалось, появлялись на фоне общего укрепления и доминирования государства как субъекта политики. Максимально высокий уровень формальной и содержательной определенности права, соответствующий господствующим в то время ценностям, предположительно мог быть достигнут в том случае, если право жестко связывалось с формализованной деятельностью государственных органов. Иные детерминанты содержания права, которые могли бы поставить под сомнение авторитет санкционированных государством правил, подлежали устранению из правового дискурса (т.е. как из сферы науки, так тем более и из практики принятия конкретных правовых решений).

Теоретической основой для такого рода действий послужила доктрина юридического позитивизма, отождествляющая право с правилами, принятыми в соответствии с рядом формальных условий их создания, изменения и отмены, которые так или иначе были сведены к деятельности государства. Задача редукции права к государственной воле решалась посредством учения о соотношении права и морали. Необходимость четкого отделения права от морали в рамках данного подхода обосновывалась невозможностью определен-

¹ Возможно, одной из причин, по которой английские суды никогда не были лишены правотворческих функций, было, в отличие от континентальной Европы, отсутствие у королевской власти достаточных ресурсов для принятия произвольных решений, не учитывающих интересы землевладельцев.

но установить позитивное содержание понятия справедливости и, соответственно, отсутствием возможности сформулировать содержание правил справедливого (морального) поведения. Поэтому было необходимо исключить из понятия права нормативно-ценный аспект, а именно факторы, определяющие, каким должно быть право.

Проблема, однако, заключалась в том, что совокупность социальных факторов, объединяемых понятием морали, все же на деле существенно влияет на содержание правовых решений (в том числе на стадии разрешения споров). Данное затруднение решается позитивизмом посредством разграничения юридической силы правил, составляющих право, и содержания данных правил. Идея о том, что критерием правового характера правил является их происхождение, восходит к Дж. Остину. Существование нормы права отождествляется с ее юридической силой, а последняя определяется как логическое следствие некоего акта воли высшей власти, основанного на фактическом подчинении (Остин), правилах признания (Харт) либо «базовой норме» и определяемой в соответствии с ней компетенции государственных органов (Г. Кельзен). Соответственно, в интерпретации Остина право оказывается эманацией государства, приобретающей тем самым формальную определенность: лишь те правила поведения являются правовыми, которые в установленном порядке санкционированы государством. Главное — это порядок установления норм, от соблюдения которого зависит их юридическая сила, т.е. формальная сторона права. К праву относится то, что соответствует указанным формальным требованиям. Фактически право редуцируется к произвольной государственной воле.

Вопрос о содержании права «выводится за скобки»: каким бы ни было содержание норм, они являются правовыми, если соответствуют формальным требованиям¹. Соответственно, факторы, ранее определявшие содержание правовых решений (мораль, *ratio legis*, ценности, оправданные ожидания и др.), теряют свое значение в рамках правовой теории юридического позитивизма. Фактически все то, что всегда полагалось необходимым ориентиром для законодателя и судьи, что представляло собой основание для оценки закона и давало повод для разграничения права и закона, устраняется из правового дискурса. Остается одна синтактика, одна формальная структура права — нормы, их виды и соответствующие диспозициям правовых норм формы реализации права как формально-логического процесса дедуцирования из общих правил индивидуальных предписаний. Основания для разграничения права и закона исчезают, как, впрочем, и для конструкта правового государства как нормативной ценности.

¹ Как признавал Г. Кельзен, «с точки зрения юриспруденции право в условиях нацистов было правом. Можно только сожалеть об этом, но мы не можем отрицать, что это был закон» (*Kelsen H.* in: *Das Naturrecht in der politischen Theorie* / F.M. Schmölz (ed.). Salzburg, 1963. S. 148. Цит. по: Хайек Ф. Право, законодательство, свобода. М., 2006. С. 224).

Трансформируется учение об источниках права. Раньше коннотации понятия источника права определялись отсутствием четкого разделения между юридической силой и содержанием права; соответственно, к их числу относились все правотворческие, правоформирующие факторы, определяющие содержание права. Акцент, сделанный на формальной стороне права, дал основания для разграничения источников права в собственном смысле слова и так называемых источников познания права (*Rechtserkenntnisquelle* — нем.), или исторических источников права, т.е. массива факторов, определяющих содержание права. Последние не являются источниками права в позитивистском смысле.

Позитивистское понятие источника права подчеркивает роль связанного с государством механизма, который посредством особой процедуры придает юридическое значение разнообразным социальным факторам и регуляторам¹. Критерием источника права помимо эксплицитного признания выступает способность применяться на стадии разрешения споров в качестве конечного авторитета, той самой аксиомы, к которой необходимо свести спорную ситуацию при аксиоматическом стиле правового дискурса и которая тем самым приобретает способность к реализации при помощи рычагов государственного принуждения. Как только это удалось, задачи юридической аргументации считаются выполненными, а дальнейший анализ оснований правоприменительного решения — излишним и даже неправомерным. Это, по логике адептов рассматриваемой теории, должно на практике привести к устранению указанных факторов из правового дискурса. Таким образом, задача закрытия и аксиоматизации правовой системы решалась в том числе при помощи учения об источниках права, указывающего на перечень аксиом, к которым необходимо свести правовой спор.

Утверждение теории юридического позитивизма в различных правопорядках сопровождалось принятием конкретных мер, оказавших существенное влияние на правотворчество, процессы принятия решений по конкретным делам, а также юридическую доктрину. В отечественном правопорядке их последствия усугублялись отсутствием традиций независимости судопроизводства и авторитарностью советского политического режима.

Прежде всего, претерпели изменения взгляды на *правотворчество*: его целесообразные формы, субъектов, пределы и др. В эпоху господства кодификационного мышления существовала сильная тенденция относить к числу ис-

¹ Й. Эссер со ссылкой на «Hogvath» приводит удачное сравнение источника права с источником родниковой воды: камень не является в строгом смысле источником родниковой воды, вода лишь вытекает из-под камня, но с этого момента она становится полезной для человека, может быть им использована. Аналогично и понятие источника права акцентирует внимание на механизме, которые превращает массу социальных регуляторов в правовые путем придания им правовой формы (см.: *Esser J. Op. cit. S. 138*).

точников права исключительно нормативный акт, поскольку именно это логически позволяет сделать правовую систему закрытой и аксиоматичной. Форма кодифицированного законодательного акта рассматривалась в качестве панацеи от правовой неопределенности, порождаемой раздробленностью и противоречивостью отдельных законов. Согласно представлениям того времени идеальным законом был бы полный кодекс, т.е. исчерпывающий свод законодательства, представляющий собой наиболее последовательное воплощение идеи системности в праве¹. По господствовавшим в то время представлениям, если полноты и совершенства кодекса в реальности достигнуть не удастся, то причиной тому недостаток знаний и квалификации разработчиков законопроекта, временный и устранимый.

В советском государстве доктрина нормативного акта как доминирующего источника права оказалась крайне подходящим средством для реализации целей, вытекающих из логики политической ситуации, а именно для устранения из правового дискурса любых регуляторов помимо произвольной государственной воли. Однако акцент был сделан не на определенности и предсказуемости права, которых предположительно можно было достигнуть при помощи редукции права к государственной воле. Рассматриваемая концепция предоставляла теоретическое основание для ощущения неограниченной свободы государства в создании правовых норм с любым содержанием. Фактически право подменялось соображениями текущей целесообразности, которым придавалась форма правовых актов. Устранение формализма права приводило к девальвации самого права².

В этой связи становятся понятными характерные для традиционного позитивистского мировоззрения взгляды на неограниченность волюнтаризма законодателя и, соответственно, отсутствие каких-либо пределов правового регулирования, имеющих принудительное значение для органов государственной власти. Обратной стороной данного верования является иллюзия всемогущества законодателя: распространенным является ощущение, что любая социальная проблема может быть решена посредством принятия соответствующего законодательного акта, предписывающего определенную модель поведения.

Вопросы целесообразного содержания законодательного акта, таким образом, исключаются из предмета юриспруденции, а разработка нормативных

¹ «Кодекс замышляется как некий закрытый мир и видится наиболее последовательным воплощением идеи системы в юридической сфере» (*Кабрияк Р.* Кодификации. М., 2007. С. 168).

² Формализм права предполагает существование такой системы юридических правил, механизмов, понятий, конструкций, которая не позволяла бы разрешать споры исходя из соображений тех либо иных лиц о текущей целесообразности. По сути, именно система таких «правил игры» делает предсказуемым положение участников оборота, независимым от желаний, настроений и предпочтений тех либо иных лиц (в том числе аффилированных с государством). В этом смысле формализм права представляет собой суть права и является противоположностью целесообразности.

актов — из сферы юридической профессии. Данные стереотипы в сильной степени распространены и в настоящее время. Следует отметить, в частности, распространенность убеждения о том, что при создании проекта нормативного акта главным является сформулировать целесообразные (с точки зрения государства, тех либо иных групп интересов) правила поведения, при этом роль представителя правоправления ограничивается «оформлением», т.е. изложением текста закона «в юридизированном стиле», юридическим языком, под которым понимается лишь филологический аспект¹. Разумеется, это не может не сказываться на качестве законопроектов, вплоть до их полной неэффективности.

Распространение кодификационной парадигмы логически требовало изменения статуса *юридической практики*, прежде всего практики принятия решений по конкретным делам. Логическим следствием описанного подхода к кодификации является требование единообразного (а значит, механического) применения судами предусмотренных кодексом правил и, соответственно, отношение к судебному усмотрению как к несомненному злу, требующему устранения². Практика разрешения споров в судах повсеместно лишается статуса правотворческой деятельности, связанной (пусть и в пределах, определенных законодательным актом) с отысканием права. Суд должен пассивно «применять» право. Правоприменение в рамках традиционного юридического позитивизма, таким образом, сводится к дедуцированию индивидуальных предписаний из общих норм.

В этом смысле становится понятным господствовавшее в советской теории права учение о реализации права, описывающее лишь формальную сторону воплощения указанных норм в поведении субъектов, которая выводится из принятого определения права. Реализация права — это процесс воплощения в жизнь уже созданных правовых норм. В зависимости от наиболее общих типов норм (запреты, предписания, дозволения) выделяются формы реализации права: *соблюдение* установленных законодателем запретов, что предпола-

¹ Автору настоящей работы постоянно приходится встречаться с подобным отношением как со стороны заказчиков работ по созданию проектов нормативных правовых актов (т.е. должностных лиц министерств), так и непосредственных исполнителей (представителей экономической науки, общественных предпринимательских организаций и др.).

² Интересно, что в ряде случаев суд прямо лишался права толковать соответствующий кодекс (Общеземское уложение прусских государств 1794 года, французский Кодекс канонического права). Если судья сталкивался с пробелом в праве, то он был обязан передать вопрос на рассмотрение законодательной министерской комиссии, специально создававшейся для такого случая (ссылки на литературу см. в: *Кабрияк Р.* Указ. соч. С. 173). В любом случае отношение к самостоятельной судебной практике было крайне отрицательным. Создание французского Гражданского кодекса давало повод для высказываний следующего рода: «Кассационный трибунал не должен иметь никакой собственной судебной практики, не должен ее формировать. Если бы такая судебная практика, самый ненавистный из институтов, существовала, то ее надо было бы уничтожить» (слова французского адвоката и политического деятеля Ле Шпелье цитируются Р. Кабрияком (с. 171) со ссылкой на: *Tunc A.* La Cour de cassation en crise // Archives de philosophie de droit, 1985. P. 158).

гает пассивное поведение, *исполнение* установленных законодателем обязывающих правовых предписаний и *использование* возможностей, вытекающих из дозволений законодателя. Особо выделяется одна форма, а именно *применение* права как властная индивидуально-правовая деятельность, осуществляемая государством. Выделение особой роли государства в правоприменении в рамках позитивистской парадигмы является логичным: сведение права к проявлениям государства предполагает монополию на применение мер принуждения и, соответственно, возможность реализации права зависит от того, в какой мере государственные органы обладают компетенцией формулировать индивидуальные предписания.

Как представляется, данная парадигма правоприменения в числе других факторов способствует сохранению господствующей в судебском корпусе до настоящего времени самореференции как чиновника, должностного лица государственного органа, призванного в первую очередь охранять государственный интерес. Логика нормативистского мировоззрения отводит судьбе роль пассивного транслятора государственной воли. В этой связи вряд ли можно удивляться сложностям в реализации начал состязательности и равенства сторон гражданского и арбитражного процесса, обвинительному уклону при рассмотрении уголовных дел и дел об административных правонарушениях, тенденции к поверхностному исследованию обстоятельств дела, а также откровенной тенденциозности при рассмотрении дел ряда категорий¹.

Наконец, нельзя не отметить, что логика традиционной позитивистской концепции, господствующей в настоящее время в отечественном правопорядке, также требует существенной модификации *юридической доктрины*. Жестко отграничивая право как совокупность правил от иных иррелевантных для права социальных факторов, теория юридического позитивизма соответствующим образом определяет предмет юриспруденции, выводя за ее рамки как вопросы о том, каким должно быть право (т.е. содержательные вопросы правотворчества), так и изучение реальных процессов правоприменения, которые не сводятся к формально-логическим процессам применения норм права. Считается, что все это должно изучаться и описываться социологией, но не наукой права. Проект устранения влияния данных факторов на практике предполагает и их элиминацию из правовой теории; соответственно, правовой дискурс должен сконцентрироваться вокруг вопроса о юридической силе нормы, т.е. формальной стороны права.

¹ В частности, в настоящее время общеизвестен обвинительный уклон при рассмотрении дел о нарушении правил дорожного движения. Решения о лишении водительских прав часто принимаются при отсутствии иных доказательств факта совершения правонарушения и виновности водителя помимо составленного инспектором ДПС протокола об административном правонарушении.

В этом контексте становятся понятными взгляды на юриспруденцию как на школу экзегезы¹, полагающей своей главной задачей толкование положений законодательства, когда толкователь идет более или менее осознанно по линии наименьшего сопротивления, предпочитая опереться на систему готовых решений, предложенных ему законодателем². Экзегетическое толкование норм права предполагает дедуктивное выведение из общих правил конкретных следствий, применимых к конкретным случаям. Если задачей правоприменения является дедуцирование индивидуальных предписаний из общих норм (т.е. подведение спора под одну из известных аксиом), то и главная цель правовой науки — изучение логических следствий общих правил, зафиксированных в законе. Аксиоматический стиль юридической аргументации, основанный на запрете дальнейшего анализа оснований правоприменительного решения помимо нормы права, определяемой в соответствии с позитивистским учением об источниках права, предполагает акцент на изучении содержания и догматическом толковании норм, т.е. в конечном итоге максимально точном толковании государственной воли³. В этой связи формально-догматический метод полагается в позитивистской юриспруденции господствующим⁴.

По сути, речь идет о превращении юриспруденции во второсортное ремесло, представители которой занимаются законоведением, изучением логических следствий общих правил, зафиксированных в законе, цитированием и пересказом правовых норм. Логика нормативистской парадигмы предполагает сведение юридической науки к пересказу содержания закона, что в настоящее время представляет собой господствующий стиль в отечественной юридической литературе. В этой связи также объяснимо распространенное, в том числе в отечественном правоведении, отношение к закону как к панацее при решении социальных проблем, так что, согласно распространенному стереотипу, достаточно, как сейчас принято говорить, «прописать» ту либо иную норму в законодательным

¹ Первоначально под экзегетикой, экзегезой (др.-греч. ἐξηγητικά, от ἐξηγησις — истолкование, изложение) понимался раздел богословия, в котором истолковываются библейские тексты, изъяснение библейских текстов, учение об истолковании текстов, преимущественно древних, первоначальный смысл которых затемнен вследствие их давности или недостаточной сохранности источников.

² См.: *Кабрияк Р.* Указ. соч. С. 174; *Esser J.* Op. cit. S. 266.

³ В этой связи уместно привести известные слова Ж.-Ж. Бюне (1794–1866): «Я не знаю никакого гражданского права, я преподаю Кодекс Наполеона».

⁴ Как справедливо отмечалось в литературе в дни столетия французского Гражданского кодекса, «культ писаного закона, привычка не замечать ничего, кроме его текста, изолируют право, разлучают его с другими общественными науками, превращают правоведение во второсортное ремесло. Юрист в конечном итоге теряет ощущение того, что справедливо и что несправедливо, что гуманно и что негуманно. Он не оценивает закон; он просто любит его как таковой, видя прелесть прежде всего в симметрии, в архитектонике закона и не замечая того, что в нем иногда жестоко или не совсем разумно» (цит. по: *Кабрияк Р.* Указ. соч. С. 176–177). Отметим, что эти слова по понятным причинам по многом применимы и к современной отечественной юридической науке. В этом смысле слова Ф. Савиньи о том, что науку следует спасать от кодексов, имеют во многом современное звучание.

акте.

Юридический позитивизм не является отечественным изобретением. Более того, он и сегодня относится к одной из наиболее авторитетных парадигм в западной юриспруденции. В этой связи особенно интересно, почему именно в России описанное выше влияние данной концепции на правоведение, практику правотворчества и правоприменения оказалось столь заметным.

Как представляется, причина в том, что в России понятие права всегда было политизировано, а значит, недоступно для рационального обсуждения. В западной доктрине (по крайней мере, в XIX–XX веках), наоборот, анализ проблемы понятия права шел в рамках научной дискуссии, что позволяло подвергнуть концепции права рациональной критике, которая выявила его затруднения, способствовала его дальнейшему развитию и уточнению.

Главным итогом критического переосмысления позитивистской доктрины в западной юриспруденции стало признание невозможности полной формализации права, сведения его к закрытой системе абсолютно определенных правил поведения, исходящих от государства. Разрешение споров в суде не может в полной мере охватываться предписаниями нормативных актов. Действительность несоизмеримо богаче общих предписаний, а потому в ходе судебного разбирательства неизбежно приходится опираться на иные основания для принятия решения по делу, помимо текста нормативного акта. Эффективная экономика требует такой правовой системы, которая несводима к директивным указаниям государственной власти. Признание принципиальной открытости правовой системы (по меньшей мере, на стадии решения конкретных дел), допустимости риторического стиля юридической аргументации сделали юридическую профессию востребованной. Рационализация и формализация указанных оснований, собственно, и составляют предмет западной юриспруденции как самостоятельной дисциплины. Необходимость учета данных факторов в практике разрешения споров является основой юридической профессии как востребованного и уважаемого в обществе вида деятельности.

Действительно, в условиях запроса на полноту и предсказуемость права государство, пытаясь исключить влияние иных правоформирующих факторов, ставит перед собой крайне сложную и, скорее всего, невыполнимую задачу: оно берется обеспечить полное, непротиворечивое и самодостаточное правовое регулирование всех возможных спорных ситуаций, которые потенциально могли бы возникнуть. Запрет отказа в правосудии и запрет самоуправства предполагают необходимость для суда разрешить любой спор. В этой ситуации логически неизбежна следующая дилемма: либо государство создает полную, самодостаточную и закрытую систему норм, в которой есть все для разрешения споров и принятия конкретных правоприменительных решений, либо суды принимают решения по спорам исходя из иных оснований, помимо

предписаний нормативных актов. Именно сомнения в возможности реализации данной задачи являются главным основанием для критики традиционного юридического позитивизма.

Критики традиционных форм юридического позитивизма указывают на ряд факторов, которые не позволяют редуцировать практику принятия конкретных правовых решений к формально-логической процедуре конкретизации и применения предписаний, исходящих от законодательных органов. Реальный исторический опыт правового регулирования демонстрирует неустрашимость данных факторов¹. Укажем на некоторые из них².

1. *Неполнота закона*, обусловленная, в частности, разрывом между абстрактным характером общих норм и конкретностью случая, вынесенного на рассмотрение суда. При этом к числу факторов, определяющих неустрашимость данного разрыва, следует отнести как уникальность мышления каждого человека, так и невозможность остановить общественное развитие. Наличие пробелов в праве требует применения ряда методик, несводимых к формально-логическим процедурам конкретизации воли законодателя, а в действительности предполагающих глубокое вторжение правоприменительных органов в правовое регулирование. В частности, усмотрение судьи необходимо при обосновании правомерности применения аналогии права и закона, ссылке на принципы, общие начала, справедливость, разумность участников отношений и т.п.

2. В определенной степени *неизбежная противоречивость закона, требующая активности суда по устранению таких противоречий*. Уместно заметить, что требование системности права представляет собой один из наиболее важных ограничителей для законодателя, который должен считаться с сопротивлением правовой системы включению в нее чужеродных юридических конструкций. Если законодатель игнорирует требование системности (как часто имеет место по причине недостатка квалификации либо в силу политической целесообразности), то по необходимости решением проблемы противоречий приходится заниматься правоприменителю, прежде всего суду (например, прямо поправляя законодателя либо полностью игнорируя принятый закон).

3. *Многозначность закона*. Знаковая природа любого языка, в том числе и используемого в праве, символический характер человеческих коммуникаций актуализирует для правового дискурса комплекс проблем, связанных со значением и пониманием текста, и, соответственно, корпус знаний логики, гер-

¹ Отметим, что пока речь не идет о принципиальной неустрашимости данных факторов, мы говорим лишь об исторической неуспешности попыток их элиминации, предпринятых в различных правопорядках.

² Данный перечень ни в коем случае нельзя считать исчерпывающим. Подробный анализ правоформирующих факторов, которые не могут быть редуцированы к государственной воле, см. в: Feller U. Folgenerwägung und Rechtsanwendung. Zürich, 1998. S. 57 ff.

меневтики и семиотики. В частности, это определяет неизбежную степень неопределенности содержания закона и гибкость в его интерпретации, причем как бессознательную и ненамеренную («каждый пишет и понимает текст по мере своих возможностей, знаний и способностей», «любой текст, имея символическую природу, является многозначным и способен иметь множество толкований»), так и допускаемую сознательно. Необходимо отметить, что законодатель вынужденно использует прием неопределенных формулировок (так называемых каучуковых норм, правовых принципов, целевых норм-программ и т.п.) для того, чтобы распространить действие закона на круг неизвестных ему ситуаций, которые потенциально могут возникнуть. Все это определяет значительную сферу дискреции правоприменителя и, соответственно, открывает возможности для влияния массы правообразующих факторов, несводимых к правовой норме.

Теория интерпретации текстов в любом случае не может быть редуцирована к банальным формально-логическим операциям дедуктивного типа, поскольку как минимум предполагает определенное предпонимание проблемной ситуации, имеет в качестве своих предпосылок набор определенных ценностей и зависит от совокупности образовательных и мировоззренческих установок правоприменителя. Разнообразие методик толкования требует творческого подхода к обоснованию предпочтительности в конкретной ситуации одной из них. Наконец, применение аналогии, лежащей в основании ряда методик толкования, предполагает принятие самостоятельных решений при выборе признаков, позволяющих судить о сходстве отношений и, соответственно, о применимости аналогии.

Также следует указать на ряд иных факторов, неизбежно влияющих на правотворчество и применение права и не позволяющих сделать правовую систему закрытой и аксиоматичной. Укажем, в частности, на систему господствующих в обществе ценностей, в том числе существующих в форме общественных представлений о справедливости, массовых ожиданий, на традиции правоприменения, уровень образования участников оборота, уровень развития науки (в том числе правовой науки, задающей уровень используемых в правовой практике аргументативных структур), наличие значимого общественного и публичного интереса, определяемого стоящими перед обществами вызовами, и т.п. Ни законодатель, ни правоприменитель не могут игнорировать указанные факторы, которые влияют на содержание как законов, так и правоприменительных решений¹.

Все это не позволяет относиться к праву исключительно как к выражению произвольной государственной воли, а к применению права — как к формаль-

¹ См., в частности: *Дворкин Р. О правах всерьез*. М., 2004. С. 35 и сл.

но-логическому процессу дедуцирования конкретных правоприменительных решений. Государству не удастся создать полную, непротиворечивую, однозначную и самодостаточную систему правил, способную выступить единственным основанием для принятия судебных решений. Однако, возможно, причина в несовершенстве законодателя? Возможно, если законодатель сможет быть беспристрастным и будет обладать необходимым корпусом знаний, то он сможет решить эту задачу, и тогда проект юридического позитивизма может быть успешным, а значит, и правдоподобным? В этой связи первостепенное значение приобретает вопрос о принципиальной возможности формирования закрытых аксиоматических правовых систем, основанных на признании монополии государства в определении содержания права.

Полнота, непротиворечивость и самодостаточность правовой системы означают, что она заранее охватывает своим регулированием все возможные ситуации, которые могут возникнуть в будущем. Соответственно, вопрос о логической возможности создания такой системы имеет в качестве ключевой проблему предсказуемости событий, которые должен иметь в виду законодатель, создавая такую систему. Поэтому проблема предсказуемости событий стала одной из основных в правоведении и экономической теории XX века, поскольку именно от ее разрешения зависят ответы на вопросы о пределах регулирующего вмешательства государства в частную сферу (прежде всего в сферу экономики), о сферах применения частно-правового и публично-правового методов регулирования и о понятии права в целом¹.

Возможность предсказать события в определенной сфере, в свою очередь, зависит от полноты знаний о процессах, влияющих на соответствующие отношения. Отказ от использования в качестве правовых регуляторов факторов, относимых к стихийным рыночным механизмам, и их замена прямыми государственными директивами (по крайней мере, в сфере, которая обычно считается частной) возможны в той мере, в какой можно предусмотреть события, влияющие на эффективность предписываемых государством действий.

Существуют серьезные основания сомневаться в возможности таких предсказаний². Полная рациональность действий в картезианском смысле (т.е. предполагающая намеренный выбор на основании знания связей причин и следствий) требует исчерпывающего знания всех существенных событий,

¹ Западная литература, посвященная указанным вопросам, весьма обширна. Укажем на работы наиболее авторитетных представителей экономической науки, переведенные на русский язык: *Бемтел Т.* Собственность и процветание. М., 2008; *Мизес Л.* Социализм. Экономический и социологический анализ. М., 1994; Его же. Бюрократия. М., 2006; Его же. Человеческая деятельность. Челябинск, 2008; *Уэрта де Сото Х.* Социализм, экономический расчет и предпринимательская функция. М., 2008; *Хайек Ф.* Указ. соч.

² Проблеме предсказаний в социальных науках посвящено значительное количество работ по философии (в том числе по теории познания), экономике, социологии. См., в частности: *Хайек Ф.* Указ. соч. С. 31 и сл.; *Мизес Л.* Бюрократия. С. 32 и сл.; *Поннер К.* Предположения и опровержения. М., 2004. С. 567.

определяющих ход общественных процессов, всеведения относительно миллиона фактов, которые в совокупности неизвестны никому. Человек не способен собирать воедино все данные, относящиеся к социальному порядку, как минимум в силу творческого и индивидуального характера своего мышления, сопротивляющегося описанию посредством общих понятий.

Ограниченность знаний характерна и для науки, поскольку последняя не является знанием отдельных фактов. На этом основаны и ограничения предсказательных возможностей науки: применение теорий к относительно сложным явлениям наталкивается на тот же барьер в виде незнания всех релевантных фактов¹. Предсказательные возможности в социальных науках ограничиваются запрещением некоторых состояний. Фундаментальная ограниченность знаний создает неустрашимый барьер на пути рационального переустройства всего общества и, соответственно, целенаправленного создания совершенной правовой системы, редуцируемой к государственной воле.

Исторически именно невозможность заранее предсказать возможные социальные события определила исторический кризис кодификационного движения. Стало очевидным, что создание совершенного кодекса, содержащего закрытую систему правил, рассчитанную на разрешение любой из ситуаций, которые могут потенциально возникнуть в социальной жизни, является делом невозможным². Долговечность кодекса во многом зависит от того, насколько он адаптивен к темпам технической, социальной и политической эволюции общества. В этой связи эффективность кодекса, а также системы права в целом зависит от того, в какой степени они открыты изменяющимся обстоятельствам.

Непредсказуемость социальных событий ограничивает волюнтаризм законодателя и делает необходимым применение в сложных сферах общественной жизни метода частного права.

Выяснилось, что метод публичного права, заключающийся в издании директивных указаний, предписывающих совершение конкретных действий, эффективен лишь в относительно несложных сферах, где основные механизмы и закономерности хорошо известны, а предпринимаемые действия имеют

¹ См.: Хайек Ф. Указ. соч. С. 32, 34.

² «Требовать от кодекса, чтобы он был совершенен, являлся абсолютно законченным и не вызывал необходимости в своем дополнении последующими определениями... значит, не понимать природу конечных предметов, к коим относится гражданское право, где так называемое совершенство есть всего лишь постоянное приближение» (Философия права / Г. В. Ф. Гегель // Философское наследие. Т. 113. М., 1990. С. 254). Очевидность этого феномена дала повод для возникновения идеи о том, что «самая успешная кодификация есть всего лишь один момент равновесия в жизни права, навверное, неповторимый и прекрасный, но очень непрочный». «Потребности общества столь различны, связи людей столь интенсивны, их интересы столь многообразны и отношения столь обширны, что законодателю совершенно невозможно предусмотреть все... Едва только завершена подготовка кодекса, каким бы полным он ни казался, как перед судьей тут же возникает тысяча неожиданных вопросов» (Кабриак Р. Указ. соч. С. 178, 182).

предсказуемый эффект. Именно это позволяет руководителю определить адекватные и эффективные средства достижения цели.

В сложных системах с непредсказуемыми состояниями данный метод оказывается неэффективным. К таким сферам относится система отношений между частными лицами (т.е. прежде всего сфера экономической деятельности), которые далеки от подчинения своей деятельности государственной цели (интересу). В частной сфере граждане реализуют свой личный интерес и действуют в соответствии с индивидуальными целями. При этом, в той мере, в какой государство и общество далеки от тоталитарных утопий, считается, что забота граждан об устройстве собственных дел соответствует интересам общества, поскольку именно частная инициатива лежит в основе развития экономики и общества в целом.

Невозможность исчерпывающих предсказаний в частной сфере, фундаментальная ограниченность знаний создает неустранимый барьер на пути рационального переустройства всего общества¹. Соответственно, в данной сфере оказывается неэффективным метод директивных указаний. Эффективность правового регулирования здесь может быть обеспечена только в том случае, если законодатель и правоприменитель будут в своей деятельности следовать сложившимся стихийно абстрактным правилам, выработанным в обороте обычаям и практикам².

Стихийные механизмы регуляции часто по своей природе абстрактны, поскольку в их основе лежит не знание конкретных причинно-следственных связей, а неосознанное понимание ситуаций определенного типа: им следуют всякий раз, когда тип ситуации пробуждает в индивиде склонность к некоей схеме реакции³. Поэтому правила стихийного порядка с необходимостью являются в значительной степени открытыми, абстрактными, существуют во многом в виде ценностей и общих принципов, определяющих предпочтительное направление поведения. И именно такая степень неопределенности, не-

¹ См.: Хайек Ф. Указ. соч. С. 34.

² Как отмечает Ф. Хайек, данные практики (правила поведения) вошли в культурное наследие потому, что обеспечили успех группе людей, которые не могли знать заранее, что именно эти правила приведут к желаемому результату. Причем речь идет не столько о рациональном осмыслении и применении этих правил, сколько об их интуитивном принятии, являющемся результатом наблюдения, обучения на опыте. Именно поэтому действующее лицо чаще всего не способно выразить словами содержание данных правил. Никто специально не разрабатывал совокупность указанных правил (или, как ее называет Ф. Хайек, стихийный порядок общества) в качестве методов решения известных задач. Они возникли потому, что группы, им следовавшие, оказались более успешными и вытеснили остальных. Поскольку такой порядок не создан по чьему-либо замыслу, у него не может быть какой-либо определенной цели, хотя при этом он может быть крайне полезен (см.: Хайек Ф. Указ. соч. С. 37).

³ Например, мы вряд ли обладаем информацией о конкретном злоумышленнике, который поджидает нас на темной улице, но в целом понимаем степень такой вероятности в ночное время в беспокойном месте и поэтому можем (в том числе и неосознанно) исходить из этого, планируя свои действия. Об абстрактном характере стихийных механизмов см.: Хайек Ф. Указ. соч. С. 48.

конкретности правил позволяет им охватить неизвестное число будущих ситуаций и эффективно действовать в непредсказуемом мире.

Какова роль права и государства в сферах стихийного порядка?

С одной стороны, доверие как общества, так и государства к стихийному порядку умножает их возможности, поскольку позволяет эффективно действовать в неизвестном числе будущих ситуаций и делает их способными стимулировать формирование порядков высокой степени сложности. Однако это возможно только тогда, когда предписания государства соответствуют абстрактным правилам, т.е. по необходимости являются в значительной степени абстрактными, направленными не на достижение конкретной цели конкретного субъекта, а на поддержание стихийного порядка. Именно поэтому государство, используя стихийные механизмы, способно работать с более сложными системами отношений, однако может определять их лишь в общих чертах, оставляя вопрос о частностях и деталях на откуп неизвестным заранее обстоятельствам¹.

С другой стороны, правила стихийного порядка, представляя собой единственно возможный способ эффективного взаимодействия со сложными социальными системами, ограничивают волонтаризм государства, демонстрируя невозможность, конечную неэффективность и социальную вредность произвольных управленческих решений, направленных на достижение конкретной цели руководителя (государства) в сфере частной жизни. Нарушение стихийного порядка влечет за собой серьезные дисфункции с непредсказуемыми последствиями².

Именно поэтому законодатель и правоприменитель в частной сфере не могут игнорировать сложившиеся стихийные механизмы, на которые частные лица ориентируются в первую очередь. По сути, следование абстрактно-

¹ См.: Хаїєк Ф. Указ. соч. С. 59.

² Так, последствия несоблюдения базового требования о безусловной защите права собственности подробно проанализированы в работе Тома Бетелла «Собственность и процветание» (М., 2008). Автор на основе обширного исторического материала демонстрирует, что отсутствие четкого разграничения собственности, любые формы обобществления результатов индивидуальных усилий неизбежно приводят к устранению принципа ответственности за собственные действия, т.е. к ситуации, когда возможно в единоличном порядке воспользоваться теми либо иными благами, разложив издержки между всеми членами общины. Это приводит к возникновению так называемой проблемы безбилетника, в основе которой лежит общее стремление получить максимальную выгоду за чужой счет. Все это лишает стимулов к эффективной экономической деятельности, поскольку каждый, справедливо ожидая от других стремления максимизировать выгоду при минимальных издержках, предпочитает и сам получить максимальную пользу от имеющихся в наличии благ и вовсе отказывается от создания новых. Результат — экстенсивное использование ресурсов и экономическая стагнация. В целом аналогичной является ситуация в случае нестабильности прав собственности: неуверенный в своем будущем собственник предпочитает получить максимум прибыли в течение короткого промежутка времени, не заботясь о перспективах своей хозяйственной деятельности. Именно поэтому отсутствие необходимых гарантий права собственности, прежде всего в форме независимой судебной системы, является одним из главных препятствий на пути экономических реформ в переходных обществах.

му порядку экономической деятельности является необходимым условием эффективности государства в частной сфере. Соответственно, задача законодателя — создание таких правил поведения, таких законов, которые способствовали бы выполнению данного условия в максимальной степени¹. Эти законы не могут исчерпывающим образом регулировать поведение участников оборота, они по необходимости носят абстрактный и открытый характер. Их задача — предоставить гражданам средства для достижения их разнообразных индивидуальных целей, обеспечить понятными и устойчивыми рамками для взаимодействия друг с другом, а потому они в значительной степени состоят из принципов, оценочных и «каучуковых» правил. Именно в этом случае закон будет применимым и эффективным в неизвестном числе будущих ситуаций. Роль государства как законодателя состоит в том, чтобы стоять на страже целостности этой системы, закрепляя правила, которые сообщают каждому, какие из обстоятельств не должны быть изменены и какие лица не должно изменять по собственной инициативе, задают границы личной свободы, предотвращают разного рода злоупотребления и причинение вреда, способствуют утверждению стихийного порядка и максимальной определенности ожиданий². Собственно, именно на этом основан частно-правовой метод регулирования.

Аналогичной является роль суда на стадии разрешения споров между участниками оборота. Поскольку структура частного права является по необходимости открытой, разрешение частно-правовых споров не может быть описано позитивистской моделью, в которой суд лишь пассивно применяет правила, установленные законодателем. Закон, регулирующий частную сферу и нацеленный на заранее неизвестное число ситуаций, неизбежно является неполным, абстрактным и в значительной степени неопределенным. Общая задача судьи в этом смысле — поддержание существующего порядка действий, для чего он в конкретном споре эксплицитно формулирует фактически применяющиеся правила. При этом часто невозможно различить, когда формулируется уже существовавшее на практике правило, а когда — правило, прежде не применявшееся на деле. Тем не менее, будучи воплощенным в слове, оно принимается большинством как здоровое³.

¹ Исторически широкому признанию данного тезиса способствовала прежде всего историческая школа права (Ф. Савиньи). В этой связи следует отметить как существенность вклада данной школы в теорию права, так и успешность ее представителей в формировании системы германского гражданского права, одной из наиболее совершенных и разработанных.

² См.: *Хайек Ф.* Указ. соч. С. 127.

³ См. там же. С. 118. Интересно, что в ряде правопорядков, в частности в германском, принято формулировать развернутые мотивировки судебных решений, включающие ссылки на принятые ранее судебные решения, господствующие в доктрине мнения (со ссылками на конкретные работы), принципы права (которые, заметим, по представлениям немецкой доктрины не требуют прямого закрепления в нормативном акте), основания для тех либо иных оценок фактических обстоятельств дела и другие факторы, послужившие основанием для судебного решения.

Таким образом, *закрытость правовой системы, редукция права к государственной воле возможны лишь в той мере, в какой ликвидирована сама экономическая система, основанная на принципах автономии воли, неприкосновенности собственности, юридического равенства участников оборота. И наоборот, ее формирование предполагает, во-первых, формирование описанной системы формальных правил, не зависящих от представлений о текущей целесообразности государственных чиновников либо участников оборота, а во-вторых, их максимальную конкретизацию и формализацию не только в нормативных актах, но и в деятельности судов.*

Исходя из этого становится понятным, почему именно в советском государстве стало возможным наиболее последовательное осуществление нормативистской парадигмы: как раз в силу минимизации сферы гражданского оборота, огосударствления экономики, возможностей неограниченного вмешательства государства в частную жизнь. Именно такой ценой метод публичного права смог проникнуть в сферы, традиционно относившиеся к частным. Однако отметим, что экономическая неэффективность такой системы делает в длительной перспективе невозможным существование и корреспондирующей ей позитивистской правовой системы (в ее традиционном истолковании).

По сути, *традиционный позитивизм и чистая теория права — это распространение метода публичного права на всю правовую действительность.* В этой связи неудивительно, что авторами и адептами чистой теории права были прежде всего специалисты в области публичного права, для которых значимость не редуцируемых к государству регулярностей в частной сфере была не столь ощутимой.

Именно специфика частной сферы делает нереалистичной традиционную модель юридического позитивизма, описывающую право как одностороннюю проекцию власти. Формальный подход игнорирует необходимое влияние ряда детерминант правовых решений, что обуславливает их частую неадекватность, выражающуюся в том числе в принятии «мертворожденных» либо неприемлемых с общественной точки зрения нормативных актов, а также решений по конкретным делам, противоречащих общественным представлениям о справедливости. Именно стремлением объяснить реальные механизмы упорядочения поведения людей в сфере частной жизни обусловлены смягчение и утончение юридического позитивизма в западной доктрине права и признание открытости права, применимости в определенной мере риторического стиля аргументации и невозможности редукции права к произвольной государственной воле.

Собственно, именно с задачей рационализации и конкретизации той составляющей правовой системы, которая не сводится к прямым предписаниям нормативных актов, но обязательно должна учитываться как условие эффек-

тивности правовой системы и социальной системы в целом, связано в европейских правовых порядках возвращение уважения к юридической профессии. Если законодатель и правоприменитель несовершенно и принципиально не могут предусмотреть все возможные ситуации, требующие урегулирования, а также все последствия законодательных и правоприменительных решений, то, раз они хотят оставаться в рамках эффективного права, они должны иметь в виду всю совокупность факторов, от соблюдения которых зависит эффективность закона и исполнимость судебного решения.

Эти факторы могут быть как внутренними для правовой системы¹, связанными прежде всего с требованием ее внутренней согласованности, так и внешними, связанными с взаимодействием права и социального контекста (экономика, разного рода интересы, система ценностей, неформальные стереотипы поведения и т.п.). И если внутренние факторы безусловно относятся к сфере юриспруденции, то компетентность правовой науки в анализе факторов внешних является предметом дискуссии, разделяющей современные позитивистские и социологически ориентированные концепции права.

В этом смысле современной западной юриспруденции приходится решать дилемму между, с одной стороны, необходимостью учета массы неформальных факторов, на деле влияющих на содержание правовых решений, при опасности растворить право в социальном контексте, а с другой — утратой правовой теорией правдоподобия и когнитивной ценности при чрезмерности акцентуаций на формальной стороне права.

Современная ситуация в западной дискуссии о понятии права в существенной мере характеризуется стремлением решить проблему формализации влияния на правовой дискурс несводимых к государству факторов и, объяснив их роль в принятии правовых решений, все же сохранить ценности максимальной определенности, формальности и предсказуемости права. Это позволило бы включить их в состав права, четко отграничив от иных социальных регуляторов. Только в этом случае право не потеряло бы своей специфики и

¹ В этой связи необходимо отметить недавно изданную на русском языке работу одного из ведущих западных теоретиков права Л. Л. Фуллера «Мораль права» (М., 2007). Автор рассматривает право как целенаправленное предприятие по подчинению поведения людей общим правилам, эффективность которого зависит от соблюдения некоторых условий. Можно выделить как минимум восемь условий, в числе которых общий характер правил, их ясность, исполнимость, непротиворечивость, постоянство во времени. Такие правила должны быть обнародованы, не иметь обратной силы. Кроме того, официальные действия должны согласоваться с провозглашенным законом. Совокупность данных условий Фуллер называет внутренней моралью права. Невыполнение каких-либо из них неизбежно влечет за собой неэффективность права в реализации его функций. Поскольку предприятие может быть выполнено с той либо иной степенью успеха, существование правовой системы является вопросом степени. В этой связи можно говорить о том, что правовая система в конкретном государстве существует лишь наполовину. «Такая ситуация складывается, когда целенаправленное усилие, необходимое для обеспечения полноценного существования нормы права и правовой системы, оказывается, так сказать, лишь наполовину успешным. Истину о том, что у таких усилий может быть несколько уровней успеха, скрывают конвенции юридического языка» (с. 147).

не растворилось бы в социальном контексте. Все это делает в европейских правовых порядках в высшей степени востребованной правовую теорию как отрасль научного знания, а также предъявляет высокие требования к квалификации практикующих юристов, обязанных владеть разветвленной системой догматических категорий и конструкций, выработанных в доктрине и судебной практике¹. Важным следствием такого подхода является также прозрачность влияния несводимых к тексту закона факторов на содержание правовых решений: признавая допустимыми отсылки к ним в качестве аргумента в судебном заседании, правовой порядок тем самым делает возможным их рациональное обсуждение, дискуссию о правомерности такой аргументации, препятствует злоупотреблениям и делает право в целом более определенным и предсказуемым.

Отметим, что в этой связи особое значение в западной теории права сегодня приобретает обсуждение *проблемы правовых принципов*, представляющих собой принципиально открытые структуры в праве, в целом предполагающие использование риторического стиля юридической аргументации, хотя бы потому, что в основе принципов лежат непосредственно ценности юридической системы, т.е. структуры во многом неопределенные и не редуцируемые к набору аксиом. Именно правовые принципы сегодня видятся в качестве своеобразных «окон», через которые на закрытые правовые системы (прежде всего континентальные) влияют разнообразные социальные факторы и которые, однако, предположительно могут быть формализованы. Возможно, именно при помощи концепта правовых принципов удастся нащупать правдоподобный критерий права, позволяющий формализовать его отличие от внеправовых регуляторов. Привлекательность понятия правовых принципов для позитивистских концепций также заключается в том, что, если удастся редуцировать понятие принципа к государственной воле, появляется возможность создать мягкую позитивистскую модель, включающую в себя открытые структуры. Отметим, однако, что такое осмысление понятия, природы и статуса правовых принципов еще далеко от завершения².

В этой связи становится понятным то огромное влияние, какое оказала на современную философию права дискуссия о характере и роли в праве правил признания и принципов, более известная как спор Харта и Дворкина. Герберт Лайонел Адольфус Харт (1907–1992), с 1952 года профессор юриспруденции в Оксфордском университете, заслуженно считается одним из выдающихся философов права XX века. В 1969 году его на посту профессора Оксфорда сменил

¹ Именно поэтому, как правило, бессмысленно изучать иностранные юридические институты, опираясь лишь на текст закона. Как правило, это не позволяет понять логику правовой формы.

² В этом смысле следует отметить крайне содержательную и интересную работу: *Esser J. Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts: Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre*. Tübingen, 1956.

Рональд Дворкин, его главный оппонент. Главные работы указанных авторов недавно переведены на русский язык¹. Хартовское решение проблемы заключается в выделении так называемых вторичных правил (правил признания), которые определяют, какие из существующих в обществе правил и регуляторов относятся к праву. Существование вторичных правил — это вопрос факта. Данные правила существуют в той мере, в какой они действительно выполняют соответствующие функции, являются эффективными. Правила признания фундируются не сами из себя, а социологически, через описание их применения в процессе установления правил и принятия правовых решений. Таким образом, правом являются те регуляторы, которые применяются в правовом дискурсе в соответствии с правилами признания, фактически существующими в определенном обществе.

Данная концепция, с одной стороны, открывает правовую систему, поскольку допускает использование довольно широкого круга социальных регуляторов в той мере, в какой они соответствуют правилам признания. При этом логически данные правила необязательно должны быть связаны с государством и волей законодателя в лице парламента. Более того, по мнению Харта, суд, сталкиваясь с трудными случаями, когда закон молчит либо его содержание неопределенно, фактически законодательствует, и скрывать это бессмысленно. С другой стороны, данная концепция не позволяет растворить право в неопределенной массе социальных регуляторов, разрешая аргументировать предпочтения суда в преимущественном применении норм закона перед иными регуляторами. Наконец, указанная теория является во многом дескриптивной, т.е. исходит из того, что правом является то, что в конкретном обществе фактически выполняет соответствующие функции.

Это определяет эмпирический характер и высокую степень правдоподобия рассматриваемой теории и одновременно ограничивает ее возможности: логика разграничения права и не права допускает признание правом любых правил, имеющих любое содержание. В этой связи исследование внутренней логики правовой системы, анализ факторов, определяющих содержание норм права, остаются за пределами рассматриваемой концепции. Именно это послужило основанием для критики теории Харта со стороны Р. Дворкина. По мнению Дворкина, теория Харта не объясняет принятия в трудных случаях судебных решений, которые неизбежно основываются не только на нормах права (определяемых в соответствии с хартовскими правилами признания), но и на моральных соображениях и часто принимаются даже вопреки нормам права. Однако судья при разрешении трудных споров не законодательствует, поскольку это означало бы в значительной степени неформализованную свободу усмотрения. Судья не имеет подобной свободы, но связан ценностями

¹ См.: *Харт Г. Л. А.* Понятие права. СПб., 2007; *Дворкин Р.* О правах всерьез. М., 2004.

соответствующей правовой системы. Попытка формализации такого рода ценностей приводит Дворкина к понятию принципов. Именно принципы определяют выбор судей при принятии решений в спорных ситуациях; при этом основным методом аргументации является взвешивание нескольких соперничающих принципов, что нехарактерно для правил, предписывающих вполне определенный вариант разрешения охватываемых ими ситуаций.

В отечественной юриспруденции господствующее мнение исходит из необходимости сохранить закрытость правовой системы как производной от государственной воли. Одной из попыток реализовать данную стратегию является советское учение о толковании права, а также о восполнении пробелов в праве. Под толкованием права понималась деятельность по установлению содержания правового акта для его практической реализации¹. При этом центральной категорией советского учения о толковании нормативных актов становится воля законодателя, которая фактически отождествляется с действительным содержанием нормативного акта². Данный конструкт выполняет функцию формальной легитимации результатов толкования, которые отклоняются от буквального содержания нормы закона. Поскольку процесс интерпретации неизбежно предполагает такой результат (за исключением разве что использования простейших силлогизмов дедуктивного типа), то фактически таким образом обосновывается сама по себе возможность толкования норм права с использованием ряда известных методов интерпретации. Такой подход позволяет создать внешнюю видимость сохранности основных посылок позитивизма, прежде всего возможность редукции права к государственной воле. Ссылка на волю законодателя также используется для спасения традиционного для отечественной доктрины учения об источниках права.

Проблема, однако, заключается в том, что понятие воли законодателя является метафизическим и недоступным для позитивного установления. По сути, такой конструкт позволяет фундировать любые результаты толкования, в том числе как расширительного, так и ограничительного. При этом слова об исключительном характере такого результата не меняют сути дела и представляются неубедительными. В действительности традиционное учение о толковании изменяет своим позитивистским методологическим посылкам и окольным путем создает возможность для использования в процессе правоприменения совокупности социальных правоформирующих факторов, несводимых к нормативному акту, т.е. открывает правовую систему. В этой связи можно утверждать, что наиболее сложный для отечественной теории права вопрос о статусе правоположений юридической практики (прежде всего высших судов)

¹ См.: Алексеев С.С. Общая теория права. М., 1982. Т. 2. С. 290.

² См., например, там же (с. 296 и сл.), а также: Лазарев В.В. Указ. соч. С. 68.

вряд ли нашел удовлетворительное разрешение: отнесение данных форм к сфере практики, а также их подзаконный характер сами по себе неспособны опровергнуть тезис об их правоформирующем характере¹. Стремление «спасти» традиционное учение об источниках права заставляет авторов использовать туманные формулировки и избегать определенных выводов, однако это не может скрыть факта существования вытекающих из юридической практики положений общего характера, несводимых к тексту нормативного акта, но выполняющих функции правовых норм.

Сходной в целом является ситуация и с учением о восполнении пробелов в праве. Сложно отрицать, что метод аналогии предполагает творческий подход правоприменительного органа, в частности, на стадии обоснования сходства отношений, выбора сходной правовой нормы, ее интерпретации в связи с требующим регламентации случаем и т.п. Аналогия предполагает, по сути, выбор признаков, сходство которых является основанием для вывода о сходстве и иных существенных признаков правоотношений, а значит, о возможности распространения на них нормы права². Логически метод аналогии во многом похож на метод индукции, предполагающий распространение выводов, относящихся к известным явлениям, на неизвестные.

Позитивистской доктриной применение аналогии признается в качестве наиболее глубокого «вторжения» правоприменительных органов в правовое регулирование. И хотя творческий характер деятельности правоприменителя в целом не отрицается, стремление понизить ее статус в целом очевидно: применение аналогии квалифицируется в качестве деятельности по индивидуально поднормативному регулированию, осуществляемому в процессе применения права³. Как видим, это все та же ссылка на подзаконность и правоприменительный характер деятельности, что, как указывалось выше, само по себе требует обоснования, если не исходить из основных тезисов позитивизма как априорных и аксиоматичных.

Такая позиция, главной целью которой является попытка примирить позитивизм с реалиями юридической практики, является неудовлетворитель-

¹ По сути, этот аргумент сводится к указанию на то, что в соответствии с нормой признания акты практики, содержащие правоположения, не являются источниками права. Другими словами, это лишь ссылка на принятое позитивизмом определение права. Действительные социальные и правовые функции данных актов, которые позволили бы ответить на вопрос об их статусе как источников права, не рассматриваются. Представляется, однако, что это как раз тот случай, когда позитивистское определение права не срабатывает, демонстрируя явную противоречивость концепции.

² Интересно, что логика вывода «от обратного» строится по той же схеме: совпадение лишь некоторых известных признаков выступает в качестве основания для вывода о принципиальном различии правоотношений и невозможности распространения правовой нормы. Это подчеркивает значение творческих решений в правоприменении, не редуцируемых к норме закона. Анализ метода аналогии см.: *Kaufmann A. Grundprobleme der Rechtsphilosophie*. München, 1994. S. 68 ff.; *Feller U. Op. cit.*, S. 74–76.

³ См.: *Алексеев С.С. Указ. соч.* Т. 1. С. 332 и сл.

ной. С одной стороны, рассматриваемому учению не удастся «спасти» традиционный позитивизм и удовлетворительно разрешить сложную для него проблему толкования права и восполнения пробелов в праве. Попытку скрыть факт открытости правовой системы и невозможности редукции права к закону в целом следует оценить как неуспешную, а ведь именно в четкости учения о закрытом перечне источников права (либо правил признания) и заключалась привлекательность и основная сила позитивизма¹.

С другой стороны, стремление сохранить видимость соблюдения принципа законности не позволяет позитивистской доктрине эффективно разрабатывать и использовать современные методы интерпретации права, что обуславливает явную недостаточность учения о толковании права для нужд практики². Действительно, необходимость поддержания иллюзии редуцируемости права к нормативному акту парализует изучение любых регулярностей в правовом дискурсе, не связанных с нормативным актом. Вытекающая из господствующего учения об источниках права невозможность ссылок на указанные факторы как на одно из оснований принятия судебного решения эксплицитно отрицает саму возможность их влияния на его содержание.

Как было показано выше, само по себе это в действительности неспособно устранить влияние данных факторов на принимаемые судебные решения. Закон, как правило, предлагает лишь наиболее общую модель поведения, которая неизбежно требует конкретизации посредством системы догматических категорий и конструкций, вырабатываемых доктриной и судебной практикой. Любая развитая правовая система предполагает существование механизмов, способных восполнить неизбежную неполноту и неопределенность закона.

Отказ от рационализации указанных факторов, обусловленный необходимостью внешнего следования официальной позиции, перемещает их в тень, делает пасынками юридической теории и практики. Лицемерие в отношении не редуцируемых к нормативному акту факторов в юридической доктрине затрудняет формирование и развитие догматических структур, не вытекающих из содержания нормативного акта, и, соответственно, обедняет догматическую ос-

¹ Следует отметить, что более утонченный и логически непротиворечивый вариант решения данной проблемы был предложен Г. Кельзеном (*Kelsen H. Reine Rechtslehre*. Wien, 1960). Кельзен усиливает тезис Остина о том, что социальные факторы, которые не относятся к праву, отождествляемому с нормой, принятой в установленном порядке (идеология, представления о справедливости, оправданные ожидания, мораль и т.д.), выносятся за пределы юриспруденции и правовой деятельности. Соответственно, процесс нормотворчества, предполагающий «взвешивание» массы политических и идеологических факторов (интересов, идеологий и др.), является политическим, а не правовым и не может быть предметом изучения правовой науки. Однако, по Кельзену, деятельность по разрешению конкретных дел также является нормотворческой, что, соответственно, исключает ее из предмета юриспруденции. Таким образом, неудобные содержательные вопросы устраняются путем принятия методологического решения, приводящего к ограничению предмета исследования и исключающего из анализа любую социальную эмпирику.

² См.: *Wroblewski J.* Op. cit. P. 91, 97.

настку соответствующих разделов права¹. В действительности это означает отсутствие стимулов для теоретической разработки многих важнейших вопросов, имеющих существенное значение для разрешения споров. Соответствующие регуляторы остаются нерационализированными и неформализованными в необходимой степени, что и в самом деле не позволяет считать их правовыми. Разумеется, это отражается и на общем подходе к юридическому образованию, главной составляющей которого до настоящего времени является законоведение.

Все это в свою очередь оказывает негативное влияние на практику разрешения споров в судах. Невозможность (да и нежелание) опереться на критерии, которые могли бы быть предложены юридической доктриной, перемещает разрешение многих вопросов в сферу неформализованного судейского усмотрения, что, как не раз подчеркивалось в литературе, открывает для судейского корпуса широчайшие возможности для манипуляций, создает плодородную почву для злоупотреблений и коррупции. Это имеет тем более негативные последствия, чем менее в правосознании укоренены ценности и традиции гражданского общества, лежащие в основе состязательного судопроизводства и права в целом. *Стремление создать видимость следования основным ценностям юридического позитивизма приводит к обратному результату — снижению уровня формальной определенности и предсказуемости права, произвольности судебных решений.* А нестабильность правовых позиций участников оборота представляет собой одно из главных препятствий на пути эффективного экономического развития.

Марксистский тезис об экономической обусловленности права внешне противоречил позитивистской парадигме, однако, сформулированный в интерпретации П.И. Стучки и А.Я. Вышинского и получивший после проведенного 16–19 июня 1938 года «совещания по вопросам науки советского государства и права» господствующие позиции, он усилил эффект нормативистской концепции, позволив сделать не столь очевидной принудительность базовых начал и принципов частного права, допустив сколь угодно широкое и произвольное вмешательство государства в частную сферу. П.И. Стучка исходил из возможности познания объективных закономерностей экономики, что позволяло «корректировать» результаты юридически значимых действий субъектов. Это открывает перед публичной властью широкие возможности для того, чтобы оценивать действия участников оборота не на основании формальных критериев, а исходя из соображений экономической и политической целесообразности. Именно ослабление формализма права и его замещение представлениями определенных кругов о целесообразности и стали общей основой для «сплава» в официальном советском правопонимании, казалось бы, противоре-

¹ Особенно это касается разделов права, выделенных из частного права после первой дискуссии о системе советского права, — семейного права, трудового права.

ложных теоретических позиций. Поэтому вовсе не удивительно, что в таком прочтении тезис о зависимости правовой формы от экономики, предполагая инструментализацию права, его сознательное использование для решения определенных социально-экономических задач, требовал резкого повышения роли нормативного акта¹. Отметим, что на этих предпосылках была сформирована практика заключения на основе плановых заданий хозяйственных договоров и корреспондирующая ей концепция хозяйственного права.

Очевидно, что в таких условиях юридическая профессия в ее традиционном понимании, как деятельности, связанной с разрешением конфликтов между равными субъектами, оказывается невостребованной. Признание безусловной возможности издавать директивные указания о необходимости совершения участниками оборота тех либо иных трансакций (что, собственно, и описывается нормативистской парадигмой) делает необходимыми скорее услуги плановиков и милиционеров, а не юристов².

Обсуждение вопроса о реалистичности познания представителями государства объективных закономерностей экономики и построения на этой основе плановой экономики либо как минимум сознательной коррекции результатов стихийных рыночных процессов стало одной из центральных проблем экономической теории XX века³. Хотя дискуссию вряд ли можно считать завершенной, есть основания сомневаться в том, что возможно с достаточной степенью определенности предсказать результаты сознательного вмешательства в рыночный порядок, закрепляемый традиционной либеральной моделью частного права, не отягощенной идеями распределительной справедливости и социального обеспечения. В любом случае попытки подобного вмешательства на практике чаще предпринимаются по произвольным узкогрупповым основаниям и приводят к непредсказуемым в рамках экономической системы последствиям (не считая, разумеется, личной выгоды пролоббировавших данное решение групп).

¹ Подробнее см.: *Ем В.С., Третьяков С.В.* Применение марксистской методологии к анализу гражданско-правовой формы [Вступит. статья] // Аскназий С.И. Основные вопросы теории социалистического гражданского права. М., 2008. С. 30 и сл. (Серия «Классика российской цивилистики»).

² «Нетрудно показать, что идея безусловного повиновения внешнему нормоустанавливающему авторитету не имеет ничего общего с правовой формой. Достаточно взять предельно мыслимые и потому наиболее отчетливые примеры такой структуры. Пускай это будет хотя бы военный строй, где множество людей в своих движениях подчинены общему для них порядку, причем единственно активным и автономным началом является воля командира. Или другой пример: иезуитская община, где все члены слепо и беспрекословно выполняют волю руководителя. Достаточно вдуматься в эти примеры, чтобы прийти к выводу, что чем последовательнее проведено начало авторитарного регулирования, исключающего всякий намек на обособленную и автономную волю, тем меньше почвы для применения категории права» (Общая теория права и марксизм / Е.Б. Пашуканис. С. 47–48. Цит. по: *Ем В.С., Третьяков С.В.* Указ. соч. С. 24–25.

³ См.: *Беттел Т.* Указ. соч. С. 189–250, 397–419; *Мусес Л.* Социализм. Экономический и социологический анализ. М., 1994; Его же. Человеческая деятельность. Челябинск, 2008; *Уэрта де Сото Х.* Указ. соч.; *Хайек Ф.* Указ. соч.

Интересно, что основные аргументативные структуры, использованные в рамках официальной позиции советского правоведения о соотношении права и экономики, только уже в другой оболочке, сегодня вновь используются в ряде концепций для обоснования тезиса о возможности устранения классических частно-правовых догматических конструкций, ослабления формализма права (который, собственно, и представляет собой суть правовых гарантий юридического равенства, прав собственности, личной свободы) и для оправдания, по сути, произвольного государственного вмешательства в частную сферу.

Одним из таких течений сегодня является влиятельная в западной доктрине концепция *экономического анализа права*. В ее основе лежит известная теорема Коуза, выведенная на основе анализа проблемы экстерналий¹, согласно которой при отсутствии трансакционных издержек (т.е. издержек сверх цены товара, таких как усилия, необходимые для того, чтобы пойти в магазин и приобрести товар, издержки на поиск контрагента, на подготовку текста договора и т.п.) результатом переговоров сторон будет такое перераспределение прав, которое окажется эффективным (т.е. будет максимизировать стоимость) и одновременно не зависящим от лежащих в их основе юридических правил, определяющих в том числе первоначальное распределение прав. Разница будет лишь в том, что при переходе права приобретатель оплатит правообладателю его стоимость. Таким образом, независимо от первоначального распределения ресурсов их использование останется тем же самым и правообладателем будет тот, кто ценит это право выше.

Проблема, однако, заключается в том, что ситуация с отсутствием трансакционных издержек маловероятна, а это способствует закреплению неэффективного распределения ресурсов. С экономической точки зрения роль права и суда, по мнению основателей экономического анализа права Р. Коуза и Р. Познера, заключается в том, чтобы заменить собой отсутствующий рынок с нулевыми трансакционными издержками², поскольку, как им казалось, базовые формальные характеристики права могут быть выведены на основе экономического анализа. Это позволило бы непосредственно использовать экономическую эффективность как критерий для разрешения правовых споров в определенной ситуации. Соответственно, появляются основания для устранения формализма права, замены классических догматических конструкций частного права анализом и взвешиванием выгод и издержек.

В этой части экономической анализ права смыкается с другой не менее влиятельной как на Западе, так и в России доктриной, а именно так называе-

¹ Экстерналии — это экономические выгоды или издержки, возлагаемые на окружающих без согласия, компенсации или вознаграждения, в частности загрязнение воздуха промышленными предприятиями в городах, заставляющие людей увеличивать расходы на уборку, стирку, медицинские услуги; общее повышение уровня цен на недвижимость в районе, где был возведен привлекательный объект, и т.п.

² См.: Познер Р. Экономический анализ права. СПб., 2004. Т. 1. С. XII.

мой *юриспруденцией интересов*. Суть данной доктрины заключается в утверждении, что на основе познания социально-экономических закономерностей можно сформулировать критерии оптимального соотношения (сбалансированности) интересов сторон и на этой основе принимать законодательные и правоприменительные решения, позволяющие достичь наиболее эффективного с социальной точки зрения результата. Подчеркнем, что в настоящее время данная методология широко применяется в процессе правотворчества для обоснования тех либо иных законодательных решений, причем часто используется в качестве единственной, вытесняя иные способы аргументации. Действительно, часто основанием для принятия того либо иного нормативного акта являются исключительно декларации о необходимости защиты государственного интереса, интересов определенных групп населения и т.п.

Общность аргументативных структур данных теорий делает ряд критических доводов применимыми к ним обеим. Данные концепции схожи с рассмотренной выше теорией П.И. Стучки в главном, а именно в признании параллелизма (соответствия) права социально-экономической системе общества, познание закономерностей которой позволяет вносить коррективы в результаты стихийных рыночных процессов. Право рассматривается как инструмент достижения желаемого социально-экономического эффекта, соответствующего, по мнению законодателя либо правоприменителя, указанным выше закономерностям. Это в свою очередь легитимирует отказ от формализма права, не вытекающего прямо из содержания правовых норм, лишает правовую форму какой-либо автономии, упраздняя, по сути, юридические гарантии основ либеральной рыночной системы (юридическое равенство, неприкосновенность собственности, автономия воли). Вне зависимости от содержания отсылок к внеправовому контексту данные теоретические позиции позволяют пренебречь логикой правовой формы, обосновывая возможность принятия государственной властью норм (либо решений по конкретным делам) с произвольным содержанием.

Критики доктрины экономического анализа права подчеркивают невозможность четкого определения и измерения экономической эффективности, выгод и издержек того либо иного решения. Так, вряд ли поддается оценке субъективная ценность благ для их обладателей либо потенциальных приобретателей¹. Аналогичным образом не поддаются измерению трансакционные издержки,

¹ Отметим, что это признавал сам Р. Познер, указывая, что «нам неизвестны и, возможно, никогда не будут известны форма и высота индивидуальных кривых предельной полезности» (Posner R. Economic Analysis of Law, 345–346. Цит. по: Беттелл Т. Указ. соч. С. 436). Это может быть прекрасно проиллюстрировано на известном примере с фермером, отказавшимся продать Диснейленду за баснословные деньги участок земли. Неденежное удовлетворение, которое получал фермер, перекрывавшее предложенную Диснейлендом цену, демонстрирует невозможность оценки эффективности вне классических частно-правовых институтов права собственности и договора: лишь сам собственник способен оценить свое право, свободно соглашаясь на его отчуждение.

связанные с индивидуальной оценкой неудобств, которые сопровождают передачу права. В этой связи можно говорить об отсутствии средств для оценки экономической эффективности решения, учитывающего субъективную ценность благ для их обладателей либо потенциальных приобретателей. Поэтому попытки такой оценки в судебном заседании неизбежно остаются произвольными.

Попытка «объективной» оценки экономической эффективности предполагает установление гетерономных целей частной деятельности и критериев ее эффективности, что равносильно ликвидации основ частно-правовой системы, замене автономии воли участников оборота произвольными решениями государства о целесообразных социально-экономических результатах.

Аналогичные упреки в произвольности оценок могут быть предъявлены и методологии взвешивания интересов, особенно при использовании данной методологии неспециалистами в сфере социологии, к которым относятся в том числе и представители юридической профессии¹. Во-первых, следует указать на отсутствие однозначных критериев, позволяющих определить социальную значимость того или иного интереса либо целей. Во-вторых, в равной степени произвольной является процедура соотнесения разнонаправленных интересов, что свидетельствует о невозможности формирования бесспорных критериев оптимальности найденного соотношения. В-третьих, данная методология не позволяет учесть динамику социальных интересов и, соответственно, обеспечить актуальность обосновываемого таким образом правового решения в будущем. Ее логика предполагает необходимость изменения юридических конструкций при изменении связанных с ними типичных интересов.

Другим ограничением для применения отсылок к социально-экономическим факторам как основанию для правового решения (прежде всего на стадии законотворчества) является невозможность на основе дискуссии о вовлеченных в отношения интересах сформировать выводы о юридической конструкции, которая способна эффективно их обеспечить. Если исходить из того, что особенностью правовой системы является ее системность, то применимость юридических конструкций определяется их способностью адекватно встраиваться в систему взаимосвязанных элементов, каждый из которых не может быть устранен произвольным решением законодателя. Однако в рамках методологии взвешивания интересов выбор между различными правовыми решениями определяется лишь

¹ В качестве примера отсутствия необходимой квалификации укажем на господствующее в среде специалистов по трудовому праву мнение о том, что введение в законодательство дополнительных формальных гарантий положения работников приводит к усилению позиции последних, а потому соответствует их интересам. В достаточном количестве экономико-социологических исследований было убедительно показано обратное, а именно что в общественном масштабе усиление формальных гарантий, которые даются работникам, приводит к существенному росту безработицы. См.: *Мизес Л.* Бюрократия. С. 175 и сл.; *Вишневецкая Н.Т., Гимпельсон В.Е., Капелюшников Р.И.* Трудовое законодательство: анализ межрегиональных различий в практике правоприменения // *Правоприменение: теория и практика.* М., 2008.

их соответствием признанному приоритетным интересу, а потому является произвольным. Преимущества предлагаемого на этой основе правового решения перед любыми другими остаются невыясненными. Соответственно, применение рассматриваемой методологии определяет высокую вероятность принятия таких решений, которые будут чужеродны существующей правовой системе, а также будут противоречить логике правового института, разрушать единство его механизма, являться причиной неразрешимых проблем и дисфункций¹. Принятие адекватного правового решения в этой связи может быть лишь случайным либо основанным исключительно на здоровой интуиции законодателя.

Соответственно, методология взвешивания интересов не позволяет определить границы и условия применимости обоснованных с ее помощью законодательных решений. Остается невыясненным, насколько содержащаяся в законе юридическая норма является необходимой для правовой системы и, соответственно, что, кроме фактического соотношения интересов, может помешать законодателю ввести либо отменить ту либо иную норму². Это создает иллюзию неограниченности волюнтаризма законодателя.

Кроме того, следует отметить, что методология взвешивания интересов и экономического анализа права использует язык политики, социологии, экономики, т.е. во многом чуждый праву понятийный аппарат. В этой связи в рамках социологической аргументации неизбежно используются метаюридические критерии приемлемости правовых решений. Именно поэтому при помощи методологии взвешивания интересов можно сформировать лишь такие законодательные позиции, которые, будучи основанными на неюридических понятиях (как правило, по смыслу более крупных), будут недостаточно точными. Рассматриваемая методология, как правило, дает возможность сформировать лишь общее направление решения проблемы, некий общий принцип, грубую модель, которая требует «перевода» на язык права, конкретизации и приспособления к системе права, многообразию правоотношений и конкретных случаев. Использование неюридической терминологии, неюридических классификаций приводит к формированию неточных законодательных решений и, соответственно, высокой вероятности противоречий и дисфункций, которые, в частности, могут выражаться в невозможности осуществлять субъективные права, произвольности правоприменительных решений, неопределенности правового положения субъектов права либо вовсе полной неработоспособности предложенного решения на практике.

¹ Данный вывод подтверждается тем, что предлагаемые на такой основе законодательные решения часто носят характер исключений, специальных правил, особых правовых систем, т.е. таких конструкций, которые не интегрируются в правовой институт, а остаются по отношению к нему чужеродными.

² Отметим, что данный вопрос является частью более общей проблемы пределов вмешательства государства в частную сферу, границ применимости публично-правового метода в сфере частного права.

Наконец, в отсутствие догматического анализа методология взвешивания интересов обычно не позволяет спрогнозировать, в какой мере предлагаемое юридическое решение будет в действительности способствовать реализации тех либо иных интересов. Осмысленная дискуссия о соотношении интересов предполагает точное понимание механизмов влияния юридического института на общественные отношения и, соответственно, возможность с необходимой степенью точности предсказать социальный эффект. Между тем возможности таких предсказаний носят в существенной степени ограниченный характер¹.

Таким образом, метод «взвешивания интересов» и экономического анализа права фактически растворяет вопрос о праве во множестве разнообразных социально-экономических интересов и, скрывая наличие самостоятельных закономерностей и механизмов, связанных с правовой формой, создает иллюзию их отсутствия. В рамках данной методологии имеются широкие возможности для манипуляций доводами, концептуальных натяжек, интервенции практически любой аргументации, в том числе весьма далекой от логики права². Это способно легитимировать государственную власть (либо, что хуже, отдельных должностных лиц) на произвольные законодательные либо правоприменительные решения исходя из соображений целесообразности, на любое вмешательство в сферы, традиционно относимые к автономно-волевым, на устранение основ либеральной рыночной системы и корреспондирующей ей классической системы частного права. Именно ослабление формализма права для реализации тех либо иных представлений о целесообразности объединяет указанные концепции. По сути, это означает устранение самого права и делает юридическую профессию невостребованной.

Может показаться трюизмом утверждение, что юридическая профессия востребована в обществе в той мере, в какой уважается само право. Между тем оказывается, что оно верно далеко не для всех интерпретаций права, а лишь для тех, которые основаны на признании автономии правовой формы (формализма права), понимании права как специфической институциональной предпосылки либеральной рыночной системы как системы разрешения конфликтов между равными субъектами на основе общих (формальных) правил.

Именно невозможность ни для одной из сторон навязать свою волю другой стороне порождает специальный механизм судопроизводства, в рамках которого были рационализированы и конкретизированы правила, составляющие

¹ Разумеется, это не исключает определенных предсказаний общего характера об эффекте введения того либо иного юридического института. Между тем необходимо осознавать принципиальные ограничения предсказуемости событий в обществе (об этом см. выше).

² Хорошей иллюстрацией к сказанному является уже цитировавшаяся нами работа Б. Мольтке, изобилующая натяжками в части, посвященной анализу вовлеченных в отношения интересов, и легко допускающая противоположные оценки и выводы. См.: *Moltke B. Op. cit.* S. 111–147.

систему частного права. Возможность рационального поведения с предсказуемым эффектом в отсутствие возможностей прямого давления одного участника оборота на другого требует четких правил взаимодействия, что исторически стимулировало их формализацию в деятельности судов. Только в условиях равенства сторон существует сама потребность в системе абстрактных формальных правил как основе для разрешения конфликтов между автономными субъектами. Наоборот, чем сильнее доминирование одного субъекта над другим (в том числе и государства), тем меньше оснований для конфликтов, тем менее востребованной является система таких правил и, наоборот, тем больше появляется предпосылок для замещения права целесообразностью.

Отсюда очевидна взаимосвязь данного правопонимания с либеральным общественным устройством, основанным на признании юридического равенства граждан, неприкосновенности собственности (обозначающей, по сути, сферу индивидуальной автономии, в том числе и от государства), автономии воли и свободы договора как следствия неприкосновенности собственности. Классическое частное право является следствием и одновременно институциональной предпосылкой либеральной рыночной системы. Содержание и функции частного права не определяются законодателем, а производны от логики отношений между автономными участниками оборота. Именно этим обусловлена автономность логики частного права от государства.

Именно поэтому частное право исторически не связано с нормотворческой деятельностью государственной власти, а является скорее результатом усилий судов, направленных на отыскание укорененных в обществе правил взаимодействия между равными и автономными собственниками. Поэтому, строго говоря, для частного права не является критической фиксация правил поведения в нормативном акте. В любом случае законодатель неспособен предусмотреть все вариации частных отношений, а потому частное право неизбежно остается открытой структурой, которая не может быть редуцирована к произвольной государственной воле. Неизбежно остаются не урегулированные нормативным актом области, требующие от независимых судов усилий по «отысканию права». Именно это не позволяет юристу быть лишь законоведом, но требует от юриспруденции и судебной практики формализации не редуцируемых государству правоформирующих факторов, понимания внутренней автономной логики права, формирования системы догматических конструкций, т.е. формирования такой системы права, которая, собственно, и позволяет рассматривать его в качестве гарантии либерального общественного устройства. Понимаемый таким образом юридический формализм позволяет праву быть автономным от сиюминутных представлений тех либо иных кругов (в том числе государства) о текущей целесообразности. Как представляется, именно функция обеспечения юридического формализма и делает юридическую профессию социально востребованной и уважаемой. Другими

словами, юридическая профессия в полной мере становится необходимой лишь в рамках либеральной рыночной системы.

Наоборот, чем последовательнее в обществе реализовано авторитарное начало, чем хуже защищена собственность и, соответственно, чем уже сфера автономии граждан, тем меньше оснований для формирования классической частно-правовой системы. Здесь более уместными становятся произвольные представления о целесообразности, усмотрение государственного чиновника, директивные указания государственной власти и интерпретация права как эманации государственной воли. Для реализации такого права нужны не правоведы, а скорее законоведы и милиционеры. Проблема, однако, заключается в том, что такая система оказывается социально неэффективной и нежизнеспособной.

Таким образом, важно понимать взаимосвязь определенных теоретических позиций в правоведении с корреспондирующими им моделями социального устройства. Теоретический дискурс, определяя допустимые способы аргументации правовых решений, в достаточной мере влияет на процессы законотворчества, практику разрешения споров и, соответственно, на функции права и роль юриста в социальной системе. Поэтому в условиях господства нормативистского мировоззрения вряд ли следует удивляться тем социальным функциям, выполнения которых ожидают от представителей юридической профессии.

В этой связи состояние юридического дискурса может стать существенным препятствием для модернизации российского общества. Нормативистская парадигма, создавая у законодателя ощущение вседозволенности, иллюзию применимости методов публичного права к частной сфере, стимулирует принятие нормативных актов, создающих условия для глубокого и произвольного вмешательства в частно-правовые позиции. Сведение права к нормативному акту, кроме того, смещает акценты в анализе оснований социальных проблем, создавая впечатление, что любая проблема может быть решена посредством принятия соответствующего закона. Между тем иные причины социальных дисфункций (в том числе связанные с несовершенством судебной системы) механизма правоприменения не учитываются.

Наконец, отношение к юридической практике как к процессу механического применения предписаний нормативных актов, а к юриспруденции как к законоведению, отказ от догматической проработки существенных для разрешения споров вопросов, не урегулированных нормативными актами, перемещает важнейшие аспекты практики разрешения споров в область ничем не стесненного судейского усмотрения. Это создает условия для злоупотреблений и коррупции, для давления на судейский корпус со стороны государства и, по сути, лишает либеральную модель экономики одного из важнейших условий ее существования.

Ю. Демешева,

старший преподаватель кафедры административного права факультета права ГУ — ВШЭ

ПРЕСТИЖ ПРОФЕССИИ ЮРИСТА ВО ФРАНЦИИ И В ГЕРМАНИИ

Вопрос о популярности в России юридической профессии изучается не впервые. Время от времени в прессе можно встретить упоминания о различных исследованиях (в первую очередь социологических), показывающих стабильный интерес наших сограждан к профессиям, связанным с правовой сферой. По данным опроса, проведенного Всероссийским центром изучения общественного мнения (ВЦИОМ) 3–4 июня 2006 года, самой престижной в России является профессия юриста — ей отдали предпочтение 28% респондентов. На втором месте экономисты и финансисты — 20%.

Эти же профессии были названы и самыми доходными: сферу юриспруденции считают самой доходной 23% респондентов, предпринимательство — 20%, работу экономиста — 12%, банковского служащего — 14%.

Отвечая на вопрос, какой род занятий они предпочли бы для своих детей, большинство опрошенных назвали работу в юридической сфере.

Можно утверждать, что подобное отношение к юридической профессии имеет многовековую историю. Как отмечает Е. Браун, в Древней Греции и Риме наибольшей популярностью пользовалась профессия адвоката. Адвокатской практикой занимались столь знаменитые люди, как Цицерон, Гай и Тиберий Гракхи. Основной причиной популярности этой профессии было то, что она обеспечивала своему обладателю самую широкую известность.

Фактически профессия адвоката в Древней Греции и Риме ценилась не сама по себе, а как необходимая ступень к карьере публичного политика. Недавно наградой за блистательное выступление в суде мог стать не только гононар, но и хвалебное стихотворение, написанное знаменитым поэтом.

Античные адвокаты находились в несравненно более выгодном положении, чем их современные коллеги, ведь в те времена не существовало ни судебно-медицинской экспертизы, ни детально разработанной судебной процедуры, а для ведения адвокатской практики достаточно было владеть всеми приемами красноречия. В Древнем Риме сам исход судебного процесса зависел в основном от ораторского искусства адвокатов.

Пrestиж адвоката в античную эпоху был столь велик, что даже после падения Римской империи в V веке н.э. профессия юриста продолжала оставаться одной из самых уважаемых. Так, на юридических факультетах средневековых

университетов искусство составления судебных речей изучалось именно на примере выступлений знаменитых античных юристов.

В плане популярности профессии юриста наследницей Греции и Рима в полной мере является Англия. На Британских островах профессия адвоката остается одной из самых популярных и по сей день. Уже в XV веке каждый уважающий себя состоятельный человек пользовался услугами собственного юриста, которому платил немалые деньги. Дело в том, что система землевладения в Англии всегда была чрезвычайно запутанной, поэтому при желании можно было оспаривать в суде права владения любого человека, за исключением разве что короля. Даже в XIX столетии в рамках только земельного права существовало несколько десятков юридических специальностей, а в наши дни в Англии процент юристов больше, чем в любой другой европейской стране¹.

Почтительное отношение к юридической профессии наблюдалось и в других европейских странах, например в Италии. Любопытный факт: отец Леонардо да Винчи был нотариусом и мечтал, чтобы сын унаследовал его профессию. Однако это было невозможно, поскольку, по мнению биографов, будущий гений был незаконнорожденным. В Италии XV века незаконнорожденные не могли стать ни юристами, ни врачами. По этой причине отец предложил Леонардо да Винчи выбрать профессию художника — не самую уважаемую в то время.

Возвращаясь к вопросу об отношении к юристам в России, стоит заметить, что престиж любой профессии во многом зависит от того, насколько оправдываются ожидания людей, сталкивающихся с представителями данной профессии. Представление о типичном юристе формируется в общественном мнении под влиянием средств массовой информации, литературы, кинематографа. Таким образом, на российскую действительность зачастую *проецируются западные модели*, что, на наш взгляд, не всегда является оправданным. В деле профессиональной подготовки юристов, повышения их квалификации и проверки профессиональной пригодности Россия делает пока только первые робкие шаги, тогда как в большинстве европейских стран давно налажены четкие многоступенчатые системы оценки и повышения уровня профессиональной квалификации юристов. По сути, процесс обучения не прекращается в течение всей профессиональной деятельности судей, нотариусов, адвокатов и других представителей юридических профессий.

И это понятно. Современную Европу немислимо представить без юристов, которые, с одной стороны, обеспечивают функционирование государственного аппарата, а с другой — служат гарантами защиты и реализации прав граждан, в том числе от государственных злоупотреблений.

¹ См.: Браун Е. Престижные профессии прошлых веков // Управление персоналом. 2001. № 2.

Осуществление этих важных функций невозможно без качественного образования и высокого профессионального ценза при допуске к профессии.

В связи с этим особенно интересно изучить опыт двух стран: Франции и Германии.

Франция может служить хорошим примером серьезного и уважительного отношения к юридической профессии. В этой стране именно государство берет на себя функции контроля за образовательным и профессиональным уровнем юристов. Особая роль в популяризации юридических профессий и информировании граждан об особенностях работы юристов на различных должностях принадлежит Министерству юстиции (*ministère de la Justice*).

Так, 29 марта 2008 года в здании Торгового трибунала Парижа Министерство юстиции организовало и провело Форум профессий в сфере права и правосудия (*Forum des métiers de la Justice et du droit*), в работе которого приняли участие служащие министерства, преподаватели лучших юридических вузов страны, а также специалисты различных отраслей права и юристы, работающие в сфере правосудия. Адвокаты, судьи, секретари суда, судебные приставы, поверенные, нотариусы — более 80 представителей всех существующих во Франции юридических профессий встречались на Форуме со студентами, чтобы помочь им найти свой путь в изучении права.

Интерес к данному мероприятию был огромный. Форум посетили около 14 тысяч человек, в первую очередь, конечно, те молодые люди, которые собрались посвятить жизнь профессии юриста. Во время работы Форума они получили возможность сопоставить свои ожидания с реальными профессиональными требованиями и необходимым уровнем образования. Будущим юристам было предложено принять участие в работе юридических фирм, специализирующихся в уголовном, семейном, предпринимательском, налоговом праве, а также в других отраслях права. А профессиональные юристы на реальных примерах демонстрировали тонкости своей профессии. Все это, безусловно, помогло студентам сделать осознанный выбор в пользу той или иной юридической специальности.

Итак, Министерством юстиции Франции в число юридических профессий были включены:

- судьи (*juges*);
- прокуроры (*procureurs*);
- адвокаты (*avocats*);
- секретари суда (*greffiers*);
- служащие судебной полиции (*officiers et agents de police judiciaire*);
- судебные исполнители (*huissiers de justice*);
- поверенные (*avoués*);
- судебные эксперты (*experts judiciaires*);
- управляющие спорным имуществом и уполномоченные представители

кредиторов неплатежеспособного предприятия (*administrateurs judiciaires et mandataires liquidateurs*);

- нотариусы (*notaires*);
- оценщики на аукционах (*commissaires priseurs*);
- судебные консультанты (*conciliateurs de justice*);
- арбитры по гражданским делам (*médiateurs civiles*);
- арбитры по уголовным делам (*médiateurs pénales*);
- помощники судей (*assistants de justice*).

Кроме того, к юридическим профессиям, безусловно, можно отнести профессии следователя, частного юриста, преподавателя права, поскольку их носители имеют юридическое образование и непрерывно занимаются правом.

Доступ к большинству из перечисленных профессий во Франции является *многоступенчатым* и связан с соблюдением ряда условий и требований, касающихся гражданства, образования и даже морального облика соискателей.

Наиболее важное требование в отношении образования, обеспечивающее высокий профессиональный уровень юристов и повышающее степень доверия и уважения к юридической профессии в обществе, заключается в том, что помимо высшего юридического образования необходимо получить еще дополнительное профессиональное образование по выбранной специализации. Выполнение этого условия дает возможность претендентам на юридические должности приступать к самостоятельной профессиональной деятельности сразу после получения диплома, поскольку к моменту завершения образования они обладают не только необходимыми теоретическими знаниями, но и практическими навыками профессиональной деятельности.

Стоит отметить, что подобные требования существуют не во всех европейских странах. К примеру, в Германии высшее юридическое образование основано на другом принципе: все юридические вузы готовят так называемого *унитарного юриста*, способного работать в любой области юриспруденции и выполнять любую работу, будь то работа судьи, адвоката, нотариуса или государственного служащего. Конкурса на поступление в юридический вуз не существует. Большинство школьников получают аттестат зрелости, позволяющий им в дальнейшем учиться в высших учебных заведениях по выбранной специальности.

В Германии более 40 факультетов юриспруденции. Срок обучения составляет 6–8 лет со сдачей двух государственных экзаменов. В течение всего времени обучения студент изучает исключительно теоретические дисциплины и ни в чем не специализируется. Специализация фактически появляется уже после второго государственного экзамена, когда выпускник начинает работать в какой-либо организации.

На протяжении первых четырех лет студент изучает гражданское, уголовное и публичное право (более специализированные дисциплины, такие как,

например, трудовое или социальное право, не изучаются), после чего пишет восемь контрольных работ и сдает первый государственный экзамен.

В случае его успешной сдачи студент проходит оплачиваемую стажировку — референдарият — два года практического изучения различных юридических профессий: шесть месяцев в суде, четыре месяца в прокуратуре, четыре месяца в социальной сфере и т.д. После окончания стажировки студент пишет восемь контрольных работ и сдает второй государственный экзамен. Если экзамен сдан успешно, выпускник может работать в любой сфере юриспруденции.

Главный минус «унитарного юриста» в том, что на самом деле он не в состоянии сразу начать самостоятельную практику, так как не обладает специальными навыками и знаниями.

Во Франции, как мы уже говорили, такой проблемы не существует благодаря условию о дополнительном профессиональном образовании для каждой юридической специальности.

Остановимся теперь более подробно на требованиях, предъявляемых к основным юридическим профессиям: судьи, прокурора, нотариуса и адвоката, и особенностях их профессиональной деятельности во Франции и Германии.

Судья

Сфера правосудия является чрезвычайно важной для Франции. По официальным данным Министерства юстиции, в бюджете Франции на 2008 год на осуществление правосудия было выделено 6,519 млрд евро¹.

Система французского правосудия подразделяется на два основных направления: осуществление судопроизводства в общем порядке (*Juridictions de l'ordre judiciaire*) и осуществление административного судопроизводства (*Juridictions de l'ordre administratif*). Таким образом, в систему французских судов входят 1415 судов общей юрисдикции и 45 административных судов².

Система общих судов включает в себя Кассационный суд, апелляционные суды и суды, рассматривающие различные категории дел по первой инстанции.

Кассационный суд (*Cour de cassation*), возглавляющий систему общих судов, после реформы 1967 года включает в себя шесть палат — пять по гражданским делам и одну по уголовным.

Апелляционные суды (*Cours d'appel*) во Франции ныне насчитывают 30 апелляционных судов на континенте, юрисдикция которых распространяется на территорию нескольких департаментов (от двух до четырех), и пять

¹ URL: <http://www.justice.gouv.fr>.

² URL: <http://Annuaire statistique de la Justice>. Paris: Édition, 2007.

апелляционных судов, действующих в заморских территориях Франции. В апелляционных судах имеется, как правило, несколько палат по гражданским и по уголовным делам, а в некоторых выделены также палаты по торговым делам и по социальным вопросам.

Суды первой инстанции подразделяются применительно к разбирательству гражданских дел на 181 трибунал большого процесса (Tribunaux de grande instance) и 473 трибунала малого процесса (Tribunaux d'instance), а применительно к разбирательству уголовных дел — на суды присяжных (Cours d'assises), исправительные трибуналы (Tribunaux correctionnels) и полицейские трибуналы (Tribunaux de police).

Существуют также два высших апелляционных трибунала (Tribunaux supérieurs d'appel).

В систему общих судов в качестве специализированных подразделений входят 156 учреждений юстиции по делам несовершеннолетних (Juridictions pour mineurs). Судьи по делам несовершеннолетних назначаются на три года из числа судей трибунала большого процесса.

К системе общих судов на уровне трибуналов малого процесса примыкает ряд судебных учреждений, специализирующихся на разбирательстве определенных категорий дел. К их числу относятся торговые трибуналы (Tribunaux de commerce), советы прюдомов (Conseils de prud'hommes), трибуналы по социальным делам и социальному обеспечению (Tribunaux des affaires de sécurité sociale), паритетные трибуналы по земельной аренде (Tribunaux paritaire des baux ruraux) и т.д. Из них наибольшее значение имеют торговые трибуналы и советы прюдомов.

Торговые трибуналы (Tribunaux de commerce) (их насчитывается 185) состоят из трех судей — консулов. Последние избираются на два-три года по весьма сложной системе из лиц, занимающихся коммерческой деятельностью либо представляющих промышленные или торговые компании.

271 совет прюдомов (Conseils de prud'hommes), т.е. безукоризненно честных людей, уполномочены разрешать конфликты, связанные с заключением, исполнением и расторжением индивидуальных трудовых договоров. Советы состоят из советников — представителей предпринимателей и работников. Высший совет прюдомов — консультативный орган при министре юстиции и министре труда. Советники не имеют юридического образования и не являются профессиональными судьями.

Таким образом, судейский корпус судов общей юрисдикции Франции представляет собой следующую систему:

- члены кассационного суда (membres de la Cour de cassation):
 - первый президент (premier president);
 - президент палаты (président de chambre);
 - консультанты (conseillers);

- докладчики, имеющие совещательный голос (conseillers référendaire);
 - аудиторы (auditeurs);
 - члены апелляционных судов (membres des Cours d'appel):
 - первый президент (premier president);
 - президент палаты (président de chambre);
 - консультанты (conseillers);
 - члены трибуналов большого процесса (membres des Tribunaux de Grande Instance):
 - президент (président);
 - вице-президент (vice-président);
 - первый судья (premier juge);
 - судьи (juges):
 - судьи по движению дела (juges de la mise en état);
 - судьи по исполнению наказаний (juges de l'application des peines);
 - судьи по семейным делам (juges aux affaires familiales);
 - судьи по делам несовершеннолетних (juges des enfants);
 - судьи по исполнению судебных постановлений (juges de l'exécution) и т.д.;
- члены суда малой инстанции (juges d'instance)¹.

Совершенно особое место, вне системы общих судов, занимает Высокий суд правосудия (Haute Cour), который избирается обеими палатами парламента в равном количестве из их членов (по 12 судей и по шесть их заместителей). В соответствии с Конституцией Франции 1958 года Высокий суд правосудия создается для рассмотрения уголовных дел по обвинению президента страны в государственной измене, а также министров — в совершении тяжких преступлений и уголовных деликтов при исполнении служебных обязанностей.

Независимо от системы общих судов существует самостоятельная система органов административной юстиции. В них рассматриваются жалобы на действия и акты органов государственного управления, затрагивающие права и интересы частных лиц.

Возглавляет систему административной юстиции Государственный совет (Conseil d'État), который одновременно является совещательным органом при правительстве Франции.

Основную массу жалоб на действия и акты органов управления и должностных лиц по первой инстанции рассматривают 36 административных трибуналов (Tribunaux administratifs).

В 1987 году было создано пять административных апелляционных судов (Cours administratives d'appel), в настоящее время их количество увеличилось

¹ URL: <http://www.vosdroits.service-public.fr>.

до восьми. В эти суды поступают апелляционные жалобы на решения административных трибуналов¹.

Статус судей во Франции регулируется двумя законами, принятыми 5 февраля 1994 года: Законом о Высшем совете магистратуры² и Законом о статусе магистратуры³. Должность судьи здесь, равно как в Италии и Испании, является назначаемой по результатам конкурса.

К участию в конкурсе на должность судьи допускаются граждане Франции не моложе 27 лет, имеющие высшее юридическое образование, высокий моральный облик и не привлекавшиеся к уголовной ответственности.

Конкурс проходит в три этапа. Первый — экзамены по гражданскому, уголовному или публичному праву, общей культуре, а также сочинение. Второй — экзамены по языку, гражданскому процессуальному, торговому, трудовому, уголовному или публичному праву либо праву социальной защиты. Последний этап — это собеседование с комиссией, в которую входят семь экзаменаторов (судьи и профессора университетов). Вопросы на собеседовании не ограничиваются правовой сферой и могут касаться любых тем. Важно отметить, что конкурс является чрезвычайно сложным: ежегодно из 2500–3000 участников его проходят не более 100–150 человек⁴.

Претенденты, выдержавшие все испытания, поступают в Национальную школу магистратуры (École Nationale de la Magistrature) в Бордо на программу дополнительной углубленной подготовки. Претенденты на должности судей административных судов проходят подготовку в Национальной административной школе — École nationale d'administration⁵.

Национальная школа магистратуры — единственное во Франции учебное заведение, имеющее право на профессиональную подготовку судей судов общей юрисдикции и прокуроров. Ежегодно школа принимает около 200 учащихся, а всего с момента ее создания в 1958 году в ней прошли обучение в общей сложности 6400 действующих судей⁶. Программа углубленного обучения рассчитана на 31 месяц. Сразу после зачисления учащиеся приносят присягу, в которой обязуются не разглашать судебную тайну, и получают статус судебных слушателей (auditeurs de justice). Они становятся членами судейского корпуса, и им присваивается индивидуальный номер. Статус слушателей позволяет учащимся участвовать в деятельности судов и совершать юридически значимые действия под надзором судей. Такие профессиональные стажиров-

¹ См.: Судебная система Франции. М.: ТАСИС, 2001. Более подробно см.: www.justice.gouv.fr, www.vosdroits.service-public.fr.

² «Loi organique no 94-100 du 5 février 1994 sur le Conseil supérieur de la magistrature».

³ «Loi organique no 94-101 du 5 février 1994 modifiant l'ordonnance no 58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature».

⁴ URL: <http://www.metiers.justice.gouv.fr>.

⁵ URL: <http://www.ena.fr>.

⁶ URL: <http://www.enm.justice.fr>.

ки и учебные занятия чередуются в течение всего времени обучения. Стажировки, которые проходят непосредственно в судах, называются внутренними, а есть еще внешние, не связанные с функционированием судебной системы, они проводятся на предприятиях, в муниципальных образованиях, в мэриях, в префектурах и т.д.

Обучение начинается с 13-недельной внешней стажировки.

Следующие 7 месяцев слушатели изучают историю суда, деонтологию (правила профессиональной этики), судебную медицину, психиатрию и другие дисциплины, а также, разбившись на рабочие группы, знакомятся с деятельностью судей на примере конкретных дел и реальных судебных протоколов.

Во время практики внутри судебной системы слушатели обязаны не менее шести недель провести на каждой из судебных должностей (в судах, прокуратуре, специальных судебных учреждениях). Также считается полезным поучаствовать в работе органов, с которыми суды тесно взаимодействуют: полиции, жандармерии, учреждений системы исполнения наказаний, комиссий по делам несовершеннолетних. Обучение будущих судей заканчивается двухмесячной стажировкой в адвокатском образовании. Причем речь идет о реальном осуществлении адвокатской деятельности, вплоть до ведения дела и представления интересов клиента в суде.

По результатам сдачи экзаменов выпускникам присваивается определенная квалификация, в соответствии с которой они могут выбрать свою первую судебную должность из перечня, предоставленного Министерством юстиции¹.

Средний возраст начала карьеры судьи во Франции — 28 лет, пенсионный возраст наступает в 65 лет.

Судьи системы общих судов назначаются на свои должности декретом президента Республики: должностные лица Кассационного суда и первые председатели апелляционных судов — на основании рекомендации Высшего совета магистратуры, остальные судьи — по представлению министра юстиции с положительным заключением Высшего совета магистратуры.

Судьи административных судов назначаются из числа выпускников Национальной административной школы правительственными декретами по представлению министра внутренних дел, согласованному с министром юстиции.

Конституция Франции 1958 года (ст. 64) провозглашает принцип несменяемости судей общей компетенции. Судью может сместить лишь Высший совет магистратуры в связи с серьезным проступком или тяжелым заболеванием. Без согласия Совета судья не может быть перемещен со своей должности, даже если речь идет о продвижении по службе.

Таким образом, получить профессию судьи во Франции чрезвычайно

¹ URL: <http://www.metiers.justice.gouv.fr>.

сложно — от кандидата требуются серьезные усилия и неординарные способности. В результате судей не хватает, а судебная система в целом отличается медлительностью, что вызывает недовольство граждан и несколько снижает популярность профессии судьи.

В Германии, как уже отмечалось, должность судьи доступна для любого «унитарного юриста». До недавнего времени главным критерием при отборе кандидата служили его оценки во время учебы и при сдаче экзаменов. В настоящий момент введено дополнительное испытание, целью которого является не проверка юридических знаний кандидата, а определение его социальной компетентности: кандидат приглашается на целый день в суд, где ему предлагается поучаствовать в решении самых разных проблем, и в результате выбираются уже лучшие из лучших. Интересно отметить, что в целях обеспечения принципа независимости судей в Германии не существует процессуальных сроков рассмотрения дел — это отдается на усмотрение самого судьи. Тем не менее судья в год рассматривает около 700–800 дел, что в среднем составляет 3–4 дела в день.

Прокурор

Наиболее близкими по статусу к представителям судебского корпуса являются должностные лица прокуратуры: и те и другие именуется магистратами. Они получают одинаковую профессиональную подготовку в Национальной школе магистратуры и в ходе своей карьеры нередко переходят из прокуроров в судьи и обратно. Прокуратура во Франции представляет собой централизованную *систему* органов, находящуюся под руководством министра юстиции:

- члены трибуналов большого процесса (membres des Tribunaux de Grande Instance):
 - прокурор республики (procureur de la république);
 - помощник прокурора (procureur adjoint);
 - первый заместитель прокурора (premier substitute);
 - заместитель прокурора (substitutes);
- члены апелляционных судов (membres des Cours d'appel):
 - генеральный прокурор (procureur general);
 - первый генеральный адвокат (premier avocat general);
 - генеральные адвокаты (avocats general);
- члены Кассационного суда (membres de la Cour de cassation):
 - генеральный прокурор (procureur general);
 - первый генеральный адвокат (premier avocat general);
 - генеральные адвокаты (avocats general).

Генеральный прокурор находится в непосредственном подчинении министру юстиции и вправе давать указания всем должностным лицам прокуратуры. Под его надзором находятся также все должностные лица судебной полиции.

Нотариус

К наиболее престижным из несудебных профессий во Франции относится профессия нотариуса, которая занимает особое место среди других юридических профессий. В соответствии со ст. 1 Постановления Правительства Франции от 2 ноября 1945 года № 45-2590¹ нотариус — это установленная государством должность и ее обладатель наделен правом удостоверять юридические акты и сделки, которым стороны обязаны или хотят придать аутентичную юридическую форму. Под аутентичностью во Франции понимается удостоверение нотариусом подлинности актов и соглашений, которые ему предоставляются.

В силу высокой престижности этой профессии получить доступ к ней во Франции довольно сложно. Стать нотариусом во Франции может только гражданин Франции:

- не привлекавшийся к уголовной ответственности за преступления против морали и нравственности;
- не привлекавшийся к дисциплинарной или административной ответственности, повлекшей за собой увольнение, отстранение от должности, исключение из реестра какой-либо организации или корпорации, отзыв агемана или разрешения;
- не являющийся банкротом и не участвующий в качестве ответчика в делах о неисполнении кредитных обязательств.

Для лиц, отвечающих указанным требованиям, существуют два пути допуска к профессии нотариуса: университетский и профессиональный.

Университетский путь предполагает получение степени магистра права по специальности «Нотариат» или иного диплома, признанного равнозначным для получения профессии нотариуса совместным решением министра юстиции и министра, ведающего высшим образованием, и прохождение профессиональной стажировки. Для этого лицо, получившее степень бакалавра в области права, должно поступить на магистерскую программу по специальности «Нотариат», а после получения диплома магистра пройти двухгодичную профессиональную стажировку.

Первые 6 месяцев занимает внешняя стажировка при специалистах и в организациях, не имеющих отношения к нотариальной деятельности (адвокаты,

¹ «Ordonnance n°45-2590 du 2 novembre 1945 relative au statut du notariat».

аудиторы), государственных учреждениях, юридических службах компаний и т.д., поскольку стажировка вне нотариата считается достаточно полезной. Также поощряется прохождение части стажировки за рубежом, в том числе в странах системы общего права, чтобы стажер мог познакомиться с правовыми системами различных государств объединенной Европы. Оставшееся время стажировки претендент на должность нотариуса проводит в нотариальной конторе. Одновременно с этим он продолжает свое обучение на юридическом факультете в течение дополнительных четырех семестров. Сдав экзамены по программам обучения и стажировки, выпускник получает диплом нотариуса, который предоставляет ему право заниматься профессиональной нотариальной деятельностью.

Лица, выбравшие второй — профессиональный — путь, также должны быть зачислены на магистерскую программу, однако уже после первого года обучения они сдают экзамены и поступают в образовательный центр, где проходят ускоренную подготовку, включающую в себя теоретический курс, практические занятия и двухмесячную предварительную профессиональную стажировку. После годичного курса ускоренного обучения слушатель получает диплом, подтверждающий его профессиональную пригодность к исполнению полномочий нотариуса, и направляется на двухгодичную оплачиваемую стажировку. В течение этого времени стажер обязан продолжать посещать семинарские занятия в образовательном центре. По окончании стажировки учащийся получает сертификат, позволяющий ему самостоятельно заниматься нотариальной деятельностью¹.

Лица, которые приобрели профессиональные навыки для исполнения полномочий нотариуса, но *не имеют университетского диплома*, тем не менее могут получить эту должность. Для этого необходимо проработать не менее девяти лет при нотариусе, в том числе не менее шести лет первым помощником.

Компетенция нотариуса во Франции достаточно велика. Он играет ведущую роль в правовом сопровождении сделок с недвижимостью, самостоятельно занимаясь проверкой всего фактического состава, необходимого для совершения сделки. Значительна роль нотариуса также в оформлении и защите имущественных прав в семье, наследственных прав и т.д.

Нотариусы объединяются в региональные советы на уровне отдельных апелляционных судов, которые в свою очередь образуют Высший совет нотариата Франции. Государство, в лице прежде всего Министерства юстиции, активно участвует в регулировании вопросов организации нотариальной деятельности, определении численности нотариального корпуса и решении ряда других вопросов, не вмешиваясь вместе с тем в существо нотариального производства².

¹ URL: <http://www.metiers.justice.gouv.fr>.

² См.: *Зайцева Т.И., Галеева Р.Ф., Ярков В.В.* Настольная книга нотариуса. М., 2003.

В Германии нотариусы назначаются на должности министром юстиции и в своем статусе практически приравнены к судьям.

Право на занятие должности нотариуса имеет гражданин Германии, обладающий академической подготовкой и университетским дипломом, а также успешно окончивший подготовительные курсы, сдав два квалификационных экзамена.

Нотариус в Германии занимается подготовкой и удостоверением документов, обладающих большей доказательственной силой, нежели документы, подписанные частными лицами. Компетенция нотариуса в Германии достаточно обширна и отражена в целом ряде законодательных актов, прежде всего в Германском гражданском уложении. Нотариусы заверяют и свидетельствуют документы, а также подписи лиц и копии с документов; удостоверяют подлинность управомочия на представительство; принимают клятву, клятвенное заверение, снимают показания под присягой; занимаются хранением и доставкой документов и ценностей третьим лицам; совершают ряд других нотариальных действий. Наибольший объем работы нотариуса занимает правовое обеспечение сделок с недвижимостью, удостоверение брачных договоров, предварительных договоров, в том числе договоров о создании акционерных обществ и обществ с ограниченной ответственностью, и т.д. Немецкие нотариусы в конечном счете становятся защитниками потребителей, так как выступают гарантами чистоты сделки с юридической точки зрения.

Нотариусы объединяются в нотариальные палаты, являющиеся корпорациями публичного права. Отдельные нотариальные палаты объединяются на федеральном уровне в Федеральную нотариальную палату Германии. Палаты создаются в силу закона, поэтому они не могут быть распущены решением своих членов. Внутренняя деятельность палаты регламентируется ее уставом, который принимается членами нотариальной палаты.

Нотариальная палата рассматривается как часть системы государственного управления, поскольку ей переданы публичные полномочия, в силу чего она подлежит государственному контролю и должна ежегодно представлять отчет о своей деятельности в органы юстиции. Кроме того, последние вправе потребовать отчета по какому-либо частному поводу, если это вызвано сообщениями государственного контроля. Нотариальная палата является как контрольным, так и сословным органом, представляя собой объединение нотариусов. Поэтому ее задачами является не только осуществление контрольных полномочий, но и решение вопросов, связанных с общепрофессиональной деятельностью¹.

¹ См.: Зайцева Т.И., Галеева Р.Ф., Ярков В.В. Указ. соч.

Адвокат

Правое положение адвокатов во Франции определяется двумя основными нормативными актами: Законом от 31 декабря 1971 года № 71-1130, регулирующим реформирование некоторых судебных и правовых профессий¹, и Декретом от 27 ноября 1991 года № 91-1197, организующим профессию адвоката².

Эти нормативные акты полностью изменили систему адвокатуры во Франции, сократив количество юридических профессий и установив единые профессиональные стандарты. С этой целью были созданы специальные образовательные учреждения — региональные центры профессиональной подготовки адвокатов (CRFPA — centres régionaux de formation professionnelle des avocats).

До вступления в силу Закона от 31 декабря 1971 года во Франции различались юридические профессии адвоката, поверенного при трибуналах большого процесса (*avoué près les Tribunaux de la Grande Instance*) и консультанта-эксперта при торговых трибуналах (*agrégé près les Tribunaux de commerce*). В соответствии с новым законом произошло слияние указанных адвокатских профессий в единую профессию адвоката. В 1992 году в закон от 31 декабря 1971 года были внесены изменения, регулирующие еще одно слияние профессий — адвоката и юридического советника (*conseil juridique*)³.

Итак, условия допуска к адвокатской профессии регулируются Законом № 71-1130 и Декретом № 91-1197. В соответствии с данными нормативными актами к претенденту предъявляются достаточно высокие требования (см. ст. 11 Закона № 71-1130). Он должен:

- иметь французское гражданство (адвокатом во Франции может стать также гражданин одного из государств — членов Европейского союза при условии взаимного признания дипломов о высшем образовании);
- иметь диплом магистра права;
- получить САРА — сертификат профессиональной подготовки адвоката (*Certificat d'aptitude à la profession d'avocat*);
- не иметь судимости, а также взысканий за серьезные дисциплинарные или административные проступки;
- не быть банкротом, а также участником банкротства по линии какой-либо фирмы или предприятия.

Во Франции действует система послевузовской профессиональной подготовки лиц, претендующих на получение статуса адвоката. Обучение осуществляется в 15 региональных центрах профессиональной подготовки адвокатов

¹ «Loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques».

² «Décret 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat».

³ «Loi n° 90-1259 du 31 décembre 1990 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques».

(CRFPA). Деятельность центров регламентируется законами, постановлениями правительства Франции и решениями Национального совета адвокатуры. Преподают в этих центрах адвокаты, профессора университетов, судьи, представители органов государственной власти. Обучение платное, тарифы на обучение устанавливает Министерство юстиции Франции по предложениям центров и Национального совета адвокатуры.

Чтобы поступить в региональный центр профессиональной подготовки адвокатов, выпускники высших учебных заведений, соответствующие указанным в законе требованиям, имеющие высшее юридическое образование и желающие стать адвокатами, должны сдать два письменных и один устный экзамен. Более половины всех претендентов на получение статуса адвоката готовит Парижский центр (или Парижская школа адвокатуры — *L'école de formation du barreau*). В среднем вступительные экзамены в это учебное заведение сдают около 35% поступающих.

Обучение в центре профессиональной подготовки адвокатов длится от 18 до 20 месяцев. За это время будущие адвокаты должны пройти полугодовой теоретический курс, во время которого им преподаются ораторское искусство, деонтология, более углубленно изучаются гражданский и уголовный процесс, иностранные языки, отрасли права, выбранные студентами в качестве специализации (например, налоговое, предпринимательское и др.).

В течение следующих шести месяцев обучения проводится практическая стажировка будущих адвокатов в судах, органах местного самоуправления, государственных учреждениях, юридических службах компаний, на предприятиях и т.д. В течение последних шести месяцев слушатель должен пройти стажировку непосредственно в адвокатском образовании.

По завершении курса слушатели сдают выпускные экзамены (один письменный и три устных) и получают свидетельство об окончании центра профессиональной подготовки адвокатов.

Дополнительная профессиональная подготовка не требуется для юристов, имеющих большой стаж работы, судей, юристов иностранных государств, которые также могут получить статус адвоката во Франции при соблюдении принципа взаимности.

После завершения специального образования юрист, получивший свидетельство, подает заявление в совет палаты адвокатов, который принимает решение о приеме соискателя в члены палаты. Лицо, не являющееся членом адвокатской палаты, не вправе заниматься адвокатской деятельностью. Совет может отказать в приеме в члены палаты, если лицо не имеет помещения под кабинет, который должен располагаться в пределах судебного округа трибунала большого процесса, не соответствует морально-этическим и иным требованиям, предъявляемым к адвокатам.

В случае положительного решения новый член адвокатской палаты принимает присягу: «Клянусь, как адвокат, исполнять свои функции с достоинством, добросовестно, независимо, честно и гуманно» (ст. 3 Закона № 71-1130). Во Франции термин «адвокат» обозначает не звание, а вид профессиональной деятельности практикующего лица. Поэтому любой человек, имеющий квалификацию адвоката, но прекративший работать в адвокатуре, даже если он продолжает работать в других сферах права, не может именоваться адвокатом.

Помимо получения высшего юридического образования и послевузовской подготовки французские адвокаты обязаны ежегодно проходить курсы повышения квалификации, которые также проводят региональные центры профессиональной подготовки в форме семинаров по различным отраслям права, деонтологии, новеллам в законодательстве. Адвокаты самостоятельно выбирают необходимые им занятия. В течение года они должны провести не менее 20 часов на курсах повышения квалификации, при этом в первый год практики не менее 10 часов должно быть посвящено деонтологии. Если адвокат указывает специализацию, то не менее 10 часов должно быть посвящено этой специализации. Каждый семинар завершается тестированием, после чего адвокату выдается свидетельство о том, что он прошел курсы повышения квалификации по соответствующему направлению и подтвердил свои знания. Это свидетельство адвокат направляет в совет палаты адвокатов, членом которой он состоит. Отсутствие в совете палаты свидетельств, подтверждающих ежегодное обучение в течение 20 часов, расценивается как дисциплинарный проступок.

По информации Федеральной службы государственной регистрации, кадастра и картографии РФ¹ в настоящее время во Франции насчитывается более 43 тыс. адвокатов, объединенных в 181 адвокатскую палату.

Адвокатские палаты создаются при трибуналах большого процесса. Палата адвокатов Парижа объединяет более 19 тыс. человек, но есть палаты, состоящие всего из 10. Главой палаты является председатель (*bâtonnier*), избираемый тайным голосованием членов палаты (включая стажеров) сроком на два года. В компетенцию председателя входит представление интересов палаты перед государственными органами и общественными организациями, разрешение споров между адвокатами, применение дисциплинарных взысканий, руководство службами палаты; он является председателем совета палаты.

Совет палаты избирается членами палаты (включая стажеров) также тайным голосованием на три года. В компетенцию совета входит управление различными областями деятельности палаты.

¹ URL: <http://www.rosregistr.ru>.

Адвокатуру Франции фактически представляют три организации:

1) Национальный совет адвокатуры (Conseil National des Barreaux¹) — организация, созданная в целях объединения и представления интересов всех адвокатов Франции;

2) Палата адвокатов Парижа (Barreau des Avocats de Paris²) — старейшая адвокатская организация, объединяющая почти половину адвокатов Франции;

3) Конференция батонье (председателей палат) (Conférence des bâtonniers de France et d'Outre-mer³) — организация, созданная более 100 лет назад и объединяющая все адвокатские палаты, за исключением парижской.

Органы государственной власти Франции при решении вопросов, затрагивающих адвокатуру, как правило, запрашивают мнение всех этих организаций.

Помимо профессиональной деятельности адвокатские организации осуществляют еще одну важнейшую задачу — они поддерживают в обществе высокий уровень уважения и доверия к профессии адвоката. С этой целью адвокатское сообщество Франции уделяет большое внимание вопросам профессиональной этики. Этические принципы адвокатской профессии содержатся в законодательстве об адвокатуре. Основные правила профессиональной этики закреплены постановлением правительства Франции⁴. До 1990 года каждая палата адвокатов имела свой кодекс профессиональной этики, затем Национальным советом адвокатуры был разработан единый кодекс (Règlement Intérieur), который имеет обязательную силу для всех палат.

Для рассмотрения жалоб на действия адвокатов при апелляционных судах (напомним, что во Франции их 35) существуют дисциплинарные комиссии с участием представителей входящих в округ апелляционного суда адвокатских палат. Таким образом, дисциплинарный проступок адвоката выносится на рассмотрение не только его коллег по палате, но и членов других адвокатских палат.

С жалобой на действия адвоката может обратиться любое лицо, при этом дисциплинарная комиссия рассматривает любые проступки адвоката, как связанные, так и не связанные с его профессиональной деятельностью (например, недостойное поведение в быту). При поступлении жалобы в Министерство юстиции Франции она, в зависимости от конкретных обстоятельств, направляется для рассмотрения либо в адвокатскую палату, либо прокурору, который имеет право возбуждать дисциплинарное производство в дисциплинарной комиссии. Стороны, несогласные с решением комиссии, могут обжаловать его в апелляционном суде.

Кроме работы с общественным мнением адвокатские организации проводят мониторинг отношения к профессии среди самих адвокатов, что помогает вов-

¹ URL: <http://www.cnb.avocat.fr>.

² URL: <http://www.avocatparis.org>.

³ URL: <http://www.conferecedesbatonniers.com>.

⁴ «Décret n°2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat».

ремя заметить негативные тенденции и скорректировать профессиональные стандарты. В рамках подобных исследований выясняется, на какие фундаментальные ценности опираются адвокаты в своей работе, как они оценивают свою профессиональную ситуацию, как распределяют рабочее и личное время и т.п.

Так, в результате опроса, проведенного Палатой адвокатов Парижа¹, выяснилось следующее.

Подавляющее большинство адвокатов считают позитивными для развития французской адвокатуры две основные тенденции: внедрение новых технологий (94% опрошенных) и увеличение количества женщин среди общего числа адвокатов (90%). Основные профессиональные ценности респонденты определили следующим образом: этика (41%), независимость (40%), честность (38%), ответственность (31%), сотрудничество (21%), свобода (15%), вовлеченность в процесс (10%), беспристрастность (4%).



Основные профессиональные ценности по результатам опроса, проведенного Палатой адвокатов Парижа

Кроме того, участники опроса назвали основные качества, которыми сегодня должен обладать адвокат: компетентность (66%), порядочность (39%) и быстрота реакции (32%). Именно эти качества, по мнению опрошенных, свидетельствуют об уровне профессионализма адвоката.

¹ URL: <http://www.avocatparis.org/sociologie>.

Что касается отношения к профессии в целом и оценки своей собственной профессиональной ситуации, то респонденты проявили редкое единодушие: 90% адвокатов заявили, что они гордятся своей профессией, 55% из них уточнили, что они очень гордятся своей профессией, при этом 80% адвокатов удовлетворены своей профессиональной ситуацией.

В качестве причин, влияющих на позитивное отношение к работе, респонденты указали:

- интерес к самой профессии (назвали в качестве главной причины 97% опрошенных);
- отношения с клиентами (95%);
- атмосферу на работе (87%);
- самостоятельность и независимость при осуществлении профессиональной деятельности (84%);
- отношения с коллегами (81%);
- профессиональное признание (75%).

Таким образом, результаты опроса показывают, что адвокаты, прошедшие все ступени подготовки и получившие доступ к профессии, относятся к ней с огромным уважением и не ставят под сомнение ее престижность в обществе. Правда, у этой медали есть и обратная сторона, которую отмечают и сами адвокаты: профессиональная загруженность, отсутствие свободного времени и невозможность полноценно совмещать работу и частную жизнь. Однако эти сложности не смущают молодых, нацеленных на карьеру адвокатов, количество которых с каждым годом растет.

Интересно отметить, что французское адвокатское сообщество не ограничивается национальным уровнем при популяризации профессии адвоката. Так, в марте 2003 года при Палате адвокатов Парижа была создана Ассоциация французско-российских адвокатов и юристов (L'Association des Avocats et Juristes Franco-Russes — AAJFR), которая ставит своей задачей объединить представителей всех отраслей права, активно поддерживающих профессиональные, деловые, культурные, а также личные контакты между Россией и Францией. Ассоциация является некоммерческой организацией и к числу своих основных задач относит:

- содействие российско-французскому сотрудничеству в области права;
- установление и развитие профессиональных и личных контактов между французскими и российскими адвокатами и юристами;
- взаимное ознакомление российских и французских специалистов с законодательством обеих стран и их юридическими системами.

В настоящее время Ассоциация включает адвокатов Парижской палаты, российских адвокатов, юристов французских предприятий, аспирантов, студентов адвокатских школ и последних курсов юридических факультетов. Различные мероприятия, которые проводит Ассоциация, предназначены как для

ее членов, так и для юристов, не входящих в ее состав, но интересующихся французо-российскими отношениями в области права.

Особенность осуществления адвокатской деятельности в Германии состоит в том, что профессия адвоката относится к категории свободных профессий.

Федеральный союз представителей свободных профессий дает последним следующее определение: «Лица свободных профессий, обладая особой профессиональной квалификацией, действуя лично, под собственную ответственность и занимаясь собственным бизнесом, оказывают услуги в духовно-идеальной сфере, отвечающие интересам их заказчиков и общества в целом. Их профессиональная деятельность связана, как правило, специфическими профессионально-правовыми обязательствами в соответствии с государственным законодательством или автономно установленными профессиональными представительскими правовыми нормами, которые гарантируют и повышают профессионализм, качество и позволяют укреплять существующие доверительные отношения с заказчиком».

Единственное условие для осуществления профессиональной деятельности адвокатов заключается в том, что каждый адвокат, занимающийся практикой, в обязательном порядке должен состоять в Федеральной палате адвокатов. Палата образована 40 лет назад и включает 28 региональных палат. По своей организационно-правовой форме это корпорация публичного права. Органами управления палатой являются общее собрание и президиум, которые принимают участие в законодательном процессе путем внесения предложений и рекомендаций в парламент и проведения консультаций. С 1994 года в палате образовано уставное собрание, которое является представительным органом палаты. В него входят по одному представителю от каждой региональной палаты и по одному — от каждой тысячи адвокатов. В задачу уставного собрания входит регулирование отношений между адвокатами, адвокатами и гражданами, адвокатами и государственными органами. Кроме того, собрание занимается вопросами повышения квалификации адвокатов, представительством адвокатуры Германии перед организациями других стран.

Членство в остальных профессиональных организациях и объединениях добровольное. Так, из 102 тыс. адвокатов Германии 51 тыс. состоит в Германском объединении адвокатов, которое включает в себя 237 региональных объединений. Главным образом Объединение представляет интересы адвокатов в государственных органах и общественных организациях, а также участвует в законодательном процессе. В год оно проводит около 600 мероприятий для 20–25 тыс. слушателей.

Германское объединение адвокатов представляет интересы адвокатов Германии во многих международных организаций, являясь членом, например, Международного союза адвокатов, Международной ассоциации юристов и др.

¹ URL: <http://www.femida.ru/discussion/2000/germany/>

Л. Сюкияйнен,

студентка 4-го курса факультета права ГУ — ВШЭ

ПРЕСТИЖ ПРОФЕССИИ СУДЬИ В СТРАНАХ ИСЛАМСКОГО ПРАВА

Вынесение судебного решения по праву — одна из самых
важных обязанностей после веры.
Сарахси (ум. в 1090 г.)

Статус профессии судьи в мусульманских странах: традиции и перспективы

Исторические традиции исламского общества и современные тенденции его развития, связанные с заимствованием европейского опыта, обуславливают особую специфику профессии юриста в странах исламского права, в частности сказываются на престиже профессии судьи. Так, в настоящее время наблюдается тенденция к его повышению. Это связано с комплексом факторов, среди которых существенную роль играет характер политического режима в той или иной стране. Проводимые в настоящее время в ряде мусульманских стран политические реформы объективно ведут к укреплению позиций органов правосудия в государственном механизме, а значит, к повышению авторитета профессии юриста.

В последние годы заметно возросло влияние ислама на процессы общественного развития ряда стран Арабского Востока. Важная роль в возрождении исламских правовых принципов и норм отводится судебным органам, которые призваны способствовать утверждению «мусульманского образа жизни». Поэтому рассмотрение основ исламской концепции судоустройства и судебного процесса, а также ее влияния на современное государственно-правовое развитие указанных стран становится весьма актуальным.

В статье рассматривается эволюция юридической профессии в странах исламского права. Главный акцент сделан на анализе положения судебной системы и профессии судьи. Все показатели, которые будут использованы в данной работе, относятся именно к судьям.

Статус самой судебной системы в стране говорит о престиже данной профессии, поэтому автор рассмотрит теоретические основы, историю развития судебной системы, современное законодательство и его применение на практике.

Теоретические основы исламского правосудия

В классической исламской правовой доктрине не был предусмотрен принцип разделения властей, однако на современном этапе главенствует подход, при котором это разделение допускается. Судебная власть является центральной. Основной функцией этой власти является претворение положений шариата в жизнь. Точно такой же принцип лежит в основе организации деятельности самого государства. Истинным законодателем является Аллах, государство же обладает лишь регламентарными полномочиями.

Иначе говоря, судебная власть находится на том же уровне, что и само государство. В основном регламенте Саудовской Аравии (1992 год) закреплены три ветви власти в следующем порядке: судебная, регламентарная (законодательная), исполнительная. Первое место, как мы видим, отведено судебной власти, и это не случайно. Функции суда и судьи сопоставимы с функциями правителя, даже термин, обозначающий судебное решение, — хукм — аналогичен слову, которым определяется власть. А слово «хаким» означает одновременно «судья» и «правитель», и различие в смысле можно уловить, лишь опираясь на контекст. Содержание данных терминов одинаково, отличие лишь в масштабе. Таким образом, власть и суд соотносятся как общее и частное. Ниже будут приведены принципы осуществления исламского правосудия — этими же принципами руководствуются и правители при осуществлении власти.

К основным принципам осуществления правосудия относится установленный Кораном *принцип состязательности*: «Ведь верующие — братья... О люди! Воистину, Мы создали вас мужчинами и женщинами, сделали вас народами и племенами, чтобы вы знали друг друга, ибо самый уважаемый Аллахом среди вас — наиболее благочестивый» (49:10, 13)¹. Также данный принцип закреплен следующим высказыванием пророка: «Если двое обратятся к тебе за судебным решением, то не суди в пользу одного из них до тех пор, пока не выслушаешь слова другого, после чего только и узнаешь, как судить»².

Одновременно в Священной книге ислама закреплен принцип *совещательности*: «...и советуйся с ними о делах» (3:159), «И дело их — по взаимному совету» (42:38).

Наконец, еще одним ведущим принципом шариатского правосудия называют *справедливость*, упоминаемую во многих стихах Корана, например: «Если же станешь выносить судебное решение, то суди их по справедливости» (5:42), «...и мне велено судить по справедливости между вами» (42:15).

¹ Коран / пер. с араб. и ком. М.-Н.О. Османова. 2-е изд. М., 1999. Здесь и далее текст Корана приводится по указ. изд.

² Сюкияйнен Л.Р. Шариатское правосудие: теоретические основы и практика // Отечественные записки. 2003. № 2. С. 328.

Хотя по конкретным аспектам организации и функционирования судов позиции ведущих школ мусульманской правовой доктрины (фикха¹) не всегда совпадают, можно выделить некоторые общие черты. В частности, все эти школы характеризуются единым подходом к условиям, которым должен удовлетворять кади (шариатский судья). Обычно на эту должность назначается дееспособный мужчина-мусульманин. Правда, отдельные школы фикха допускают возложение обязанностей кади и на женщину, но лишь при разрешении имущественных и семейных споров. Что же касается немусульман, то шариат ограничивает их право выносить судебные решения по конфликтам между своими единоверцами.

Необходимо также, чтобы судья обладал ясным умом и проницательностью — именно эти качества позволяют беспристрастно разбираться в самых запутанных ситуациях. Кроме того, на должность кади может претендовать только свободный и справедливый мусульманин, лишенный серьезных физических недостатков.

Своеобразием отличается установленный шариатом порядок рассмотрения судебных дел. Слушание спора обычно начинается с того, что судья предлагает истцу изложить свою претензию, а затем обращается к ответчику с предложением признать обоснованность иска. При согласии ответчика разбор дела завершается, и кади выносит решение. В противном случае судья предлагает истцу представить доказательства своего права. Такая его обязанность установлена известным изречением пророка: «Истец обязан привести доказательство, а тот, кто отрицает правомерность иска, должен дать клятву»².

Мусульманское право придает большое значение *объективности доказательств*, поскольку судебное решение должно основываться не на догадках и предположениях, а на непредвзятой оценке фактов и внешнего поведения человека. Одновременно шариат, допуская возможность принятия ошибочного решения, недвусмысленно предупреждает об ответственности за стремление повлиять на мнение кади вопреки истине, о чем свидетельствуют слова Мухаммеда: «Воистину, вы обращаетесь ко мне за разрешением вашего спора; возможно, один из вас окажется красноречивее другого в изложении своих доводов, и я вынесу решение в его пользу на основе услышанного от него; но если тем самым я присужу ему право, принадлежащее другой стороне спора, то наделю его языком пламени адского огня»³.

Согласно этике поведения мусульманского судьи в процессе он должен был проявлять *беспристрастность в ходе разрешения спора* и одинаково отно-

¹ Фихх — исламская юриспруденция (правовая доктрина), а также система сформулированных ею правил внешнего поведения.

² Сюкияйнен Л.Р. Шариатское правосудие... С. 335.

³ Там же.

ситься к сторонам конфликта. В частности, пророк требовал, чтобы оба участника судебного спора сидели прямо перед кади на равном расстоянии от него. Объективность судебного решения дополнительно обеспечивается принципами, которые запрещают кади рассматривать спор при обстоятельствах, негативно влияющих на его уравновешенность. Например, Мухаммед говорит: «Не подобает арбитру судить между двумя спорящими, если он находится в состоянии гнева». Стремление шариата обеспечить равенство сторон в судебном процессе в яркой форме выражено в знаменитом письме халифа Омара, адресованном одному из судей: «Относись к людям как к равным, одинаково общаясь с ними и проводя с ними время поровну, а также следуй равенству в вершении правосудия с тем, чтобы благородный не домогался твоего самоуправства и произвола в своих интересах, а слабый не терял надежды найти у тебя справедливость... Избегай гнева, излишнего волнения и раздражения, не наноси людям обид и не изливай на них свою злобу во время судебного разбирательства».

Особый интерес вызывают нормы, применяемые кади для вынесения своих решений. основополагающее правило в этом отношении установлено знаменитым преданием о разговоре Мухаммеда со своим сподвижником Муазом, назначенным судьей в Йемен: «"По чему ты будешь судить?" — спросил Пророк. "По писанию Аллаха", — отвечал Муаз. "А если не найдешь?" — поинтересовался Пророк. "По сунне посланника Аллаха", — сказал Муаз. "А если и там не найдешь?" — вопрошал Пророк. "То буду судить по своему мнению, не жалея сил на поиск верного решения", — отвечал Муаз. "Хвала Аллаху, настаивавшему тебя на угодный Ему путь!" — воскликнул Пророк».

Неслучайно поэтому считается, что в идеале судья должен быть муджтахидом, т.е. обладать такими глубокими знаниями шариата, чтобы осуществлять иджтихад — самостоятельно выносить решения по вопросам, не урегулированным Кораном и Сунной, на основе рациональных источников мусульманского права. В подтверждение желательности назначения на должность кади именно муджтахида мусульманские правоведы приводят изречение пророка: «Если судья выносил решение на основе иджтихада и оказался прав, то ему полагается двойное вознаграждение, а если он судил по иджтихаду и ошибся, то его ждет награда в однократном размере»¹.

Этот принцип теоретически означает, что принятое в результате рассмотрения судебного дела решение ни сам вынесший его кади, ни другой судья не вправе отменить. Пересмотр решения возможен лишь в случае противоречия его положениям Корана, Сунны или единогласному мнению сподвижников пророка, а также при нарушении разработанных доктриной правил иджтихада. Если же эти правила соблюдены, то решение, вынесенное на основе идж-

¹ Сюкияйнен Л.П. Шариатское правосудие... С. 332.

тихада, квалифицируется как окончательное и не подлежащее обжалованию на том основании, что другой судья-муджтахид придерживается иного мнения по данному делу. В этом случае действует правило «каждый муджтахид прав», лежащее в основе принципа мусульманского права, в соответствии с которым принятое путем иджтихада решение не может быть отменено другим решением, также вынесенным на основе иджтихада¹.

Вместе с тем классическая мусульманско-правовая теория дает судье возможность менять свое прежнее мнение при рассмотрении нового сходного дела. Иначе говоря, речь идет об отказе от правила судебного прецедента, т.е. связанности судьи своими прежними решениями или мнением любого другого кади. Такой подход нашел закрепление в уже упоминавшемся письме Омара: «Если ты вынес судебное решение, по которому в тот же день изменил свое мнение, избрав более верный путь к справедливости, то пусть принятие прежнего решения не мешает тебе отойти от него и рассмотреть новое аналогичное дело иначе в стремлении утвердить право. Воистину последнее не подвержено влиянию времени и ничто не делает его недействительным. Поэтому вновь обращаться к праву ради его утверждения путем отказа от своего прежнего мнения лучше, нежели упорствовать в отстаивании неправомерного».

Мусульманские юристы отмечают, что сам халиф Омар в качестве судьи рассмотрел около 70 уголовных дел и ни один из его приговоров не походил на остальные. Известен рассказ о том, как он вынес решение по одному делу, а позднее рассмотрел сходный спор иначе. На вопрос о причине такого противоречия халиф ответил: «Так я судил прежде, а это судебное решение я выношу сейчас»².

Таким образом, традиционная исламская правовая мысль сформулировала ряд принципов организации и деятельности шариатского суда, которые отвечают критериям права и справедливости. Она уделяла немалое внимание статусу судьи, закрепляя правовые гарантии высокого престижа судебской профессии. Правда, не все эти нормы действовали на практике. Об этом свидетельствует история исламского правосудия.

Особенности исторического развития исламского правосудия

В соответствии с общепринятым выводом авторов классических и современных исследований по теории и истории шариата мусульманское правосудие возникло в процессе становления мусульманского государства. Начальный этап его развития был тесно связан с деятельностью пророка Мухаммеда.

¹ См.: Сюкияйнен Л.Р. Шариатское правосудие... С. 332.

² Там же.

Продолжая быть вероучителем, он соединял в своих руках законодательную, исполнительную и судебную власть. Первоначально пророк лично рассматривал практически все споры, возникавшие как среди членов мусульманской общины, так и между ними и немусульманами. Изучение преданий об отправлении Мухаммедом правосудия позволило мусульманским правоведам в дальнейшем сформулировать многие принципы и нормы судоустройства и процессуального права. Однако, по мере постепенного распространения своей власти, Мухаммед начал поручать своим наиболее влиятельным и сильным сподвижникам управление завоеванными городами и местностями, превращенными в провинции мусульманского государства. Эти наместники пользовались всей полнотой власти на подопечной территории, осуществляя и функции судьи. Имеются сведения о том, что Мухаммед неоднократно поручал своим сподвижникам рассматривать отдельные судебные дела. Однако специальное назначение освобожденных от других обязанностей лиц для постоянного выполнения только функций судьи не практиковалось¹.

После смерти Мухаммеда в 632 году заложенные им основы мусульманского правосудия в течение ряда лет существенно не изменялись. Первые четыре преемника пророка на посту главы мусульманского государства, так называемые праведные халифы Абу Бекр, Омар, Осман и Али (они правили в 632–661 годах), также сосредоточивали в своих руках верховную судебную власть, которая считалась одной из важнейших прерогатив правителя. Решая споры, они опирались на «божественное откровение» (Коран был составлен в период правления Османа), предания о жизни пророка (Сунна) и мнения своих предшественников. В случае «молчания» этих источников халифы формулировали новые правила поведения после консультаций со своими сподвижниками на основе консенсуса (иджма). В отдельных случаях они вводили новые нормы по собственному усмотрению².

Сохраняя за собой пост верховного арбитра, глава мусульманского государства не мог единолично решать все конфликты между верующими. Поэтому уже при «праведных» халифах в обычную практику вошло регулярное рассмотрение споров наместниками, которые выполняли эти функции в рамках общих полномочий по управлению провинциями от имени правителя. В свою очередь наместники, не уступая полностью своих обязанностей судьи, нередко частично передоверяли их специально подобранным лицам из числа знатоков мусульманского права. Последние со временем становились профессиональными судьями, олицетворявшими самостоятельный государственный институт. В значительной степени такой эволюции способствовало то обстоя-

¹ См.: Сюкияйнен Л.Р. Мусульманские суды в странах Арабского Востока // Государственный аппарат : сб. статей. М.: Наука, 1984. С. 98.

² См. там же. С. 99.

ительство, что постепенно официальное право назначения судей утвердилось за правителем, и уже в начальный период власти династии Аббасидов (750—1258) судьи в правовом отношении выступали от имени халифа, который как бы делегировал им часть своих полномочий¹.

Следует иметь в виду, что после прихода к власти Аббасидов необычайно большой вес в халифате приобрел пост верховного судьи, который по поручению правителя подбирал и назначал судей, контролировал их деятельность и даже экзаменовал их на знание исламского права перед вступлением в должность.

Своеобразными особенностями отличался порядок рассмотрения дел мусульманскими судьями-кади и порядок исполнения постановленных ими решений. Основным принципами являлись единоличное решение споров и непрерывность судебного процесса. Заседания готовил судебный писарь, собиравший искивые заявления-записки, при помощи которых стороны обращались в суд, изложив суть спора. Слушание дела обычно начиналось с того, что судья предлагал истцу изложить свою претензию, а затем обращался к ответчику с требованием признать обоснованность иска. В случае согласия ответчика разбор дела заканчивался и судья выносил решение. Если же он отказывался признать ответственность, судья предлагал истцу представить доказательства своего права. Когда истцу не удавалось доказать свою претензию, а ответчик приносил клятву в том, что он невиновен, иск отвергался. По преданию, судья не мог выносить решения, выслушав только одну сторону в споре, а должен был предоставить обеим сторонам абсолютно равные права. Даже если сам халиф выступал стороной в процессе, он был обязан сидеть перед судьей на одном ковре с другими участниками тяжбы.

До середины VIII века записи хода разбирательства и его итогов не велись, а по окончании процесса принятое по делу решение немедленно приводилось в исполнение. Судье нечасто приходилось прибегать для этого к принудительным мерам, поскольку виновная сторона чаще всего добровольно подчинялась решению кади. Неслучайно, как отмечают современные исследователи, в раннем халифате не существовало тюрем — провинившийся содержался в мечети или собственном доме без права их покидать. Лишь при Омаре было выделено специальное помещение для заключения осужденных.

В начальный период правления Аббасидов судебный писарь уже вел протокол судебного заседания и официально заносил в него принятое кади решение. В штат суда, кроме того, были включены специальные служащие, обеспечивающие принудительное исполнение решений. При каждом суде имелась своя тюрьма и плеть для телесного наказания.

Особый интерес вызывают принципы и нормы, которые применял кади при отправлении правосудия. Естественно, мусульманско-правовая доктрина

¹ См.: Сюкияйнен Л.Р. Мусульманские суды... С. 99.

считает, что высшей юридической силой обладают предписания, сформулированные пророком на основе «божественного откровения» и содержащиеся в Коране: «Мы ниспослали тебе писание в истине, чтобы ты мог судить среди людей так, как показал тебе Аллах... А кто судит не по тому, что низвел Аллах, те — несправедливы»¹.

В середине VIII столетия в халифате начали складываться основные школы исламского права. Это привело к тому, что многие судьи стали придерживаться взглядов основателя какой-либо школы, чаще всего той, которой отдавал предпочтение халиф или которая пользовалась наибольшей популярностью среди местного населения.

Практика организации и деятельности мусульманских судов уже с первых веков арабского халифата отличалась от разработанной исламской правовой теорией модели шариатского правосудия. Реальность вносила в идеал коррективы по нескольким направлениям. В частности, с IX—X веков кади, по существу, потеряли право на иджтихад в точном смысле этого слова и стали ориентироваться при вынесении решений на выводы ведущих школ фикха, которые к этому времени сформировались. Важную роль начали играть советники-муфтии, которые помогали кади рассматривать дела, отыскивая нужные решения в доктрине — признанных указанными школами и созданных их представителями книгах, превратившихся в основной источник действовавшего мусульманского права.

Проведенный анализ позволяет заключить, что на практике шариатские суды в своей организации и деятельности нередко отходили от изначальных принципов, сформулированных традиционной исламской юриспруденцией. Престиж должности судьи зависел от целого ряда факторов. К ним относились не только основополагающие принципы шариатского правосудия, но и субъективные обстоятельства. В частности, многое определялось личными качествами судьи. История мусульманских государств свидетельствует о том, что многие судьи пользовались весьма высоким авторитетом и уважением в обществе. В то же время было немало и таких примеров, когда судьи не ориентировались на правовые критерии, а преследовали личные цели или защищали интересы тех или иных элит.

Престиж профессии судьи в современных мусульманских странах

Для того чтобы показать, на каком уровне сейчас находится престиж судебной профессии в странах исламского права, приведу ряд судебных разбирательств, отражающих практику современного исламского судопроизводства.

¹ Сюкияйнен Л.Р. Шариатское правосудие.... С. 330.

В марте 2008 года в Йемене суд вынес решение, согласно которому был расторгнут брак между восьмилетней девочкой и 30-летним мужчиной. Брак был зарегистрирован с согласия родственников девочки. Впоследствии она была подвергнута физическим и моральным издевательствам. Следует отметить, что заключение подобного брака противоречит законодательству Йемена. В настоящее время бывший супруг отбывает наказание в тюрьме, ранее он выплатил штраф¹.

Такая практика подтверждает, что суд предпочел строго следовать праву вопреки многовековым обычаям, которые до сих пор фактически продолжают действовать в йеменском обществе.

Похожий случай имел место и в Саудовской Аравии. Здесь авторитетные религиозные деятели однозначно осудили выдачу женщин замуж против их желания. Верховный муфтий Королевства Абдель Азиз аш-Шейх заявил, что браки по принуждению противоречат исламскому праву и поэтому заставлять женщину выходить замуж за того, кто ей не по нраву, и запрещать выходить замуж за того, кого она выбрала, недопустимо. Он добавил, что отец, заставляющий свою дочь пойти на такое, должен находиться в тюрьме до тех пор, «пока не передумает»².

О престиже юридической профессии наглядно свидетельствует уровень заработной платы судьи. Приведу пример Турции, где 60% населения зарабатывают от 250 до 450 долларов в месяц, а официальная минимальная зарплата составляет чуть более 125 долларов. Сравним размеры зарплаты нескольких категорий специалистов в евро (после удержания подоходного налога, в месяц): менеджер (со стажем 20 лет) — 925; чиновник — 255; учитель — 385; мэр крупного города — 990; мэр маленького города — 660; судья или адвокат — 660; офицер полиции — 440; врач — 600; профессор — 900; офицер (младший лейтенант) — 660; медсестра или сиделка — 265.

Из приведенных данных видно, что заработная плата судьи сопоставима с заработной платой мэра маленького города.

Престиж профессии судьи в мусульманских странах определяется также тем, насколько судебная система той или иной страны готова к восприятию мировых демократических тенденций развития правосудия.

Так, в Египте в 2007 году более 30 женщин — лучших специалистов из числа адвокатов и юристов, работающих в сфере административных судов, были избраны на пост судей. По мнению авторитетных источников, женщины-судьи внесут свежую струю в судебную систему Египта и значительно повысят ее эффективность, «поскольку в определенных вопросах и делах разбираются гораздо лучше мужчин».

¹ См.: *Аль-Асади М.* Йеменская девушка Нуджюд освобождается от издевательств мужа и возвращается в детство // *Аль-Джарида*. 2008. 16 апр.

² В Саудовской Аравии запретили браки по принуждению // *Ислам Минбаре*. 2005. № 5. С. 5.

Вместе с тем система правосудия в этой стране продолжает испытывать влияние традиционных исламских принципов. В частности, женщины-судьи в Египте до сих пор могут рассматривать только гражданские дела и разрешать финансовые споры, но ни в коем случае не должны вести уголовные дела. К такому выводу пришли ведущие мусульманские теологи Египта. Вопрос о работе представительниц прекрасного пола в качестве судей обсуждали на экстренном заседании шейх Исламского университета Аль-Азхар Мухаммед Сейид Тантави, министр по делам вакуфов Махмуд Закзук и верховный муфтий Али Гумаа. Таким образом, несмотря на определенные шаги по пути демократизации судебной системы Египта, многие традиционные исламские принципы правосудия остаются незыблемыми. Закрепляя высокий престиж судьи, они вместе с тем не во всем соответствуют современным либеральным критериям организации и деятельности суда.

О противоречиях между исламскими традициями и демократическими принципами правосудия свидетельствует и практика так называемых заказных дел. Так, международная правозащитная организация «Хьюман райтс уотч» обвинила власти северных штатов Нигерии в том, что они используют исламское право в политических целях. При этом, по словам правозащитников, правительства мусульманских штатов страны попустительствуют серьезным нарушениям прав человека в рамках шариата.

История вопроса такова. Несколько лет назад исламское уголовное законодательство было принято в 12 нигерийских провинциях. Это вызвало конфликт между мусульманами и христианами и даже привело к вооруженным столкновениям, в результате которых погибли тысячи мирных жителей. Объемистый документ в 111 страниц приводит доказательства нарушений прав человека, совершенных в Нигерии с момента введения в стране шариатских законов. Десять человек за это время были приговорены к смертной казни, многие подверглись ампутации и телесным наказаниям. При этом зачастую подсудимые, как говорится в докладе «Хьюман райтс уотч», не имели необходимой юридической поддержки. Их судили на основании признаний, полученных под пытками, а приговор выносили судьи, не получившие должного образования.

От такой практики в Нигерии страдают прежде всего женщины. Показательным стало дело Амины Лаваль — матери-одиночки, которую за прелюбодеяние должны были до смерти забить камнями. Обвинение утверждало, что достаточным доказательством прелюбодеяния является ребенок Амины. Но ее адвокат Алиа Муса Явури напомнил о норме шариата, согласно которой ребенок может находиться в утробе матери на протяжении пяти лет. Благодаря такой трактовке появились основания считать отцом ребенка бывшего мужа Лаваль. В ходе допроса Амина сообщила, что вступила в интимную связь с мужчиной после развода. По словам адвоката, Амина Лаваль, будучи бедной и

малограмотной сельской жительницей, не понимала всей тяжести выдвигаемых против нее обвинений. Она назвала фамилию своего партнера (Мохаммед) и сказала судьям, что тот обещал на ней жениться. Вызванный для дачи показаний Мохаммед (которому также грозила смертная казнь) все отрицал и был освобожден в связи с отсутствием доказательств. Также было заявлено о необходимости закрыть дело в связи с тем, что при первичном допросе обвиняемой не присутствовал ни один адвокат. Однако суд посчитал доводы защиты неубедительными и вынес обвинительный приговор.

Процесс над Аминой Лаваль вызвал глубокое возмущение мировой ответственности. По словам представителей международных правозащитных организаций, предлагаемая форма наказания — смертная казнь через побитие камнями является не только бесчеловечной, но и дискриминационной по отношению к женщинам. Осудить за подобное преступление мужчину практически невозможно. Обвиняемый должен сам признать свою вину, но и этого недостаточно для вынесения приговора. Суд не может признать его виновным, если не получит свидетельские показания как минимум четырех мужчин, лично присутствовавших при совершении акта прелюбодеяния.

История разведенной женщины, приговоренной к жестокому и унижающему человеческое достоинство наказанию, получила широкую огласку, а действия судей стали предметом критики правозащитных организаций. Дошло даже до того, что Бразилия предложила Лаваль политическое убежище.

Федеральное правительство Нигерии объявило жестокие наказания антиконституционными, но лидеры северных штатов проигнорировали это решение. И все же справедливость восторжествовала в результате вмешательства судебных органов. Исламский апелляционный суд Нигерии в составе пяти заседателей отменил решение шариатского суда по делу Амины Лаваль. Он проявил принципиальность и на основании исламских правовых аргументов отменил ранее вынесенное решение. Суд пришел к выводу, что факт прелюбодеяния (прелюбодеянием считается и интимная связь разведенной женщины) 32-летней Амины не был доказан с абсолютной достоверностью. Было отмечено также, что матери-одиночке не была предоставлена возможность привести все доказательства в пользу своей невиновности.

Кроме того, апелляционный суд указал на ряд других процессуальных ошибок, допущенных в ходе судебного разбирательства. Например, при вынесении приговора судом первой инстанции присутствовал только один судья вместо трех, положенных по закону.

Дело Амины Лаваль дает возможность отметить противоречивые тенденции в развитии исламского правосудия в современных мусульманских странах. Это же касается и престижа профессии судьи. С одной стороны, шариатские суды нередко выносят решения, которые противоречат не только современным либеральным представлениям о справедливости, но и принципам

самого исламского права. С другой стороны, именно шариатские суды порой становятся главным инструментом защиты демократических прав и либеральных свобод. Преобладание той или иной тенденции зависит от различных факторов — политических, культурных, правовых. Многие определяются также тем, насколько современное мусульманское общество готово к сочетанию традиционных исламских ценностей с демократическими стандартами правосудия. Кроме того, претворение на практике указанных требований зависит от политических соображений. Это наглядно подтверждается практикой судебных процессов по делам, связанным с национальной безопасностью.

Ярким примером в этом отношении является судебное решение по делу лидера турецких курдов Абдуллы Оджалана, который был арестован 19 февраля 1999 года в столице Кении Найроби, где он скрывался от турецких спецслужб. В 2002 году суд государственной безопасности приговорил Оджалана к смертной казни через повешение. В дальнейшем этот приговор был заменен на пожизненное лишение свободы без права досрочного освобождения.

Вынося обвинительный приговор, турецкий суд стремился учесть не только требования закона, но и интересы политической стабильности и настроения турецкого общества. Кроме того, было необходимо принять во внимание международно признанные принципы справедливого правосудия.

Решение стамбульского суда вызвало отрицательную реакцию Европейского суда по правам человека, который рекомендовал пересмотреть приговор. Решение европейских судей базировалось на том, что в отношении Оджалана было нарушено как минимум одно из положений Европейской конвенции по правам человека: задержанному не предоставили право на проверку законности его заключения под стражу. Но турецкие органы правосудия настояли на законности и обоснованности своего решения, и многочисленные апелляции были отклонены судом по уголовным делам Стамбула. Вместе с тем турецкий суд продемонстрировал уважение к европейским ценностям, изменив первоначальное решение (смертная казнь через повешение) и подтвердив обязательство Турции об отмене в стране смертной казни в качестве условия вступления страны в ЕС. Показательно, что это произошло только в 2003 году, т.е. уже после ареста Оджалана. Иными словами, турецкий суд предпочел принять решение, которое формально противоречило законодательству страны, но соответствовало демократическим принципам справедливого правосудия. Несомненно, подобного рода шаг способствует повышению престижа суда и профессии судьи в этой мусульманской стране.

Как уже отмечалось, престиж профессии судьи в современных мусульманских странах во многом определяется тем влиянием, которое оказывают на судебные решения политические факторы. Просматривается закономерность: чем менее демократичным является политический режим в той или иной стране, тем большее влияние политика оказывает на деятельность правосу-

дия. Приведу пример вынесения судебных решений по политическим соображениям в Судане.

В 1983 году в этой стране был принят Уголовный кодекс, целиком основанный на предписаниях исламского права. Он не предусматривал уголовной ответственности за такое преступление, как вероотступничество. Вместе с тем этот акт допускал применение установленных исламским правом наказаний и за такие преступления, которые в нем не были прямо закреплены. В 1985 году состоялся громкий судебный процесс по обвинению известного исламского ученого Махмуда Мухаммеда Тахи в вероотступничестве. Основанием для обвинения послужили публикации мыслителя, в которых излагались идеи, не совпадающие с ортодоксальными исламскими представлениями. Причем некоторые из этих публикаций впервые увидели свет еще в 1968 году. Изложенные Махмудом Тахой идеи были оценены судом как доказательство его отхода от ислама. Однако, по мнению современных мусульманских юристов, подобного рода высказывания не являются безусловным подтверждением того, что их автор отказывается от ислама. Несмотря на это суд посчитал вину ученого доказанной. Адвокаты обвиняемого и их коллеги из профсоюза суданских адвокатов были уверены в том, что обвинительный приговор был вынесен под решающим влиянием политических обстоятельств — желания суданских властей расправиться с авторитетным ученым, который в открытой форме осудил принятие указанного выше Уголовного кодекса. Таким образом, политические аргументы оказались сильнее принципов права.

На престиж профессии судьи в современных мусульманских странах влияет и деятельность созданных в большинстве из них конституционных судов. В некоторых странах указанные органы правосудия не играют серьезной роли, что объясняется утвердившимся в них недемократическим политическим режимом. Однако в целом ряде стран конституционные суды проявляют достаточную самостоятельность и выносят решения, которые признают неконституционными акты, принятые не только законодательными органами, но и главной государства.

Например, в Египте Верховный конституционный суд неоднократно признавал неконституционными и отменял законы, принятые парламентом страны, и указы президента. Некоторые из этих актов во многом определяют политическую ситуацию в стране. В частности, в свое время Верховный конституционный суд признал недействительным закон о выборах Национального собрания Египта на том основании, что тот противоречил конституционному принципу равенства граждан. Другим примером является отмена семейного законодательства, которое было введено в действие указом президента, а не актом парламента.

Показательно, что конституционные суды начинают играть все более активную роль даже в тех мусульманских странах, которые традиционно не отличались приверженностью демократическим принципам.

Важную роль, например, конституционный суд играет в Турции, где в настоящее время он продолжает рассматривать иск о запрете правящей партии, деятельность которой, по мнению ее оппонентов, противоречит светскому характеру турецкого государства, закрепленному конституцией.

Таким образом, престиж профессии судьи в современных мусульманских странах определяется самыми разными обстоятельствами. Многое зависит от того, насколько действующее в той или иной мусульманской стране законодательство закрепляет демократические принципы правосудия и гарантии независимости суда. Другим важным фактором является сложившийся политический режим и степень влияния политических соображений на деятельность судей. Кроме того, важно учитывать соотношение традиционных исламских правовых принципов и современных демократических стандартов в деятельности органов правосудия. Следует иметь в виду и то, насколько развитие судебной системы отражает общемировые тенденции. Наконец, существенную роль играет господствующее в данной стране правосознание. Профессиональное сознание судей в современных мусульманских странах может ориентироваться либо на европейские, либо на исламские правовые образцы. А вот массовое правосознание подвержено сильному влиянию местных обычаев и традиций, которые могут не совпадать не только с европейскими, но и с собственно исламскими правовыми подходами.

В итоге на вопрос о престиже профессии судьи в странах исламского права трудно ответить однозначно. Однако, безусловно, можно говорить о тенденции его повышения. Это результат прежде всего проводимых во многих мусульманских странах политических реформ, составной частью которых является демократизация правовой и судебной систем. Перспективы дальнейшего развития указанной тенденции определяются тем, в какой степени восприятие современными мусульманскими странами демократических либеральных принципов правосудия будет происходить на основе учета основополагающих принципов исламского права.

Э. Деменцова,

студентка 5-го курса факультета права ГУ — ВШЭ

С. Поваляхин,

аспирант кафедры судебной власти и организации правосудия факультета права ГУ — ВШЭ

ОБЗОР ТИПИЧНЫХ ПРОЦЕССУАЛЬНЫХ НАРУШЕНИЙ В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

Типичные процессуальные нарушения в российском уголовном судопроизводстве выделены авторами на материале решений Европейского суда по правам человека в отношении Российской Федерации, а также мониторинга судебных процессов, рассматривавшихся в московских судах по первой и кассационной инстанциям. Мы попытаемся также сформулировать причины многочисленности данных процессуальных нарушений и проанализируем федеральную целевую программу «Развитие судебной системы России» на 2007–2011 годы на предмет эффективности предлагаемых ею мер.

Граждане Российской Федерации (и иные заявители, полагающие, что их права были нарушены Российской Федерацией) являются одними из основных «поставщиков» жалоб в Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ). За 2008 год ими было подано более 27 тыс. жалоб, что составило около 28% от общего количества поступивших жалоб. К ноябрю 2008 года в отношении РФ Европейским судом по правам человека было вынесено 579 решений по существу, и только в 35 из этих решений ЕСПЧ не установил нарушения Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод¹.

Значительная часть решений Европейского суда в отношении РФ посвящена процессуальным нарушениям в уголовном процессе. Ратифицировав в 1998 году Европейскую конвенцию о защите прав человека и основных свобод, Российская Федерация обязалась обеспечить провозглашенные в ней права и свободы, многие из которых, по сути, являются требованиями об обеспечении законности и справедливости в уголовном судопроизводстве, и признала юрисдикцию ЕСПЧ. В силу статьи 32 § 2 Конвенции Российская Федерация фактически обязалась не оспаривать компетенцию ЕСПЧ в отношении поступающих жалоб на нарушения положений Конвенции, а согласно статье 53 обязалась исполнять решения ЕСПЧ по спорам, в которых Россия является стороной.

¹ Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод. Рим, 4 ноября 1950 г., с изменениями от 21 сентября 1970 г., 20 декабря 1971 г., 1 января, 6 ноября 1990 г., 11 мая 1994 г. ETS N 005.

Российское правосудие отнюдь не замкнуто в изолированной национальной «системе координат»; напротив, все решения Европейского суда, в том числе сформулированные им требования к судебным процедурам в уголовном процессе, обязательны для российских судов и иных участников судопроизводства. Совершенно правомерна ссылка в ходатайстве, жалобе, приговоре и иных процессуальных документах, прениях сторон на правовые позиции Европейского суда. Прецеденты ЕСПЧ являются формой толкования Конвенции — международного договора Российской Федерации и, таким образом, согласно части 4 статьи 15 Конституции РФ обладают большей юридической силой, чем закон. Данные позиции были подтверждены в Постановлении Конституционного Суда РФ от 23 ноября 1999 года № 16-П, в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 года № 5 и других постановлениях высших судов. Мы считаем, что обязательной силой для Российской Федерации обладают и прецеденты ЕСПЧ, выработанные в ходе рассмотрения жалоб против иных государств, ратифицировавших Конвенцию (данной позиции также придерживаются А.Р. Султанов, А.В. Гриненко). В своих постановлениях Конституционный Суд РФ ссылается на решения ЕСПЧ, вынесенные по делам как против России, так и против иных государств.

Поскольку Конвенция обладает большей юридической силой, чем процессуальные кодексы, а полномочиями толковать ее наделен исключительно ЕСПЧ, решения последнего обладают высокой значимостью для российского уголовного правосудия, а именно:

- 1) являются основным инструментом выявления положений Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (УПК РФ), других законов и подзаконных актов, противоречащих требованиям Конвенции к осуществлению уголовного судопроизводства;
- 2) являются высшим, наднациональным и в силу этого более беспристрастным институтом исправления процессуальных нарушений и связанных с ними судебных ошибок;
- 3) как правило, формируют более высокие стандарты уголовного судопроизводства, чем национальная судебная практика;
- 4) являются основанием для пересмотра уголовного дела ввиду новых обстоятельств (статья 413 УПК РФ, Постановление Конституционного Суда РФ от 2 февраля 1996 года № 4-П). Обязанность по возбуждению производства ввиду данного обстоятельства возложена на председателя Верховного Суда РФ (статья 415 УПК РФ);
- 5) являются единственной наднациональной возможностью для заявителя получить возмещение последствий процессуального нарушения (статья 50 Конвенции).

В случае выявления ЕСПЧ процессуального нарушения в российском уголовном процессе Российская Федерация обязана не только устранить его (ме-

ры частного характера), но и принять меры к недопущению подобных нарушений в будущем (меры общего характера). Хотя такая обязанность следует из части 4 статьи 15 Конституции РФ, пункта 11 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 года № 5 и нескольких рекомендаций Комитета министров Совета Европы, дополнительным стимулом к ее соблюдению служит выплата компенсаций, установленная статьей 50 Конвенции. Устранение процессуального нарушения может предполагать как пересмотр уголовного дела ввиду новых обстоятельств, так и «непосредственно» исправление: завершение по возможности в краткий срок уголовного процесса, признанного ЕСПЧ необоснованно затянувшимся; улучшение условий содержания под стражей и в пенитенциарных учреждениях и т.п. Меры общего характера, на наш взгляд, должны включать как минимум внесение изменений в положения законодательных актов, признанных противоречащими Конвенции.

В российских условиях, когда независимость и компетентность судей часто вызывают сомнения, а также распространено давление на суд со стороны исполнительной власти и прокуратуры, существование наднационального органа судебной защиты — ЕСПЧ — в ряде случаев является единственной гарантией защиты прав и свобод участников судопроизводства. Однако от подобных нарушений не гарантированы и страны, более соответствующие критерию «правового государства». Особенно это важно применительно к уголовному процессу, по результатам которого осужденный может быть лишен, в том числе из-за процессуальных ошибок, высших природных прав и свобод.

Можно сказать, что суд, руководствующийся наднациональным судебным источником права, принятым без участия национальной законодательной и исполнительной власти, есть суд принципиально иного уровня независимости.

Предварительное расследование и уголовное судопроизводство в целом в России порождают целый комплекс процессуальных нарушений. Наиболее часто встречающиеся нарушения связаны с условиями содержания в местах предварительного заключения и местах лишения свободы, необоснованным заключением под стражу, нарушением сроков содержания под стражей, нарушением сроков рассмотрения уголовного дела, перлюстрацией корреспонденции заключенных, приводящей к нарушению права на индивидуальную жалобу в ЕСПЧ.

Особенность некоторых российских дел, рассмотренных Европейским судом по правам человека, состоит в том, что в одном деле может быть установлено несколько системных нарушений. Проблема нарушения в России прав личности в сфере уголовной юстиции рассматривалась ЕСПЧ уже во втором деле против России — в деле Калашникова. В решении Европейского суда по этому делу было признано, что в отношении заявителя нарушались положе-

ния статей 3, 5 и 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Эти нарушения касались условий содержания заявителя в следственном изоляторе № 1 г. Магадана, а также сроков следствия и рассмотрения уголовного дела в суде.

Установленные многочисленные нарушения прав заявителей в рамках уголовно-правовой системы отличаются сходным «составом». Как правило, такие жалобы содержат аналогичные факты, свидетельствующие о том, что условия содержания в СИЗО и пенитенциарных учреждениях противоречат требованиям статьи 3 Европейской конвенции. Жалобы на отсутствие оснований для заключения под стражу и нарушение сроков рассмотрения обоснованности заключения под стражу говорят о нарушении различных аспектов статьи 5 Конвенции. Кроме того, по ряду жалоб данной категории установлены и нарушения статьи 6 — в связи с нарушением разумного срока рассмотрения уголовного дела. Проанализируем отдельные категории жалоб, рассмотренных ЕСПЧ.

Жалобы на нарушение разумного срока судебного разбирательства

Эти жалобы касаются нарушения статьи 6 § 1 Конвенции, устанавливающей право на справедливое судебное разбирательство в разумный срок.

По количеству так называемых клоновых дел, т.е. тех, по которым из решения в решение ЕСПЧ устанавливает одни и те же нарушения Конвенции, дела о нарушении в России сроков судебного разбирательства вполне могут соперничать с рассмотренными выше делами о неисполнении решений национальных судов.

Первым делом, в котором суд установил нарушение разумных сроков судебного разбирательства, было вышеупомянутое дело *Калашников против России, 2002*. В данном деле Суд привел основные принципы, ранее установленные в деле *Кудла против Польши, 2000*, которыми он руководствуется в каждом случае, когда рассматривает длительность судебного разбирательства на соответствие требованиям разумности срока. Так, в пункте 125 Решения по делу Калашникова Европейский суд указывает: «Суд напоминает, что разумность длительности судебного разбирательства должна оцениваться в свете конкретных обстоятельств дела, внимание должно уделяться критериям, выработанным прецедентным правом Суда, в частности, сложности дела, поведению заявителя и поведению компетентных органов. Кроме того, также должно приниматься во внимание, каков был характер процесса и какое значение он имел для заявителя».

В деле *Калашников против России, 2002* рассматривался вопрос о нарушении сроков судебного разбирательства в уголовном процессе. Суд, следуя

приведенному принципу исследования всех факторов, влияющих на срок рассмотрения дела, установил, что дело по обвинению заявителя в хищении в форме присвоения имущества не представляло особой сложности.

Вопреки аргументам российских властей о затягивании заявителем дела в связи с большим количеством жалоб на нарушение сроков судебного разбирательства, Европейский суд по правам человека оценил подачу таких жалоб как попытку заявителя защитить свое право с помощью внутренних средств правовой защиты, а вот действия властей — как игнорирование жалоб заявителя и необоснованное бездействие судебных органов в течение длительных периодов. Кроме того, Европейский суд учитывал тот факт, что во время разбирательства дела заявитель находился под стражей, что требовало от российских властей особенно строго соблюдать разумные сроки судебного разбирательства.

Самым важным моментом в практике ЕСПЧ по рассмотрению дел о нарушении разумного срока судебного разбирательства является отсутствие четко установленного срока для разбирательства уголовных или гражданских дел, превышение которого могло бы считаться нарушением требования статьи 6. Такая позиция представляется обоснованной. Действительно, фиксированный процессуальный срок не может быть основным показателем качества судебных процедур. Европейский суд в каждом конкретном случае разбирается, был ли срок совершения процессуальных действий разумным и необходимым с точки зрения поиска справедливого судебного решения, будучи, таким образом, совершенно не связанным при принятии решения фактом превышения сроков, установленных УПК РФ. ЕСПЧ вправе признать нарушение разумного срока судебного разбирательства при соблюдении сроков, установленных УПК РФ. Как видим, пресечение судебной волокиты возможно и без установления определенных максимальных сроков судебного разбирательства в Конвенции.

Еще одна особенность разбирательства ЕСПЧ по данной категории дел: в каждом конкретном случае Суд исследует, лежит ли ответственность за затягивание судебных процедур на заявителе или на органах государственной власти.

Приведем пример, показывающий, на какой срок может затянуться рассмотрение уголовного дела в России. В деле *Смирнова против России, 2003* ЕСПЧ наряду с иными вопросами рассматривал вопрос о нарушении разумного срока судебного разбирательства в ситуации, когда в отношении одной заявительницы период рассмотрения дела, относящийся к юрисдикции Суда, составил 3 года 4 месяца и 19 дней (а всего дело рассматривалось 9 лет 2 месяца и 4 дня).

Отметим, что в соответствии с ревизионными началами проверки национальных судебных решений на соответствие Конвенции Европейский суд не связан доводами жалобы. Так, в деле *Худоеров против России, 2005* Суд по

собственной инициативе поднял вопрос о нарушении разумного срока судебного разбирательства. Суд сделал акцент на том, что сведения о регулярных неявках адвокатов, большом количестве свидетелей, трудностях с привлечением переводчиков, которые представитель Российской Федерации приводил в оправдание более чем шестилетнего срока судебного разбирательства, не были ни детализированы, ни подтверждены такими доказательствами, как протоколы судебных заседаний. Таким образом, ЕСПЧ признал ссылки на эти обстоятельства безосновательными и подтвердил нарушение статьи 6 Конвенции.

Нарушения статьи 5 Конвенции, возникающие, как правило, при задержании подозреваемого, заключении под стражу и содержании под стражей

Несмотря на позитивные изменения в УПК РФ и окончание действия оговорки относительно отложения введения судебного контроля за заключением под стражу до принятия нового Уголовно-процессуального кодекса, основной проблемой является несоответствие практики применения меры пресечения в виде заключения под стражу требованиям пункта 1 статьи 5 Конвенции: в своих решениях против России ЕСПЧ неоднократно отмечал, что если изначально основания для применения меры пресечения и существовали, то ее продление не имело под собой никаких законных оснований.

Интересно дело *Федотов против России, 2005*. В отношении Федотова было прекращено уголовное преследование за отсутствием состава преступления, однако по небрежности сотрудников прокуратуры его имя еще долгое время числилось в федеральном списке разыскиваемых лиц. За это время Федотов был дважды задержан сотрудниками милиции и провел ночь в помещении милицейского участка, где не мог спать и пользоваться туалетом. Европейский суд указал, что законность задержания подозреваемого согласно внутреннему праву не является решающим обстоятельством; напротив, суд дополнительно проверяет соответствие произведенного задержания целям статьи 5 § 1 Конвенции, которыми являются предотвращение необоснованного, произвольного лишения личности свободы. Европейский суд подчеркнул, что, даже если сотрудники милиции действовали добросовестно, следуя имевшейся у них оперативной информации, государство, ратифицировавшее Конвенцию, несет ответственность за незаконные действия органов государственной власти (независимо от наличия вины в действиях должностных лиц). Таким образом, процессуальное нарушение должно быть устранено независимо от вины должностных лиц. Добавим, что начальник отделения милиции отказал Федотову в составлении протокола задержания. В соответствии

со сложившейся прецедентной практикой Европейского суда отсутствие протокола задержания является существенным нарушением законности и отступлением от целей статьи 5 Конвенции. В отсутствие как оснований для задержания, так и протокола задержания ЕСПЧ признал нарушение статьи 5 § 1 Конвенции.

В деле *Худоеров против России, 2005* Верховный Суд РФ отменил постановление областного суда о продлении срока содержания обвиняемого под стражей, направив вопрос о содержании под стражей на новое рассмотрение и постановив до рассмотрения дела областным судом оставить меру пресечения без изменения. Однако областной суд вновь рассмотрел ходатайство прокурора о продлении срока содержания под стражей лишь спустя год после вступления в силу постановления Верховного Суда РФ. В течение этого года Худоеров содержался в СИЗО. Отметим, что Верховный Суд РФ не установил ни срока содержания Худоерова под стражей, ни срока для нового рассмотрения вопроса областным судом. Кроме того, Верховный Суд РФ не обосновал свое решение оставить меру пресечения без изменения. Устанавливая нарушение статьи 5 § 1 Конвенции, Европейский суд отметил несоответствие решения Верховного Суда РФ «требованиям четкости, предсказуемости и защиты от произвола, которые вместе являются существенными элементами "законности" ареста по смыслу статьи 5 § 1». Кроме того, в пункте 186 решения по делу Худоерова суд признает процессуальным нарушением и нарушением статьи 5 § 3 Конвенции российскую практику продления одним постановлением сроков содержания под стражей нескольким лицам, поскольку тем самым игнорируются личные обстоятельства каждого обвиняемого. Суд также признал процессуальным нарушением ссылку в постановлении о продлении срока содержания под стражей на необходимость «обеспечить... исполнение наказания», поскольку, согласно статье 5 Конвенции, это обстоятельство может оправдывать содержание под стражей осужденных, но отнюдь не обвиняемых.

В решении по делу *Корчуганова против России, 2006* Европейский суд указал, что если в постановлениях национальных судов о заключении под стражу и продлении срока содержания под стражей не были указаны какие-либо основания, пусть даже существенные, то ЕСПЧ не вправе устанавливать такие обстоятельства, фактически подменяя собой национальные суды. Таким образом, ссылки представителя Российской Федерации на обстоятельства, не зафиксированные в постановлениях о продлении срока содержания под стражей, Европейским судом фактически игнорируются. Данной правовой позиции суд впоследствии придерживался и по другим «российским» делам. Кроме того, основанием для признания нарушения статьи 5 § 3 Конвенции послужило то, что российские суды ни разу не исследовали «разумность» срока содержания Корчугановой под стражей. Безусловным нарушением статьи 5 § 1 Конвенции ЕСПЧ признал тот факт, что предельный, не подлежащий

дальнейшему продлению срок содержания под стражей по старому УПК был превышен и обвиняемая содержалась под стражей в отсутствие какого-либо постановления суда.

В деле *Мамедова против России, 2006* национальные суды ссылались на то, что предполагаемый соучастник Мамедовой скрылся, в подтверждение высокого риска того, что и она скроется от правосудия, — это и послужило одним из оснований длительного срока ее содержания под стражей. Европейский суд постановил, напротив, что риск должен оцениваться прежде всего на основании личных качеств обвиняемой. ЕСПЧ указал, что, после того как все доказательства были собраны, национальный суд не вправе мотивировать дальнейшее содержание под стражей опасностью того, что обвиняемый может уничтожить доказательства или воспрепятствовать отправлению правосудия. Дело об обжаловании постановления о заключении Мамедовой под стражу рассматривалось российским судом кассационной инстанции, однако ходатайство Мамедовой о присутствии на этом заседании было отклонено. Европейский суд счел данный факт нарушением статьи 5 § 4 Конвенции (право лица, заключенного под стражу, на рассмотрение судом правомерности его заключения под стражу). Тот факт, что кассационное обжалование постановлений о продлении срока содержания под стражей занимало у суда кассационной инстанции каждый раз около месяца, также был признан Судом нарушением вышеназванной нормы Конвенции.

В деле *Долгова против России, 2006* Европейский суд указал, что продление срока содержания под стражей не может превосходить наказания, связанного с лишением свободы. Суд также подчеркнул, что именно на прокуроре, следователе или дознавателе, возбудившем ходатайство о продлении срока содержания под стражей, лежит обязанность установить и убедительно продемонстрировать конкретные факты, относящиеся к основаниям продления срока содержания под стражей. Возложение бремени доказывания на задержанное лицо в подобных случаях является нарушением статьи 5 § 3 Конвенции. В частности, свидетельством возложения бремени доказывания на ненадлежащее лицо в данном деле явилась мотивировочная часть постановления районного суда, в которой говорилось о том, что Долговой не удалось доказать отсутствие возможности скрыться от правосудия при применении другой меры пресечения.

В деле *Кориунов против России, 2007* Европейский суд подчеркнул, что любая система автоматического заключения лица под стражу сама по себе несовместима с требованиями пункта 3 статьи 5 Конвенции, поскольку власти государства-ответчика должны установить и продемонстрировать конкретные факты, перевешивающие правило об уважении свободы личности.

В деле *Макаров против России, 2009* Европейский суд признал нарушение статьи 5 § 3 Конвенции, выразившееся в чрезмерно долгом содержании под

стражей. Согласно ранее сформулированному в ряде дел прецеденту, ЕСПЧ придерживался того мнения, что продление срока содержания под стражей «может быть оправданным лишь в том случае, если присутствуют особенные признаки, указывающие на наличие истинных интересов общества, которые, невзирая на презумпцию невиновности, превосходят право личной свободы». Как и в делах *Панченко против России, 2005*, *Корчуганова против России, 2006*, *Долгова против России, 2006*, Европейский суд подчеркнул, что тяжесть предъявляемых обвинений не может сама по себе быть оправданием длительных сроков содержания под стражей. Следуя решению по делу *Пишевечерский против России, 2007*, суд указал, что отсутствие постоянного места жительства или владение несколькими жилыми объектами недвижимости само по себе не может означать риска укрытия от правосудия, оправдывающего длительное содержание под стражей. Суд счел нарушением Конвенции тот факт, что Макаров не был уведомлен о характере и содержании выдвинутых обвинением предположений о его возможности влиять на свидетелей, что послужило одним из оснований продления срока его содержания под стражей. Не будучи уведомленным, Макаров был лишен возможности оспаривать эти предположения, например, допросив свидетелей. Суд признал нарушением требований статьи 5 § 3 Конвенции также то, что национальные суды ни разу не рассматривали возможность применения к Макарову альтернативных мер пресечения.

Отметим, что ЕСПЧ практически никогда не удовлетворяется наличием того или иного формального обстоятельства для заключения под стражу, а требует от национальных судов, решающих вопрос о применении содержания под стражей, исследования *всего комплекса* обстоятельств по конкретному делу для констатации условий, необходимых для данной меры пресечения согласно статье 5 § 1 (с) Конвенции. Кроме того, Европейский суд часто критикует краткие, формальные, бессодержательные постановления российских судов о заключении под стражу и продлении срока содержания под стражей, которые иногда довольствуются простой однострочной ссылкой на «личность» обвиняемого. С точки зрения ЕСПЧ, вопрос о том, является ли срок содержания под стражей разумным, не может быть решен *in abstracto*.

Отметим также, что жалобы на нарушения статьи 5 § 4 Конвенции часто смыкаются с первой выделенной нами группой дел (превышение разумного срока судебного разбирательства), как, например, в вышеназванном деле Худоерова.

ЕСПЧ не подвергал критике качество российского закона, содержащего основания заключения под стражу, однако неоднократно критиковал как действия судов, избирающих меру пресечения в виде заключения под стражу без какой-либо внятной аргументации, так и необоснованное нарушение сроков рассмотрения законности задержания под стражей.

Таким образом, в качестве источника проблемы следует рассматривать сложившуюся в российских правоприменительных органах (сначала в проку-

ратуре, затем в суде) практику избрания меры пресечения путем формальной ссылки на основания, предусмотренные законом (нередко — на все сразу содержащиеся в соответствующей статье УПК РФ основания), без анализа конкретных обстоятельств дела и конкретных особенностей личности подозреваемого, которые являются фактическим основанием для применения данной меры. Развитию такой практики в настоящее время способствует отсутствие контроля со стороны вышестоящих судебных органов за содержанием, законностью и обоснованностью постановлений о выборе меры пресечения в виде содержания под стражей: суд второй инстанции, как правило, просто повторяет в одном абзаце выводы суда первой инстанции, применение надзорного порядка при обжаловании постановления об избрании меры пресечения неэффективно, а иные органы, которые могли бы контролировать аргументированность и законность применения меры пресечения, отсутствуют.

Нарушение права на индивидуальную жалобу и смежные нарушения

Отдельным видом нарушений Конвенции в рамках уголовного судопроизводства является нарушение права на тайну корреспонденции и, как следствие, права на индивидуальную жалобу. В деле *Кляхин против России, 2004* ЕСПЧ установил, что вскрытие писем заявителя в Европейский суд и корреспонденции из суда, а также неисполнение администрацией СИЗО обязанностей по пересылке некоторых писем заявителя в ЕСПЧ составляло нарушение статьи 8 (неприкосновенность корреспонденции) и статьи 34 (право на индивидуальную жалобу). Переписка Кляхина вскрывалась в 2000 году администрацией СИЗО на основании статей 17 и 21 Федерального закона от 15 июля 1995 года № 103-ФЗ «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений». Однако, несмотря на то что цензура проводилась в соответствии с законом и, возможно, преследовала легитимную цель «предотвращения беспорядков и преступлений», представитель России не смог обосновать необходимость такой меры «в демократическом обществе», как того требует статья 8 § 2 Конвенции. В 2003 году цензурирование корреспонденции лиц, содержащихся под стражей, посылаемой и получаемой из ЕСПЧ, было отменено федеральным законом.

Предметом рассмотрения ЕСПЧ являлось также нарушение права на индивидуальную жалобу в Европейский суд по правам человека в рамках российской уголовно-исполнительной системы.

В деле *Полещук против России, 2004* заявителю, осужденному к лишению свободы, было отказано в пересылке его жалоб в Европейский суд по правам человека со ссылкой на то, что он должен сначала обратиться с надзорной

жалобой в Верховный суд РФ и к генеральному прокурору; жалобы заявителя, направленные на защиту его права на обращение в Европейский суд, остались без надлежащего реагирования со стороны национальных органов. Правительство РФ признало тот факт, что в определенный период администрация колонии отказывала в пересылке писем, мотивируя свой отказ тем, что персонал еще не имел достаточного опыта и не знал, что делать с такими обращениями. Суд признал нарушение статьи 34 Конвенции. В пункте 12 решения Европейский суд отмечает, что после проведения досудебных процедур, предусмотренных регламентом суда, в 2001 году Главное управление исполнения наказаний Министерства юстиции Российской Федерации издало инструкцию для учреждений исполнения наказаний, запрещающую отказ в отправке заявлений, адресованных в Европейский суд по правам человека. Таким образом, Российская Федерация приняла определенные, пусть и запоздалые меры по недопущению нарушений статьи 34 Конвенции в будущем (что, естественно, не влияет на квалификацию нарушения Конвенции Европейским судом).

В деле *Князев против России, 2007* заявитель утверждал, что должностные лица СИЗО давлением и пытками заставили его написать заявление об отказе от жалобы в Европейский суд по правам человека. Через несколько дней после написания заявления Князев через своего адвоката уведомил Европейский суд о том, что заявление было написано под давлением, и попросил не принимать его во внимание в случае получения. Спустя три месяца Европейский суд получил копию заявления Князева об отказе от жалобы, адресованную уполномоченному Российской Федерации при Европейском суде. К заявлению прилагалось сопроводительное письмо, в котором утверждалось, что доводы Князева о написании заявления под давлением со стороны должностных лиц являются несостоятельными. При рассмотрении дела ЕСПЧ не исследовал вопрос об оказании давления и пытках и установил нарушение статьи 34 Конвенции на том основании, что российские власти, ознакомленные с доводами Князева, продолжали настаивать, что заявление было написано им добровольно. Поведение российских властей Европейский суд расценил как несовместимое с обязательствами Российской Федерации не вмешиваться в право заявителя на подачу индивидуальной жалобы.

Нарушение права на эффективное средство правовой защиты

Впервые вопрос о нарушении права на жизнь рассматривался в трех первых «чеченских» делах от 24 февраля 2005 года по жалобам шести заявителей: дело *Исаева, Юсупова и Базаева против России*, дело *Хашиев и Акаева против России*, дело *Исаева против России*.

Заявители жаловались на нарушение в отношении них статей 2 и 13 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Нарушение статьи 2 они связывали с фактами убийств их родственников в ходе нападения федеральных войск на колонну беженцев (дело *Исаева, Юсупова и Базаева против России*), в ходе проверки документов федеральными войсками среди мирного населения (*Хашиев и Акаева против России*). Также во всех делах отмечалось нарушение процессуальных обязательств государства по проведению адекватного расследования фактов смерти.

Кроме нарушения процессуальных обязательств государства Европейский суд признал нарушение статьи 13 Конвенции, а именно нарушение права на эффективные средства правовой защиты внутри государства: «...в условиях, когда, как и здесь, уголовное расследование обстоятельств нападения неэффективно, поскольку ему не хватает объективности и тщательности; и когда результативность любого другого возможного средства судебной защиты, включая средства гражданской судебной защиты, предложенные Правительством, соответственно подорвана, Суд считает, что государство не выполняет своих обязательств по статье 13 Конвенции, которые шире, чем те, которые предусмотрены статьей 2».

В деле *Кузнецов и другие против России, 2007* Европейский суд указал, что, поскольку право возбудить уголовное дело против третьей стороны как таковое не предусмотрено Конвенцией, то жалоба на отказ прокурора (нарушающий, согласно доводам жалобы, статью 13 Конвенции) в возбуждении уголовного дела против третьих лиц несовместима с положениями Конвенции по смыслу пункта 3 статьи 35 и подлежит отклонению.

Нарушение права на справедливое судебное разбирательство

В данную группу можно отнести жалобы на нарушения и других прав, гарантированных статьей 6 § 1 Конвенции, за исключением права на разумный срок судебного разбирательства.

В деле *Посохов против России, 2003* ЕСПЧ признал безусловным нарушением права на разбирательство дела независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона, не соответствующий российскому законодательству состав суда общей юрисдикции в части народных заседателей. ЕСПЧ признал, что, поскольку народные заседатели согласно действовавшему в тот период законодательству обладали всеми процессуальными правами судьи, к ним применимы требования Европейской конвенции о законном составе суда. Народные заседатели не были отобраны на основе жеребьевки и осуществляли свои полномочия дольше предусмотренного законом максимального срока — 14 дней.

В деле *Ваньян против России, 2005* Европейским судом было установлено нарушение права на справедливое судебное разбирательство, поскольку заявитель был осужден за преступление, спровоцированное сотрудниками милиции: по их настоянию третье лицо попросило Ваньяна приобрести для него наркотики. В результате провокации, которую сотрудники милиции расценивали как оперативно-розыскное мероприятие, Ваньян был осужден за приобретение наркотических веществ без цели сбыта. Кроме того, ЕСПЧ констатировал нарушение статьи 6 § 3 (с) Конвенции, поскольку заявитель и его защитник не были извещены о заседании суда надзорной инстанции, в результате чего не имели возможности на нем присутствовать.

Своеобразной группой дел, связанных с правом на справедливое судебное разбирательство, являются случаи нарушения принципа правовой определенности. Принцип этот, как и право на исполнение решений суда, в явном виде в тексте статьи 6 Конвенции не содержится, но является неотъемлемым элементом справедливого судебного разбирательства.

В деле *Рябых против России, 2003* впервые было установлено нарушение статьи 6 Европейской конвенции в связи с тем, что отсутствие в дореформенном гражданском процессуальном кодексе пресекательного срока на принятие протеста в порядке надзора и наличие у должностных лиц прокуратуры и суда полномочий по принесению по собственной инициативе протестов на вступившие в силу судебные решения нарушало принцип правовой определенности (иначе — принцип устойчивости судебного решения). Это основание получило широкое распространение в делах, вытекающих из процессуальных нарушений в гражданском процессе, но признается Европейским судом по правам человека и применительно к уголовному процессу.

В частности, в решении по делу *Братякин против России, 2006* Европейский суд постановил, что «власти государства должны уважать обязательный характер вступившего в законную силу судебного акта и допускать возобновление производства по уголовному делу только в тех случаях, когда серьезные правомерные соображения перевешивают необходимость соблюдать принцип правовой определенности; в частности, пересмотр вступившего в законную силу и обязательного к исполнению приговора суда не может быть разрешен только лишь с целью нового рассмотрения дела и вынесения по нему нового приговора, но это может быть сделано с тем, чтобы исправить судебные ошибки и неправосудные приговоры». В данном случае Суд признал правомерность отмены приговора в надзорной инстанции, поскольку ею была исправлена судебная ошибка.

В деле *Стадухин против России, 2007* заявитель не был уведомлен Верховным Судом РФ о месте и времени рассмотрения поданной им кассационной жалобы. В соответствии с действовавшим в тот период УПК РСФСР 1960 года Верховный Суд РФ был обязан уведомлять заявителя о времени и месте

рассмотрения кассационной жалобы, только если лицо заявило при подаче жалобы соответствующее ходатайство. Однако ЕСПЧ усмотрел в неуведомлении Стадухина нарушение статьи 6 § 1 Конвенции, выразившееся в том, что Верховный Суд РФ был обязан уведомить его независимо от отсутствия такого требования в национальном законодательстве — для обеспечения справедливого судебного разбирательства. Данный прецедент являет собой яркий пример того, что процессуальное нарушение возможно даже при соблюдении органами государственной власти всех норм национального законодательства.

Нарушения статьи 3 Конвенции

Эта статья предусматривает запрет пыток, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания. Согласно многочисленным решениям Европейского суда, бесчеловечным (унижающим достоинство) является не всякое дурное обращение, но то, в котором превышен минимальный порог жестокости. Этот минимальный порог не является фиксированным: он зависит от продолжительности дурного обращения, его физических и психологических последствий, а также от особенностей личности заключенного.

В вышеназванном деле *Калашников против России, 2002* Европейский суд признал унижающим достоинство обращением условия содержания Калашникова в СИЗО. Нет нужды перечислять здесь все те унижительные страдания, которым подвергался Калашников: читатель найдет их в пунктах 97–99 решения ЕСПЧ. В пункте 101 решения Суд подтвердил сформулированную им ранее правовую позицию, согласно которой отсутствие умысла администрации СИЗО или органов уголовно-исполнительной системы не исключает вывода о наличии нарушения статьи 3 Конвенции.

В деле *Худоеров против России, 2005* одним из элементов нарушения требований статьи 3 Конвенции был признан запрет содержащемуся под стражей Худоерову использовать на свиданиях с близкими лицами родной таджикский язык. Худоеров был принужден говорить по-русски, что фактически исключило его общение с детьми. Ссылка администрации СИЗО на то, что в учреждении отсутствовал переводчик с таджикского языка, была признана Европейским судом несостоятельной. Другим элементом бесчеловечного обращения был признан тот факт, что в те дни, когда Худоеров транспортировался на специальном фургоне в зал судебного заседания, он не получал пищи.

В недавнем громком деле *Макаров против России, 2009* Европейский суд счел бесчеловечными условия содержания Макарова в СИЗО. Одним из главных оснований стало то, что, хотя между основным помещением и унитазом была установлена перегородка, унитаз был виден другим обвиняемым, сидя-

щим на койках. Суд также подчеркнул, что нехватка личного пространства, приходящегося на одного обвиняемого, сама по себе может составлять нарушение статьи 3 Конвенции, особенно если на одного обвиняемого приходится менее 3 м². В пункте 93 решения Суд приводит порядка 10 аналогичных решений, принятых Судом в отношении Российской Федерации ранее.

Рассматривая нарушения в рамках уголовного процесса и пенитенциарной системы, ЕСПЧ в решениях по российским жалобам довольно редко признает нарушения статьи 3 в связи с бесчеловечным и унижающим достоинство обращением и пытками, применявшимися к заявителям сотрудниками правоохранительных органов. Один из примеров — упомянутое ранее дело *Федотов против России, 2005*, в котором одним из оснований признания нарушения статьи 3 Конвенции явился факт оскорблений и избиения незаконно задержанного Федотова сотрудниками милиции.

Процессуальные нарушения, выявленные в ходе мониторинга судебных процессов в Москве

Как видно из вышеприведенных данных, обращений в Европейский суд по правам человека много, и вполне естественно, что Международная комиссия юристов (International Commission of Jurists, Geneva) — МКЮ, с которой активно сотрудничал Центр содействия международной защите, стала инициатором проведения программы внутригосударственного и международного обследования судебных процессов с точки зрения соблюдения прав, основных свобод, гарантированных статьей 6 Европейской конвенции о защите прав человека («право на справедливое судебное разбирательство»).

Первое такое обследование в нашей стране состоялось в 1998 году. В нем приняли участие эксперты национальных секций МКЮ из Великобритании, Германии, Польши и Швеции. Для обследования выбрали процесс в Гагаринском суде г. Москвы¹.

«До начала судебного заседания... эксперты... через переводчика попытались представиться и вручить уполномочивающие документы от международного секретариата в Женеве. Их встретили холодно, на бумаги взглянуть не захотели, на вопросы отвечать отказались». Председательствующая отметила: «...в России суды открытые, никто не обязан представляться. Что до меня, то пусть бы сам президент посетил мой процесс, это не повлияло бы на ход рассмотрения дела». Такое заявление, воинственно-независимое, и удивило, и обрадовало наблюдателей. Однако затем, по результатам обследования, они вы-

¹ Все материалы, приведенные далее, взяты из актов обследования московских судов, подготовленных Центром содействия международной защите.

разили большие сомнения в беспристрастности судьи. Акт обследования был опубликован в специальном издании Международной комиссии юристов.

В 1999 году программу обследования судебных процессов начали проводить по двум направлениям.

Первое — обследования процессов, на которых рассматривались известные и общественно значимые дела, а также дела, по которым заявители, обращавшиеся в Центр содействия международной защите, предполагали возможность нарушения их права на справедливое судебное разбирательство.

Второе направление — обследование ежедневных процессов в форме наблюдения за всеми судебными заседаниями в определенном суде, обычно в течение одной недели. Акты обследований этих судов частично опубликованы правозащитным центром «Мемориал» в «Российском бюллетене по правам человека».

Мониторинг судебных процессов, на наш взгляд, помогает не только выявить общие проблемы в российском судопроизводстве, но и показать, почему граждане со всех концов России обращаются в Европейский суд по правам человека.

Одним из основных факторов, препятствующих становлению в России гражданского общества, является отсутствие независимой и справедливой системы правосудия. Судебная реформа, по мнению исследователей Центра содействия международной защите, привела лишь к внешним изменениям, не затронув главного, т.е. создания независимой судебной системы¹. Недаром же президент Д. Медведев так много в своих выступлениях говорит о правовом нигилизме, несоблюдении законов, неуважении к судебной системе.

В этих условиях мониторинг судебной системы приобретает особое значение, ибо позволяет увидеть подлинную картину происходящего в судах, и прежде всего в судах районного звена, где большей частью и вершится правосудие.

Ниже в сжатом виде приведены некоторые примечательные процессуальные нарушения, зафиксированные в актах обследования московских судов начиная с 1999 года. Эксперты, осуществлявшие мониторинг, отмечают как факты, являющиеся процессуальными нарушениями, так и не подпадающие под данную категорию (по крайней мере, *per se*). К последним можно отнести, например, натянутость отношений между участниками процесса, их безразличие к определенным аспектам судопроизводства и осуществлению собственных процессуальных прав (в той мере, в какой последнее не нарушает императивных предписаний процессуального закона). Эксперты выделяют назначение в обвинительном приговоре размера наказания большего, чем предлагал государственный обвинитель, однако согласно УПК РФ это не яв-

¹ URL: <http://www.ip-centre.ru/books/monitoringbook.doc>.

ляется процессуальным нарушением. Отмечается, что во многих процессах судьи не зачитывали содержание исследуемых письменных материалов, а лишь называли исследуемые документы, но УПК РФ не содержит требований об обязательном зачитании всех письменных доказательств. Краткий срок совершения процессуальных действий сам по себе также не является процессуальным нарушением, если не были нарушены такие принципы уголовного судопроизводства, как установление объективной истины по делу и всесторонность, полнота и объективность исследования обстоятельств дела (что осталось за рамками мониторинга). Во многих случаях эксперты недостаточно детализируют процессуальное действие, так что невозможно ни уверенно квалифицировать его как процессуальное нарушение, ни отвергнуть такую квалификацию. В ходе мониторинга экспертами не различались и случаи существенных и несущественных процессуальных нарушений. Мы отмечаем все это с единственной целью — показать, что, если определенные процессуальные нарушения (например, ненадлежащий состав суда, отсутствие протокола) самоочевидны для любого беспристрастного наблюдателя, то другие не могут быть признаны таковыми без тщательного анализа, являющегося прерогативой вышестоящего суда или научного исследования.

Иными словами, эксперты анализируют как формально-юридическое, так и «практическое» измерение уголовного судопроизводства. Мы сочли возможным не подвергать выводы экспертов существенной корректировке, чтобы дать читателям более полное представление об этих сторонах судопроизводства.

Отметим еще, что наблюдатели порой погружаются в исследование мотивов и формы вины участников процесса, допустивших процессуальные нарушения. В связи с этим необходимо подчеркнуть, что процессуальные нарушения должны быть ликвидированы независимо от формы вины допустивших их лиц.

Итак, по программе Международной комиссии юристов Центром содействия международной защите с 26 по 30 июля 1999 года в Хорошевском муниципальном народном суде г. Москвы обследовались судебные процессы по уголовным делам на предмет соответствия порядка рассмотрения дела требованиям статьи 14 Международного пакта о гражданских и политических правах, а также выполнения требований статьи 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод.

Вот замечания по судебному разбирательству, которое вела судья Тарасенко:

- во время допроса свидетеля судья Тарасенко задавала навоящие вопросы;
- во время судебного разбирательства не были устранены противоречия в показаниях свидетелей и подсудимого;
- прокурор и судья Тарасенко покинули зал судебного заседания во время выступления адвоката;

- секретарь судебного заседания покинула зал судебного заседания, в результате чего судья сама вела протокол судебного заседания;
- судья Тарасенко не выполнила нормы статьи 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод и статьи 14 Международного пакта о гражданских и политических правах, гарантирующие право подсудимых на публичное разбирательство предъявленных им уголовных обвинений. Данное судебное разбирательство и оглашение судебного решения по данному делу нельзя считать публичными, так как судья Тарасенко вела заседание очень тихим голосом и временами то, что она говорила, было неразборчиво (в особенности это можно отнести к оглашению приговора).

Нарушения и замечания еще по одному судебному разбирательству, проводившемуся судьей Тарасенко:

- не обеспечено в должной мере соблюдение прав потерпевшего, в частности право на участие в процессе. Не обеспечена явка основного свидетеля, допрос которого необходим для вынесения обоснованного и справедливого приговора. Представляется, что достаточных оснований для оглашения свидетельских показаний не было;
- не обеспечена в достаточной степени публичность процесса в понимании § 1 статьи 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод о справедливом и беспристрастном суде, так как присутствующие в зале не имели возможности в полной мере следить за ходом процесса, слышать все происходящее; кроме того, не все материалы, которые упоминались судьей, были оглашены;
- отсутствие в процессе сторон, особенно обвинителя, исключало их состязательность. Только в этом случае судья проявляет активность при выяснении изобличающих подсудимого обстоятельств. Это нарушает § 1 статьи 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод о справедливом и беспристрастном суде, а также является отступлением от принципа равенства возможностей сторон;
- протокол судебного заседания согласно визуальному наблюдению не был исчерпывающе полным, чтобы по нему можно было проверить, что в действительности происходило в судебном заседании, так как не все происшедшее записывалось в протокол.

А вот мнение наблюдателя о судебном разбирательстве, проводившемся судьей Кульковым: не учтено положение подсудимого, который находился под стражей. Он был доставлен в суд, имел адвоката, т.е. имелись все основания для рассмотрения дела по существу, однако дело отложено на неопределенное время по вине работников следственных органов.

Нарушения и замечания по судебному разбирательству, проводившемуся судьей Смирновой:

- отсутствие списка назначенных дел влечет за собой нарушение гласнос-

ти процесса, поскольку публика не имеет информации о том, какие дела и когда будут рассматриваться

- отсутствие прокурора в ходе судебного следствия и присутствие его только на стадии прений сторон (при одобрении судьи) — это нарушение не только статьи 248 УПК РФ, но и принципа беспристрастности, закрепленного в части 1 статьи 14 Международного пакта о гражданских и политических правах и части 1 статьи 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. В таком случае функции отсутствующего прокурора фактически осуществляет судья, пытаясь, по выражению самих судей, «разобраться» в деле;
- адвокат, начинающий свое выступление со слов «я поддерживаю обвинение», адвокатом не является, поскольку функция поддержания обвинения принадлежит прокурору, а адвокату следует защищать подсудимого. Кроме того, ни один из защитников не подверг критике сторону обвинения по поводу квалифицирующего признака «существенный вред», который влечет за собой более суровое наказание, притом что сам потерпевший говорил, что преступлением ему причинен незначительный вред. При таких обстоятельствах право подсудимых на защиту не было соблюдено. Между тем обеспечение квалифицированной и эффективной юридической помощи — это обязанность государства, т.е. суда. Но суд не обеспечил соблюдение права подсудимых на защиту, поскольку не отреагировал должным образом на выступления адвокатов;
- судья Смирнова нарушила статью 299 УПК РФ, поскольку закон предписывает судье, заслушав последнее слово подсудимого, немедленно удалиться на совещание для постановления приговора. Но после последнего слова судья начала читать нотации подсудимым и позволила себе просто оскорблять их. Кроме того, судья нарушила принцип презумпции невиновности, поскольку еще до вынесения приговора говорила о том, что подсудимые совершили преступления. В то же время согласно Конституции РФ только обвинительный приговор суда признает человека виновным в совершении преступления.

Нарушения и замечания по судебному разбирательству, осуществлявшиеся судьей Бекетовой:

- ни один из вызванных свидетелей не пришел на судебное разбирательство и судья не приняла никаких мер для их вызова;
- была нарушена часть 1 статьи 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, поскольку не было равенства сторон в процессе — прокурор практически не присутствовал на судебном следствии, поэтому функцию обвинения выполнял суд;
- адвокат одного из подсудимых часть своей речи в защиту подсудимого превратил в чтение нотаций.

Нарушения и замечания по судебному разбирательству, проводившемуся судьей Генераловой:

- в судебном разбирательстве не принимал участие ни один из потерпевших и свидетелей. При этом судом не установлено, насколько уважительны причины их неявки;
- прокурор, по сути, не участвовал в судебном разбирательстве и не мог утверждать, что выводы обвинительного заключения подтверждены в ходе судебного разбирательства. Также в ходе последнего судьей был полностью проигнорирован принцип презумпции невиновности в отношении подсудимого. Не имея ни одного доказательства его вины, суд вынес обвинительный приговор лишь на основании первоначальных показаний двух других подсудимых, которые в дальнейших своих показаниях заявили, что оговорили подсудимого. На основании вышеизложенного можно сделать вывод, что судебное разбирательство не было справедливым и объективным и виновность подсудимого в нарушении пункта 2 статьи 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод не была установлена законным порядком.

Прошло несколько лет. Какие изменения произошли в московских муниципальных судах? Об этом мы узнали из сводного отчета об обследовании Басманного межмуниципального суда.

Итак, октябрь 2003 года.

13 октября. Зал судебного заседания № 24. Федеральный судья Дударь Наталия Николаевна.

В деле принимали участие подсудимый Голованов, прокурор Сперанская, адвокат Белевич, назначенный государством. Преступление было совершено 26 января 2003 года. К подсудимому Голованову применена мера пресечения в виде заключения под стражу. В судебное заседание он был доставлен конвоем и помещен в специальную зарешеченную «клетку».

Перед открытием судебного разбирательства прокурор вышла из совещательной комнаты судьи. Рассматривалось ранее начатое дело. Судья объявила об открытии судебного заседания, попросила секретаря доложить о явке участников процесса. Далее следовала проверка личности свидетеля, разъяснение ему его прав и обязанностей. Свидетелем выступал оперуполномоченный, участвовавший в задержании подсудимого.

В ходе допроса прокурор задавала наводящие вопросы, в которых фактически содержался ответ. Свидетель пояснил, что задерживал подсудимого в метро, непосредственно после кражи им сумки у потерпевшего.

Прокурор — свидетелю: Вы не путаете подсудимого? В материалах дела есть ваши показания о том, что подсудимый был задержан около эскалатора и с барсеткой, а не сумкой.

Свидетель: Не помню, может, и так было. Я очень много провожу задержаний.

После этого диалога прокурор предложила огласить показания свидетеля, данные на предварительном следствии. Адвокат подсудимого не задала свидетелю ни одного вопроса. Во время допроса адвокат не возражала против заданных наводящих вопросов и фактически частичного оглашения показаний свидетеля. При решении вопроса об оглашении показаний свидетеля подсудимый не возражал, а адвокат оставила решение этого вопроса на усмотрение суда. В зал был приглашен второй свидетель обвинения Калинин, принимавший участие в деле в качестве понятого при изъятии у подсудимого похищенных им вещей. Судья установила личность свидетеля, разъяснил его права.

В ходе допроса этого свидетеля прокурор вновь задавала наводящие вопросы. Так, свидетель пояснил, что участвовал в качестве понятого при изъятии у подсудимого сумки.

Прокурор: Барсетки?

Свидетель: Да, барсетки.

Адвокат вновь не возражала против происходящего. Далее прокурор ходатайствовала об оглашении показаний данного свидетеля. Возражений от адвоката не поступило. После этого судьей был поставлен на разрешение вопрос о возможности окончания судебного следствия в отсутствие неявившихся свидетелей.

Подсудимый: Не возражаю.

Адвокат: Хочу заявить ходатайство об оглашении письменного документа, свидетельствующего о наличии у подсудимого III группы инвалидности. По поводу возможности окончания судебного следствия в отсутствие неявившихся свидетелей я не знаю, что сказать. А можно этот вопрос оставить на усмотрение суда?

Прокурор: С ходатайством адвоката согласна. Также прошу огласить показания неявившихся свидетелей.

Судья: Ходатайства адвоката и прокурора удовлетворить. Огласить указанные материалы дела.

Вновь поставленный вопрос о возможности окончания судебного следствия в отсутствие неявившихся свидетелей разрешился положительно.

Суд перешел к прениям сторон.

В ходе своей речи в прениях прокурор заявила о неправильной квалификации органами предварительного следствия действий подсудимого. Ввиду того что у него не было реальной возможности распорядиться похищенным, так как он сразу же был задержан оперативными сотрудниками, его деяние нельзя признать оконченным преступлением, а следует признать покушением на кражу. Прокурор просила назначить наказание в виде трех лет лишения свободы с отбыванием наказания в колонии строгого режима, а также, ввиду того что преступление было совершено подсудимым в период условно-досроч-

ного освобождения, присоединить к сроку один год по прежнему приговору. По совокупности назначить четыре года лишения свободы с отбыванием наказания в колонии строгого режима.

Адвокат в своей речи в прениях обратила внимание суда на наличие инвалидности подсудимого, его участие в боевых действиях в Чечне, согласилась с квалификацией деяния подсудимого как покушения на кражу и просила назначить «гуманное наказание».

Нарушения и замечания:

- судебное заседание было открыто с большим опозданием (почти на полтора часа). Наблюдателю не были понятны причины такого опоздания;
- были заметны особые доверительные отношения между судьей и прокурором. Если не знать их действительного процессуального положения, можно было бы с уверенностью сказать, что это если не подруги, то очень близкие знакомые;
- практически все вопросы, заданные прокурором в ходе допроса свидетелей и подсудимого, являлись наводящими, содержащими в себе ответ на поставленный вопрос;
- назначенный государством адвокат Белевич впервые увидела своего подзащитного непосредственно перед судебным разбирательством и не была знакома с материалами дела. Адвокат не возражала против заданных прокурором наводящих вопросов, не задала ни одного уточняющего вопроса свидетелям. Наблюдателю не была ясна линия защиты адвоката, так как смягчающие доводы были изложены им только в судебных прениях и никак не озвучивались в ходе судебного следствия. Наблюдателю также была непонятна просьба адвоката назначить «гуманное наказание». Данное выражение не было каким-либо образом разъяснено.

14 октября. Федеральный судья Трубников Александр Николаевич. Зал судебных заседаний № 25.

В 10:00 секретарь сообщила, что в 11:00 будет рассматриваться уголовное дело по обвинению Щеглова в совершении преступлений, предусмотренных статьями 17, 224 части 2 УК РФ. До 13:00 слушание дела не начиналось, а секретарь сообщила, что нет доставки подсудимого из изолятора и когда будет — неизвестно.

В 14:00 осуществлена доставка подсудимого Щеглова. Судебное заседание открыто, далее последовал доклад секретаря о явке лиц, участвующих в деле. В деле принимали участие подсудимый, прокурор Джабраилов, адвокат по назначению, фамилия которого озвучена не была.

Инкриминируемое преступление было совершено в 1994 году. Председательствующий установил личность подсудимого и объявил, что Щеглов находился в бегах с 1994 года. Далее судья, самостоятельно начавший излагать фа-

булу обвинения, прервался и, обращаясь к подсудимому, сказал: «Ну ладно, это все понятно, расскажите, подсудимый, в чем дело-то».

Из хода судебного слушания наблюдатели сделали вывод о следующем. В 1994 году в отношении подсудимого было возбуждено уголовное дело, проведено предварительное расследование, после которого дело передали в суд. Однако в суд подсудимый не явился и был объявлен в розыск. Из объяснений подсудимого следовало, что он был привлечен к уголовной ответственности по другому уголовному делу, осужден и направлен для отбывания наказания в места лишения свободы. После освобождения он неоднократно привлекался к уголовной ответственности и вновь находился в местах лишения свободы.

Далее рассмотрение дела происходило в форме беседы примерно следующего содержания.

Судья: Да, хорошо же тебя искали, в розыск объявили, а он, оказывается, сидел тут неподалеку.

Подсудимый: Я за все преступления уже отсидел, почему я здесь?

Судья (кричит): За это-то преступление ты еще не сидел? Ну так вот сядешь.

Далее судом был изучен вопрос о том, сколько раз подсудимый привлекался к уголовной ответственности.

Судья — подсудимому: Так, сейчас еще одно уголовное дело в отношении тебя рассматривается Люблинским судом. Я, пожалуй, подожду, пока тебя там осудят. «Трешник» тебе точно влепят. Судья там в приговоре все напишет, где и сколько раз ты был судим, а я потом все перепишу.

Подсудимый: Приговор уже был.

Прокурор: Да, суд уже состоялся.

Судья — подсудимому: Обжаловал?

Подсудимый: Что?

Судья (повышая голос): Приговор обжаловал?

Подсудимый: Не понял?

Судья (кричит): Что ты не понял-то, у тебя восемь судимостей, а ты, оказывается, не знаешь, как приговор обжалуется? Что ты мне мозги паришь?

Подсудимый: Ну да, я обращался с жалобой, суд не вменил, что у меня ВИЧ.

Судья (кричит): А мне-то ты зачем это говоришь? Я тебе штаны не снимал и не смотрел, ВИЧ ты или не ВИЧ.

Во время того, как судья кричал на подсудимого, адвокат не протестовал, а тихо посмеивался.

Из последующих объяснений подсудимого стало ясно, что, по его утверждению, во время инкриминируемого деяния он находился в местах лишения свободы, следовательно, не мог совершить преступление. Он не помнит, чтобы он привлекался к ответственности, чтобы проводилось какое-либо предварительное следствие.

Судья предоставил подсудимому материалы дела, в частности протокол об ознакомлении со всеми материалами дела.

Судья: Вот твоя подпись, что с материалами дела ознакомлен в полном объеме.

Подсудимый: Это не моя подпись.

Судья (со злостью) — секретарю: Ну-ка, дай ему ручку и листок бумаги. Сейчас все проверим.

Судья — подсудимому (кричит): Не дай бог тебе соврать. Если врешь, я тебе «десятку» точно влеплю.

Подсудимый: Я же сдохну в тюрьме.

Судья: Да и подымай, мне-то что.

После того как подсудимый написал текст, продиктованный ему судьей, адвокат, судья и прокурор стали сравнивать написанный текст с фразами, написанными в материалах дела подсудимым.

Судья: Ну, тут даже не надо почерковедческую экспертизу проводить, все понятно.

Далее судом исходя из сведений, изложенных в материалах дела, стал выясняться вопрос о том, где был подсудимый в момент совершения инкриминируемого деяния.

Судья: Что же нам с ним делать?

Прокурор: Надо дело откладывать, посылать запрос в ГУИН, где и когда сидел, при каких условиях был освобожден.

Судья — секретарю: Пиши в протокол: заявлено ходатайство прокурора об отложении дела.

Подсудимый: Дело было без меня. Я хочу вызвать и посмотреть на Соню.

Судья: Какую еще Соню?

Подсудимый: Я не знаю, какая-то там Соня присутствовала, когда меня арестовывали.

Судья (с издевкой): А может, ты еще и на следователя посмотреть хочешь?

Подсудимый: Да хочу, я же имею право. Еще я хочу отказаться от государственного адвоката.

Судья (с издевкой): А чего, хочешь коммерческого адвоката?

Подсудимый: У меня денег нет. А этот адвокат мне не нужен, помощи нет.

Судья: Ладно, уведите его.

После того как подсудимого увели, судья — прокурору и адвокату: Да все он заливаает, что сидел в это время.

Адвокат (!): Да конечно заливаает!

Судебное заседание закончено в 14:18.

В числе нарушений и замечаний было отмечено, что судебное заседание началось с большим опозданием, судья нарушил процедуру рассмотрения уголовного дела, предусмотренную УПК РФ: сам зачитал фабулу обвинения,

подсудимому не были разъяснены его права. Далее судья позволил себе в недопустимом тоне разговаривать с подсудимым, кричать на него, непроцессуальным путем был решен вопрос о подлинности подписи подсудимого, имеющейся в материалах дела. Процесс проходил с явным обвинительным уклоном; адвокат ни разу не протестовал против недопустимого поведения судьи в процессе и своим поведением показывал, что даже одобряет это.

16 октября. Федеральный судья Трубников Александр Николаевич. Зал судебного заседания № 25.

13:00. Рассмотрению подлежало уголовное дело, назначенное на 12:00. В деле принимали участие подсудимые Киранов и Санин, назначенный государством адвокат Белевич, представляющая интересы подсудимого Санина, назначенный государством адвокат Спориш, представляющий интересы подсудимого Киранова, прокурор Джабраилов, потерпевший.

Подсудимые, обвиняемые в разбое, находились под стражей с 20 июня 2003 года. Перед судебным заседанием адвокаты выясняли у подсудимых, признают ли они свою вину.

Судебное заседание открыто. Судья сам сделал доклад о явке лиц, участвующих в деле. Далее следовало установление личности явившихся. Подсудимым разъяснены их права; вина признана ими частично.

Судья: В судебное заседание не явились работники милиции, производившие задержание подсудимых. Возможно огласить их показания без их вызова?

Участники процесса не возражали.

Судья самостоятельно огласил фабулу обвинения.

При решении вопроса о порядке исследования доказательств судья обратился к подсудимым: «У вас есть возможность давать показания сейчас, после потерпевшего, после исследования всех доказательств. Когда хотите?» Подсудимые решили, что будут давать показания первыми.

В ходе изложения подсудимыми своих позиций по делу судья задавал уточняющие вопросы. У адвоката Спориша, представляющего интересы подсудимого Киранова, не было вопросов к подзащитному. Адвокат Белевич обратилась к подзащитному Санину с вопросом, в какой части он признает обвинение.

Слово было предоставлено потерпевшему. Во время его выступления адвокат Белевич листала материалы дела, адвокат Спориш что-то писал в своем блокноте. Впоследствии выяснилось, что адвокат таким образом готовил свою речь в прениях. Адвокаты не задали ни одного вопроса потерпевшему. У наблюдателей создалось впечатление, что они его вообще не слушали.

В ходе последующего разбирательства дела адвокат Белевич несколько раз обращалась к подзащитному Санину с вопросом, в какой части он признает вину, добавляя при этом, что суд признает раскаяние. В конечном итоге под-

судимый Санин произнес фразу, которой так добивалась от него адвокат Белевич: «Да, я раскаиваюсь в содеянном».

В ходе судебных прений прокурор Джабраилов говорил общими фразами типа «вина подсудимых подтверждена материалами дела». Прокурор попросил суд назначить подсудимому Киранову наказание в виде семи лет лишения свободы с конфискацией имущества, подсудимому Санину — восемь лет лишения свободы с конфискацией имущества.

Адвокат Спориш обращал внимание на болезнь подсудимого Киранова, наличие у него на иждивении ребенка, отсутствие судимости и просил назначить «максимально низкий срок». Адвокат Белевич обращала внимание на положительные характеристики в отношении подсудимого Санина, просила исключить из обвинения статью 325 УК РФ, касающуюся хищения важных документов, просила учесть раскаяние подсудимого и назначить «гуманное наказание».

Суд удалился в совещательную комнату в 13:50.

Приговор был объявлен на следующий день, т.е. 17 октября 2003 года. Суд назначил подсудимому Киранову наказание в виде восьми лет лишения свободы с конфискацией имущества, подсудимому Санину — девять лет лишения свободы с конфискацией имущества. По статье 325 УК РФ оба подсудимых были оправданы.

Таким образом, суд назначил наказание, превышающее на год то, которое просил прокурор.

Наблюдатели отметили следующее. Судебное заседание началось с опозданием. Судья нарушил процедуру рассмотрения уголовного дела: сам делал доклад о явке лиц, участвующих в деле, сам излагал фабулу обвинения. Судья не разрешил вопрос с учетом мнений сторон о возможности начала судебного слушания в отсутствие неявившихся свидетелей, а сразу поднял вопрос о возможности оглашения их показаний. Судья вынес приговор, в котором назначил наказание подсудимым больше, чем просил государственный обвинитель. Прокурор, выступая в прениях, использовал общие фразы. Адвокаты, участвующие в деле, только перед судебным заседанием обсудили с подзащитными их позиции по делу. Во время процесса адвокат Белевич практически «выбила» из подзащитного Санина заверение в его раскаянии. Основная позиция данного адвоката, высказанная в прениях, в основном и касалась раскаяния Санина. Адвокат Спориш не задал ни одного вопроса как своему подзащитному, так и потерпевшему.

В ходе процесса адвокаты были заняты подготовкой своих речей в прениях, которые, следует отметить, не отличались глубоким знанием материалов дела и были выражены общими фразами. Наблюдатель обратила внимание на примерно одинаковую позицию адвокатов в части назначения их подзащитным наказания. Адвокат Белевич просила суд назначить «гуманное наказание», адвокат Спориш просил назначить «максимально низкий срок».

Учитывая то, что наблюдатель неоднократно присутствовала при рассмотрении уголовных дел с участием данных адвокатов, назначенных государством, можно сделать вывод о неэффективности деятельности адвокатов по назначению.

16 октября. Федеральный судья Трубников Александр Николаевич. Зал судебного заседания № 25.

Судья объявил, что подлежит рассмотрению уголовное дело по обвинению Медведева И.В. в совершении преступлений, предусмотренных частью 3 статьи 30, частями 3, 4 статьи 158, пунктами «в», «г» части 2 статьи 161, пунктом «б» части 2 статьи 166, пунктами «в», «г» части 2 статьи 162 УК РФ.

Судья выяснил, кто явился в судебное заседание (явились шестеро потерпевших из одиннадцати, остальные потерпевшие не явились по не известной суду причине), установил личность подсудимого, уточнил, с какого времени он содержится под стражей (с 29 июня 2003 года). Далее судья огласил состав суда и участников процесса — государственного обвинителя Джабраилова и адвоката Воронко, разъяснил участникам судебного разбирательства право заявить отвод, отводов не последовало. Судья разъяснил подсудимому и потерпевшим (каждому в отдельности) их права и обязанности. Ходатайств до начала судебного следствия не последовало. Далее судья выяснил у участников судебного разбирательства мнение о возможности рассмотрения дела в отсутствие неявившихся лиц и оглашения их показаний в ходе судебного следствия. Возражений не последовало.

Обратив внимание на то, что подсудимый плохо понял происходящее, судья уточнил у него: «Ты знаком с показаниями неявившихся потерпевших? Имеешь к ним вопросы?» Подсудимый ответил, что вопросов не имеет.

Судья постановил начать судебное следствие в отсутствие неявившихся потерпевших, а вопрос о необходимости их повторного вызова решить в ходе судебного следствия. Затем он самостоятельно огласил фабулу обвинительного заключения, выяснил, понятно ли подсудимому, в чем его обвиняют, и признает ли он себя виновным. На вопрос судьи подсудимый ответил, что предъявленное обвинение ему понятно, виновным он себя признает частично, а именно в разбойном нападении на гражданку Меркулову и краже магнитол из автомобилей, подробные же пояснения даст позже.

При решении вопроса об исследовании доказательств судья разъяснил подсудимому, что он вправе давать показания сейчас или после допроса потерпевших. Подсудимый ответил, что решение этого вопроса оставляет на усмотрение суда. Судья предложил потерпевшей Меркуловой дать пояснения по поводу нападения на нее и предупредил об ответственности за отказ от дачи показаний и за дачу заведомо ложных показаний. В ходе допроса потерпевшая давала объяснения с неохотой. В связи с этим судья задавал ей ряд допол-

нительных вопросов об обстоятельствах нападения на нее, выясняя детали случившегося и количество похищенных денег. К потерпевшей были вопросы у прокурора и адвоката.

После того как все вопросы были заданы, судья спросил у подсудимого, что он может пояснить по данному эпизоду. Подсудимый дал очень подробные показания, которые были подтверждены потерпевшей. Несмотря на то что по данному эпизоду подсудимый свою вину признал, адвокат не задал лично ему ни одного вопроса.

Далее судья предложил потерпевшему Бахрушину дать объяснения по поводу произошедшего и разъяснил ему положения статей 307 и 308 УК РФ.

Потерпевший пояснил, что у него было разбито стекло на машине, но самого подсудимого он видит в первый раз, материальных претензий к нему не имеет. Подсудимый также отрицал свою причастность к содеянному. После допроса потерпевших Касатонова, Винова, Попова, Михалева подсудимый заявил, что не признает себя виновным ни по одному из эпизодов с данными потерпевшими.

Судья был возмущен тем, что ни один из потерпевших подсудимого не видел. По одному из эпизодов подсудимого привели в квартиру, где было совершено преступление, предварительно дав почитать показания потерпевшей, чтобы он мог свободно ориентироваться в этом помещении. Судья выразил недовольство тем, как милиция и прокуратура безобразно расследуют дела.

Потерпевшие в свою очередь были недовольны действиями судьи, заявляя о подсудимом, что «он ворюга, делов наворотил, а теперь суд его защищает; милиция его поймала, значит, виноват; все они заодно» и т.п.

Судья (срываясь на крик): Давайте на него вообще весь Басманный район повесим. У кого кража, у кого грабеж — все на него. Виноват он или нет — разберется суд, а то, что он сидит на скамье подсудимых, еще ни о чем не говорит, по крайней мере, для вас (*обращается к потерпевшим*).

Следует отметить, что адвокат в дискуссии не участвовал. У него не было вопросов ни к потерпевшим, ни к своему подзащитному. Хотя, учитывая сложившуюся обстановку, адвокат имел возможность привести убедительные доводы о невинности своего подзащитного по ряду вмененных ему преступных действий.

Судебное заседание продолжилось допросом следующего потерпевшего, Кыслы, относительно нападения на него в 2002 году (потерпевшего ограбили, забрали вещи). Потерпевший с недоумением смотрел на судью, потом пристально посмотрел на подсудимого и сообщил суду следующее: «Да, меня ограбили в прошлом году, но это (*указывая на Медведева*) не тот человек».

Судья: Это ведь в прошлом году было. Прошло много времени. Может быть, вы ошибаетесь?

Кыслы: Да нет, я того человека, который меня ограбил, хорошо помню. Этот на него совсем не похож. У того лицо, рост и телосложение совсем другие.

Судья: А вы сейчас бы того человека узнали?

Кыслы: Конечно, я бы его узнал. Я легко могу его опознать.

Судья — прокурору: Ну и как это понимать? Что вы в суд отправляете?

Прокурор: Да это было отдельное дело, но потом, видимо, дела соединили в одно производство, вот и это присоединили.

Судья (кричит на прокурора): Давай вообще все соединим и на него повесим. У кого пожар, у кого корову украли. Давай вали все в одно! Суд — он во всем разберется.

Тем не менее после этого прокурор стал задавать потерпевшему Кыслы вопросы и говорить, что потерпевший ошибается, так как на предварительном следствии между подсудимым и потерпевшим проводилась очная ставка. Потерпевший ответил, что Медведева видит в первый раз, до этого написал заявление об ограблении, больше его в милицию не вызывали.

Судья — прокурору: Ты же слышишь, что он говорит, поэтому сядь и заткнись. Так, сейчас объявляем перерыв. Неизвестно, что вы там понавменяли. Теперь их (потерпевших) надо всех до одного вызывать и допрашивать.

Судья постановил: рассмотрение дела отложить, потерпевших (перечисленных по фамилиям) подвергнуть приводу в судебное заседание, так как о дне и времени судебного разбирательства они были надлежащим образом извещены. В 13:10 председательствующий объявил судебное заседание закрытым.

Были отмечены следующие нарушения уголовно-процессуального законодательства: вопреки требованиям статьи 273 УПК РФ, обвинение излагал не государственный обвинитель, а судья; судья задавал потерпевшим наводящие вопросы; адвокат фактически отказался от исполнения своих процессуальных функций.

Столь подробно судебные разбирательства приведены не случайно, ибо помимо нарушений и замечаний, отмеченных наблюдателями, необходимо сказать о невоспитанности судей, об их неуважении к человеку, об их в некоторых случаях откровенном хамстве. Все это унижает не столько подсудимого (он уже унижен), сколько самого судью — представителя государства.

Теперь что касается судебных разбирательств, рассматриваемых в кассационном порядке в Московском городском суде. Их мониторинг был проведен 12–16 апреля 2004 года.

12 апреля. Зал судебных заседаний № 344. Судебная коллегия по уголовным делам. Состав коллегии: судьи Бондарев, Воронцова, Трубочистов.

10:20. Слушается дело по кассационной жалобе Чепуркина Виталия Викторовича на приговор Останкинского межмуниципального суда. Дело слуша-

лось в режиме видеоконференц-связи. В рассмотрении дела принимали участие осужденный Чепуркин В.В., его адвокат и прокурор Сперанская. Перед началом процесса отводов суду заявлено не было, каких-либо ходатайств со стороны участников процесса не поступило.

Из доклада дела следовало следующее: приговором Останкинского районного суда от 17 марта 2004 года Чепуркин Виталий Викторович был осужден по части 3 статьи 30 и части 2 статьи 161 УК РФ к восьми годам лишения свободы с отбыванием наказания в колонии общего режима. Далее судья зачитал другие обстоятельства дела, а также наиболее важные моменты кассационной жалобы. Суть жалобы сводилась к тому, что с приговором осужденный не согласен, так как считает наказание, вынесенное судом, чрезмерно суровым и просит суд кассационной инстанции его смягчить.

В своей речи адвокат осужденного поддержал жалобу и, характеризуя своего подзащитного с лучшей стороны, просил суд учесть его личность и смягчить приговор суда первой инстанции. Осужденный Чепуркин поддержал доводы кассационной жалобы и был полностью согласен с выступлением своего адвоката. Он просил суд учесть его раскаяние и личную характеристику. Также осужденный пояснил суду, что восемь лет — это очень большой срок и он перечеркнет всю его жизнь, учитывая, что ему всего 21 год.

Далее между судьей и осужденным состоялся следующий диалог.

Судья: Чепуркин, почему вы только сейчас подумали о содеянном, когда таких дров наломали? Ведь у вас не один, а два эпизода с интервалом в 30 минут! Почему нужно сначала шишки набить, а потом учиться на своих ошибках?

Осужденный: Уважаемый суд! Это спиртное ударило мне в голову, однако я часто не употребляю, так как я работаю и у меня всего два дня выходных.

В своей речи прокурор просил суд оставить приговор без изменения, а жалобу — без удовлетворения.

В 10:30 судебная коллегия удалилась в совещательную комнату. В 10:32 была оглашена резолютивная часть определения судебной коллегии, из которой следовало, что приговор Останкинского районного суда был оставлен без изменения, а кассационная жалоба — без удовлетворения.

10:35. Слушается дело по кассационной жалобе адвоката Магомедова в защиту интересов Пасичного Александра Анатольевича. Дело было назначено на 10:20. В деле, рассматриваемом в режиме видеоконференции, принимали участие осужденный Пасичный А.А., адвокат Магомедов, прокурор Сперанская.

Из доклада дела следовало, что Черемушкинским судом Пасичному А.А. была избрана мера пресечения в виде содержания под стражей для последующей выдачи Пасичного в Республику Беларусь. Пасичный А.А. был задержан Черемушкинским ОВД в связи с нахождением его в межгосударственном розыске, после чего ему было предъявлено обвинение по части 2 статьи 209 УК Белоруссии. В кассационной жалобе адвокат просил суд изменить меру

пресечения на иную, не связанную с содержанием под стражей, а также отказать в выдаче его подзащитного в Республику Беларусь.

В своей речи адвокат поддержал доводы кассационной жалобы и просил суд принять к жалобе дополнительные материалы, которые были получены уже после вынесения постановления об избрании меры пресечения. Судья, не дослушав адвоката, взяла материалы дела. Параллельно с этим судья распорядилась о выдворении из зала судебного заседания родственников Пасичного, так как они разговаривали и мешали вести процесс.

Кроме того, адвокат пояснил суду, что имеет еще одну жалобу и хочет, чтобы ее суд также рассмотрел, однако судья объяснила, что не будет рассматривать эту жалобу, учитывая, что все жалобы необходимо подавать заранее.

После этого адвокат продолжил выступление по делу. В своей речи он пояснил, что все инкриминируемые Пасичному преступления были совершены в 1993 году. Данные деяния, во-первых, не являются преступлениями согласно УК РФ (преступление, предусмотренное частью 2 статьи 209 УК Белоруссии, квалифицируемое как спекуляция, не является преступлением в России), а во-вторых, даже по УК Белоруссии срок уголовного преследования уже истек.

Адвокат просил не выдавать Пасичного Белоруссии, поскольку опасался за его жизнь и здоровье. Он пояснил, что в Белоруссии понимание прав человека очень призрачно и есть факты многочисленных нарушений прав. Кроме того, адвокат обратил внимание суда на то, что его подзащитного два месяца держали в ОВД «Черемушки» без судебного решения о мере пресечения, хотя по закону положено только два дня. Принимая во внимание эти обстоятельства дела, а также личность подзащитного адвокат просил постановление отменить.

Далее слово было предоставлено обвиняемому Пасичному. Он просил суд отменить постановление Черемушкинского суда и предоставить ему убежище, так как правоохранительные органы Белоруссии преследуют его не только по экономическим, но и по политическим причинам.

В своей речи прокурор пояснила, что считает постановление законным и обоснованным и просит суд оставить его без изменения, а жалобу — без удовлетворения. В 11:05 судебная коллегия удалилась в совещательную комнату. В 11:10 была оглашена резолютивная часть определения, в соответствии с которым постановление Черемушкинского суда в отношении Пасичного А.А. было оставлено без изменения.

11:25. Слушается дело по кассационной жалобе Лимоновой Виталии Робертовны на постановление Преображенского суда о прекращении уголовного дела от 18 февраля 2004 года.

Из доклада дела следовало, что Лимонова продала свою квартиру и через день купила другую, дешевле. Разница в стоимости была потрачена на ремонт новой квартиры. Налоговая инспекция предъявила к Лимоновой претензии,

так как посчитала, что она должна была выплатить налог с продажи квартиры и штраф. Постановлением Преображенского суда уголовное дело было прекращено, поскольку уголовная ответственность наступает за невыплату налогов с большей суммы. Из кассационной жалобы Лимоновой следовало, что она была не согласна с суммой, указанной в постановлении. В остальной части Лимонова была согласна с постановлением.

В своей речи Лимонова пояснила, что данное дело является предметом гражданского судопроизводства. В тексте обжалуемого постановления судом указано, что сумма установлена верно, и именно с этим и не была согласна заявительница. Лимонова согласилась с тем, что данная сумма может быть использована в гражданском деле, но, учитывая тот факт, что Лимонова обладает сразу четырьмя группами льгот, по ее подсчетам никакого долга по налогам у нее не может быть.

В 11:40 судебное слушание прервалось на пять минут, о чем сообщила председательствующая. Прокурор и судья вышли в коридор. В 12:00 слушание дела продолжилось. Слово было предоставлено прокурору. Она пояснила, что постановление о прекращении уголовного дела является законным, так как указанная сумма долга исключает уголовную ответственность и не может быть использована в гражданском деле.

В 12:02 судебная коллегия ушла на совещание. В 12:07 была оглашена резолютивная часть определения, из которой следовало, что постановление Преображенского суда о прекращении уголовного дела в отношении Лимоновой Виталии Робертовны оставлено без изменения.

12:10. Слушается дело по кассационной жалобе адвоката Каретникова в защиту интересов Соиной Екатерины Николаевны на приговор Черемушкинского районного суда от 17 октября 2003 года. Смена состава суда: данную кассационную жалобу рассматривали судьи Воронцова, Трубочистов и Ставич. В деле, рассматриваемом в режиме видеоконференции, участвовали прокурор Сперанская и адвокат Каретников. Отводов и ходатайств нет.

Из доклада дела следовало, что приговором Черемушкинского суда от 17 октября 2003 года были осуждены Соина Екатерина Николаевна за совершение преступления, предусмотренного частью 4 статьи 228 УК РФ, к семи годам лишения свободы с конфискацией имущества, с отбыванием наказания в колонии общего режима и принудительным лечением от наркомании, и Фомиченко Владислав Игоревич за совершение преступления, предусмотренного частью 4 статьи 228 УК РФ, к семи годам лишения свободы с отбыванием наказания в исправительной колонии строгого режима.

В кассационной жалобе указывалось на многочисленные нарушения норм УПК РФ, на неправильно данную судом первой инстанции оценку фактов и доказательств по делу. Защита просила суд учесть помощь, оказанную Соиной на предварительном следствии, а также то, что это ее первая судимость. С уче-

том изложенного защита просила применить статью 64 УК РФ и положения Федерального закона от 8 декабря 2003 года «О приведении Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации и других законодательных актов в соответствие с Федеральным законом «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Российской Федерации»».

В своей речи адвокат Соиной пояснил, что считает приговор чрезмерно строгим и суровым, просил суд обратить внимание на то, что судом первой инстанции не были вызваны свидетели, которые могли дать важные показания по делу. Кроме того, по мнению адвоката, судом были использованы недопустимые доказательства, которые не могли быть положены в основу приговора (например, заключение экспертов). В заключение адвокат просил учесть положительные характеристики с места работы и учебы, а также состояние здоровья матери осужденной (онкологическое заболевание). Адвокат просил суд назначить наказание на основании статьи 64 УК РФ и ниже низшего предела, а также исключить квалифицирующий признак «организованная группа» и применение мер медицинского характера — лечение от наркомании.

Далее слово было предоставлено Соиной, которая полностью поддержала своего адвоката и просила принять во внимание ее раскаяние и учесть все обстоятельства по данному делу.

В своем выступлении прокурор просила суд исключить такой вид наказания, как конфискация имущества, учитывая внесенные в уголовное законодательство изменения, в остальном же приговор оставить без изменения, а жалобу — без удовлетворения.

В 12:15 суд удалился на совещание. В 12:30 была оглашена резолютивная часть определения, из которой следовало, что приговор Черемушкинского суда от 17 октября 2003 года был изменен: исключен вид наказания «конфискация имущества» и отменено принудительное лечение от наркомании. В остальном приговор был оставлен без изменения.

12:31. Слушается дело по кассационной жалобе адвоката Мартвиля в защиту интересов Карпова Олега Александровича. Дело было назначено на 10:00. В деле принимали участие прокурор Сперанская и адвокат Мартвиль.

Из доклада дела следовало, что постановлением Преображенского суда от 31 марта 2004 года в отношении Карпова Олега Александровича, обвиняемого в совершении преступления, предусмотренного частью 3 статьи 30 и частью 1 статьи 105 УК РФ, была избрана мера пресечения в виде содержания под стражей. Адвокат Карпова в кассационной жалобе просил судебную коллегию отменить указанное постановление и избрать другую меру пресечения, не связанную с содержанием под стражей.

В своей речи адвокат поддержал доводы жалобы и просил суд обратить внимание на то, что не было необходимости избирать меру пресечения в виде

содержания под стражей, поскольку у Карпова нет причин скрываться от следствия. Кроме того, до заключения под стражу Карпов имел реальную возможность скрыться, однако данной возможностью не воспользовался.

Речь прокурора была сведена к тому, что постановление следовало оставить без изменения, а жалобу — без удовлетворения.

В 12:35 суд удалился на совещание. В 12:40 была оглашена резолютивная часть определения, из которой следовало, что постановление Преображенского суда от 31 марта 2004 года в отношении Карпова О.А. было оставлено без изменения.

12:45. Слушается дело по кассационной жалобе Варенья Романа Александровича на приговор Хамовнического суда от 13 февраля 2004 года. Смена состава суда: данное дело рассматривали судьи Воронцова, Тур, Ставич. В деле принимали участие осужденный Варенья Р.А. и прокурор Сперанская. Дело слушалось в режиме видеоконференц-связи.

Из доклада дела следовало, что приговором Хамовнического суда от 13 февраля 2004 года Варенья Роман Александрович был признан виновным в совершении преступления, предусмотренного пунктом «в» части 3 статьи 228 УК РФ, и ему было назначено наказание в виде шести лет и двух месяцев лишения свободы с отбыванием наказания в исправительной колонии строгого режима. На приговор суда была подана кассационная жалоба, в которой осужденный просил суд переквалифицировать его действия с пункта «в» части 3 статьи 228 на часть 1 статьи 228 УК РФ, а также снизить наказание с применением статьи 64 УК РФ.

Суд предоставил осужденному Варенья Р.А. слово, в котором тот поддержал свою жалобу и добавил, что у него не было цели сбыта, он являлся только посредником. С учетом этого осужденный просил суд переквалифицировать его действия и изменить приговор.

В своей речи прокурор просила суд изменить режим отбывания наказания со строгого на общий, а в остальном оставить приговор без изменения.

В 12:53 судебная коллегия удалилась на совещание. В 13:00 была оглашена резолютивная часть определения, из которой следовало, что приговор Хамовнического суда от 13 февраля 2004 года был изменен: была применена статья 69 УК РФ и снижено наказание до шести лет лишения свободы с отбыванием наказания в исправительной колонии общего режима.

13:01. Слушается дело по кассационной жалобе Тарковского Виктора Саудовича на приговор Преображенского суда. Данное дело было назначено на 12:30. В его рассмотрении принимали участие прокурор Сперанская, адвокат Казаринов и Тарковский В.С. Отводов суду заявлено не было. Перед началом рассмотрения дела от прокурора поступило ходатайство о прекращении производства по жалобе в связи с тем, что жалоба должна быть рассмотрена судом надзорной инстанции.

В 13:03 для разрешения данного ходатайства суд удалился на совещание. В 13:10 было оглашено определение суда, в соответствии с которым кассационное производство было прекращено, а материалы возвращены в суд первой инстанции.

15:25. Указанный выше судебный состав продолжил слушание дел в зале судебного заседания № 320.

Рассмотрению подлежала кассационная жалоба адвокатов Алымова, Старовойтова, Кривичкина в защиту Голубенко Анатолия Владимировича. В рассмотрении принимали участие адвокаты обвиняемого и прокурор. Перед началом слушания дела один из адвокатов заявил ходатайство о приобщении к материалам дела медицинской справки и характеристики Голубенко, а также истории его болезни. Данное ходатайство было удовлетворено.

Из доклада дела следовало, что постановлением Хамовнического суда от 19 марта 2004 года в отношении Голубенко Анатолия Владимировича была избрана мера пресечения в виде содержания под стражей. В кассационной жалобе адвокаты Голубенко просили суд учесть нарушения, допущенные судом, а также неполное изучение доводов стороны защиты при вынесении постановления.

В своей речи адвокаты отметили, что обвиняемый Голубенко имеет ряд поощрений со стороны православной церкви, в том числе орден Сергея Радонежского III степени. Кроме того, адвокаты просили суд учесть очень серьезную болезнь обвиняемого и то, что его родители, являясь врачами, долгие годы поддерживали его здоровье, а содержание в СИЗО перечеркнет годы врачебной работы над обвиняемым (история болезни обвиняемого составляет несколько сотен страниц, хотя Голубенко всего 30 лет).

Наблюдатели отметили высокопрофессиональную работу троих адвокатов. В своей речи адвокаты последовательно, ссылаясь на нормы права, обосновывали свою позицию и приводили конкретные доказательства их доводов. Адвокаты просили судебную коллегия отменить постановление Хамовнического суда и изменить меру пресечения их подзащитному на иную, не связанную с содержанием под стражей.

Речь прокурора заключалась только в том, что он просил суд оставить постановление без изменения, а жалобу — без удовлетворения.

В 15:50 судебная коллегия удалилась на совещание. В 15:55 была оглашена резолютивная часть определения, из которой следовало, что постановление Хамовнического суда от 19 марта 2004 года было оставлено без изменения.

Зал судебных заседаний № 346. Состав судебной коллегии под председательством Ткаченко.

13:00. В зал судебного заседания приглашены участники по делу Лукшина А.И. Дело назначено к рассмотрению на 13:00. В нем принимали участие прокурор Попова и адвокат Хамидулина. Подготовительная часть судебного

заседания была проведена в обычном порядке. Состав суда: судьи Хотунцева, Тарасов, Смирнова.

Из доклада дела следовало, что приговором Измайловского межмуниципального суда Лукшин осужден по статье 119 УК РФ. Адвокат осужденного выразил свое несогласие с приговором и просил суд переквалифицировать действия Лукшина на статью 116 УК РФ, а также не взыскивать с осужденного денежную сумму в счет возмещения материального ущерба, причиненного потерпевшему, так как в суд не были представлены документы, подтверждающие причиненный вред.

В своей речи прокурор обращала внимание суда на то, что судом первой инстанции были полностью и всесторонне исследованы все обстоятельства, квалификация действий Лукшина правильная, а вопрос о взыскании с осужденного денежной суммы следует передать на рассмотрение в порядке гражданского судопроизводства.

В 13:20 суд удаляется в совещательную комнату. В 13:30 председательствующий оглашает резолютивную часть определения: приговор Измайловского суда в отношении Лукшина изменить частично, передать на рассмотрение в порядке гражданского судопроизводства вопрос о взыскании с Лукшина указанной денежной суммы.

13:35. В зал судебного заседания приглашены участники по делу Семянникова А.С. Дело назначено к рассмотрению на 13:10. В рассмотрении дела принимают участие осужденный и прокурор Попова. Из доклада дела следовало, что приговором суда Семянников А.С. осужден по статье 162 части 2 УК РФ. Осужденный с приговором не согласен, поскольку к нему не была применена статья 64 УК РФ.

В своей речи прокурор обращала внимание суда на то, что судом первой инстанции были полностью и всесторонне исследованы материалы дела, суд дал правильную квалификацию содеянному. Учитывая обстоятельства дела, общественную опасность и данные о личности осужденного, оснований для применения статьи 64 УК РФ нет.

В 13:50 суд удаляется в совещательную комнату. В 13:55 председательствующий оглашает резолютивную часть определения, которым приговор оставлен без изменения, а кассационная жалоба — без удовлетворения.

14:00. В зал судебного заседания приглашены участники по делу Сапрыкина. Дело назначено к рассмотрению на 14:00. В рассмотрении дела принимают участие осужденный и прокурор. Подготовительная часть судебного заседания проведена в обычном порядке.

Из доклада дела следовало, что приговором суда Сапрыкин осужден по статье 228 части 1 УК РФ. Осужденный с приговором не согласен, поскольку его дело было рассмотрено в особом порядке, а адвокат, который был ему предоставлен в порядке статьи 51 УПК РФ, не разъяснил ему, чем отличается осо-

бый порядок рассмотрения дела. Осужденный просил назначить ему наказание в виде штрафа.

В своей речи прокурор обращал внимание суда на то, что суд первой инстанции дал правильную квалификацию содеянному.

В 14:20 суд удаляется в совещательную комнату. В 14:25 председательствующий оглашает резолютивную часть определения, которым приговор был оставлен без изменения, а кассационная жалоба — без удовлетворения.

Нарушения и замечания: жалобы рассматриваются очень быстро, обстоятельства дела докладываются скороговоркой, в совещательную комнату судьи удаляются на очень непродолжительное время, и это обстоятельство позволяет наблюдателям сделать вывод, что резолютивная часть определения готовится судьей-докладчиком заблаговременно, до начала судебного заседания.

15 апреля. Судебная коллегия по уголовным делам. Зал судебного заседания № 225.

11:20. В зал судебного заседания вошли участники процесса по делу Кулиша С.М. Рассмотрению подлежала кассационная жалоба потерпевшего на постановление Тимирязевского межмуниципального суда, которым было отказано в удовлетворении жалобы, поданной в порядке статьи 125 УПК РФ.

Председательствующий судья объявила состав судебной коллегии. Затем она попросила потерпевшего и его представителя предоставить документы, удостоверяющие личность. После этого председательствующая огласила существо кассационной жалобы. Потерпевшим был заявлен отвод составу судебной коллегии из-за неуважительного отношения к предъявленному представителем потерпевшего документу, удостоверяющему личность. Причиной заявленного отвода явилось то обстоятельство, что представитель потерпевшего предъявил паспорт, в действительности которого усомнилась председательствующая. Председательствующая предоставила возможность прокурору высказаться в связи с заявленным отводом. Прокурор сообщил, что оснований для удовлетворения отвода он не находит. Состав судебной коллегии удалился в совещательную комнату. Вернувшись из совещательной комнаты, судья огласила определение об отказе в удовлетворении заявленного ходатайства.

Председательствующий судья объявила заседание продолженным, однако представитель потерпевшего Кувшинов заявил отвод прокурору. Потерпевший Кулиш поддержал ходатайство своего представителя. Прокурор полагал, что в удовлетворении данного отвода также нет оснований. Состав судебной коллегии удалился в совещательную комнату. Вернувшись, судья огласила определение об отказе в удовлетворении заявленного ходатайства.

Председательствующая объявила заседание продолженным. Судья-докладчик зачитала существо кассационной жалобы. В предоставленном слове

представитель потерпевшего Кувшинов заявил, что согласно статье 144 УПК РФ заявление о совершенном преступлении должно быть рассмотрено в трехдневный срок, но на самом деле рассмотрение длилось несколько месяцев. Кувшинов обратился с жалобой на действия прокурора, однако решение суда было не в пользу Кулиша. Он просил отменить решение, вынесенное судом первой инстанции.

В предоставленном слове прокурор заявил, что действия прокурора соответствовали требованиям закона, однако заявитель вправе обжаловать само решение, принятое прокурором.

Судебная коллегия удалилась в совещательную комнату. Затем из оглашенного определения следовало, что в удовлетворении кассационной жалобы было отказано.

В 12:32 началось рассмотрение кассационной жалобы по делу Филипенко. В рассмотрении дела принимали участие осужденный Филипенко, его адвокаты, потерпевшая. Председательствующая объявила состав суда и всех участников процесса. Подсудимым было подано заявление, которое председательствующая, не оглашая его текст, передала потерпевшей.

Из доклада дела следовало, что защита просила постановленный в отношении Филипенко приговор отменить и направить дело на новое рассмотрение. В предоставленном слове один из адвокатов осужденного поддержал доводы кассационной жалобы и пояснил, что судом первой инстанции при вынесении приговора не были учтены обстоятельства, вынудившие Филипенко прибегнуть к действиям самообороны. Второй адвокат осужденного добавил, что суд первой инстанции не учел мнение потерпевшей в части назначения наказания, не принял во внимание выводы экспертизы. Поскольку осужденный пояснил, что дополнений к речам его защиты у него нет, слово было предоставлено потерпевшей, которая в свою очередь просила изменить назначенное Филипенко наказание на любое иное, не связанное с лишением свободы.

В предоставленном слове прокурор заявил, что оснований для удовлетворения кассационной жалобы нет, так как выводы экспертизы правильные, между агрессивными действиями потерпевшего в отношении подсудимого и ответными действиями подсудимого прошло существенное время и необходимости в ответных действиях уже не было. В связи с вышеизложенным прокурор просил приговор оставить без изменения, а кассационную жалобу — без удовлетворения.

Суд удалился на совещание. Из оглашенного определения следовало, что приговор Никулинского суда был оставлен без изменения.

В 12:56 началось рассмотрение кассационного представления на приговор Никулинского межмуниципального суда, которым Бобылев А.Н., Гейслер А.О. и Хачатрян А.С. были осуждены за совершение преступления, предусмотренного частью 2 статьи 330 УК РФ. Подготовительная часть судебного

го заседания была проведена в обычном порядке. Затем председательствующая предоставила слово прокурору. Прокурор просил отменить приговор суда первой инстанции, объясняя это тем, что рассмотрение дела проходило в особом порядке, однако во время судебного процесса со стороны суда были допущены действия, не соответствующие регламенту рассмотрения дела в особом порядке.

Защита осужденных представлением прокурора не поддержала. Адвокат осужденного Бобылева просил суд оставить приговор без изменения. Адвокат осужденного Гейслера и адвокат осужденного Хачатряна просили переквалифицировать деяние их подзащитных на часть 1 статьи 330 УК РФ.

Суд удалился на совещание. Из оглашенной резолютивной части определения следовало, что приговор Никулинского суда был оставлен без изменения. Судебное заседание было окончено в 13:15.

В 13:25 началось рассмотрение кассационного представления на приговор Никулинского межмуниципального суда, которым Орешникова Е.Г. была признана виновной в совершении преступления, предусмотренного частью 1 статьи 228 УК РФ.

Подготовительная часть судебного разбирательства была проведена в обычном порядке.

Из доклада дела следовало, что прокурором было принесено кассационное представление в связи с тяжестью наказания, назначенного судом первой инстанции, который не учел наличие смягчающих обстоятельств. В представленном слове прокурор, а затем осужденная поддержали кассационное представление.

Выслушав мнения участников процесса, суд удалился на совещание. Из оглашенной резолютивной части определения следовало, что приговор Никулинского межмуниципального суда был оставлен без изменения. Судебное заседание было окончено в 13:37.

Наблюдатели считают необходимым отметить следующее. Рассмотрение жалоб происходит очень быстро. Обращает на себя внимание, что с материалами дела знаком весь состав суда, однако обстоятельства дела и доводы кассационных жалоб докладываются очень быстро, многое пропускается, поэтому не всегда можно понять, кем подана жалоба, на решение какого суда и что именно обжалуется. Оставляет желать лучшего работа сторон защиты и обвинения.

Мы не будем далее обращаться к судебным разбирательствам отдельных уголовных дел, рассмотренных в течение недели в Бутырском суде г. Москвы в присутствии наблюдателей, а сразу перейдем к выводам последних.

С 21 по 25 июня 2004 года наблюдатели посетили судебные слушания пяти судей. Обследовано 15 процессов, 4 процесса были отложены из-за неявки сви-

детеля, подсудимого или занятости адвоката, и один процесс был закрытым, поскольку слушалось дело о насильственных действиях сексуального характера. Наблюдатели констатируют: сохраняется тенденция активной роли суда в исследовании доказательств. Суд по-прежнему делает упор на материалы дела, представленные обвинением, включая письменные показания свидетелей и потерпевших, и не настаивает на допросе свидетелей, если они не являются в суд, даже если это происходит без уважительных причин. Такие действия могут стать предметом рассмотрения в Европейском суде, так как каждый обвиняемый имеет право допрашивать свидетелей как обвинения, так и защиты на равных основаниях в соответствии со статьей 6 (3) Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Следствием активной позиции суда также является пассивность обвинителей и адвокатов во время судебного следствия, что негативно отражается на возможности реализации такого принципа уголовного процесса и справедливого судебного разбирательства, как состязательность.

В ходе обследования не было выявлено случаев явно недобросовестного отношения судей к своим обязанностям кроме того, что судьи Логинов и Пасикун рассматривали дела без мантии. По мнению наблюдателей, отсутствие мантии показывает пренебрежительное отношение судей к соблюдению формальностей, что потенциально может распространиться и на отношение к ведению дел. Что касается процедуры рассмотрения дел, то, в общем, она отвечала нормам внутреннего законодательства.

Участники процесса: обвинители, потерпевшие, подсудимые, адвокаты — в целом уважительно и добросовестно относились к своим обязанностям. Хотя наблюдатели отметили, в общем-то, порочную практику, когда участвующие в процессах адвокаты, назначенные в соответствии со статьей 51 УПК РФ, не знакомились ни с делом, ни с подсудимым заранее. Тем не менее в обследованных процессах это не нанесло существенного вреда. Адвокаты, работавшие по соглашениям, в большинстве случаев выполняли свою работу добросовестно, хотя, с точки зрения наблюдателей, не всегда последовательно.

А вот отрывки из отчетов наблюдателей, проводивших мониторинг судебных разбирательств в Головинском суде г. Москвы. Они обращают внимание на условия транспортировки заключенных:

«К сожалению, наблюдателям удалось осмотреть вагонзаки для транспортировки подсудимых лишь издали. Осмотренный спецтранспорт представляет собой модифицированный микроавтобус "газель", грузовой отсек которого разделен проходом, с обеих сторон которого вдоль бортов автомашины размещены стальные пеналы, конструкцией и размерами напоминающие индивидуальные шкафчики в раздевалках.

Отверстия для воздуха находятся на уровне щиколоток и не обеспечивают нормальной циркуляции воздуха, необходимой для вентиляции и/или отопления.

С учетом габаритов индивидуальных пассажирских отсеков, осмотренное средство спецтранспорта уступает в плане комфортности специализированным грузовым автомашинам, применяемым в сельском хозяйстве для транспортировки скота на бойни.

Принимая во внимание расстояния между судом и московскими СИЗО, правила конвоирования и объективные условия движения на московских улицах, возникают опасения, что подсудимые, вне зависимости от их возраста и состояния здоровья, вынуждены проводить долгое время в условиях, требующих специальной подготовки. При этом расположение сидения конвоира не позволяет ему отслеживать физическое состояние конвоируемых лиц».

Из отчета наблюдателя В. Бокаревой: «Во время судебного следствия прокурор зачитывал обвинение, затем некоторые материалы дела, однако делал это пренебрежительно, быстро, многое не было понятно из-за того, что он читал слишком тихо... Поведение сторон свидетельствовало о полном безразличии».

Из отчета наблюдателя Ю.А. Пчелинцевой: «...12:15, зал № 418. Наблюдатели услышали, как судья, проходя по коридору мимо зала судебного заседания, в поисках прокурора, сказала кому-то, что "теперь проблемы с прокурором. Надо его ждать". В зале в этот момент находились адвокат подсудимого, сам подсудимый и свидетель (заседание началось с более чем часовым опозданием из-за того, что сначала судья искала прокурора, а затем ждали прокурора)».

Все наблюдатели единодушно отметили особо доверительные отношения судей и прокуроров, что ставит под сомнение соблюдение принципа состязательности сторон.

Из отчета наблюдателя В.С. Бережной: «В 12:11 из зала № 512 вышел судья, следом за ним конвой с подсудимым, потом секретарь, мило беседующий с прокурором».

Что касается присутствия свидетелей в судебном разбирательстве, то, например, по делу г-на Абдурахманова, обвиняемого по статьям 105 и 115 части 1 УК РФ, свидетели и эксперт не явились по не выясненной судом причине и дело было отложено. По делу г-на Игалиева, обвиняемого по статье 319 части 1 УК РФ, свидетель, вызванный стороной защиты, явился и был допрошен в судебном заседании. По другим делам в день обследования свидетели в суд не вызывались. Наблюдатели не отметили случаев, когда адвокат, подсудимый или сторона по гражданскому делу настаивали на вызове свидетеля.

Надо признать, что перед началом допроса свидетелей судьи всегда разъясняли им нормы закона об ответственности за дачу ложных показаний, а в некоторых случаях даже брали расписку свидетеля в том, что ему эта норма разъяснена. Только в отношении приглашенного переводчика данная норма не была выполнена.

Суммируя отчеты наблюдателей, представленные в настоящей статье, можно сделать определенные выводы.

1. Некоторые судьи требовали от наблюдателей, несмотря на то что судебные заседания были открытыми, разрешения председателя суда на посещение судебного заседания, но соглашались с их присутствием, если наблюдатели указывали на норму закона, гарантирующую гласность процесса. Такое отношение судей к публике в зале судебных заседаний говорит о закрытости самой судебной власти от общества, об определенном страхе перед обществом — очевидно, потому, что судьи не уверены в соответствии своей деятельности роли суда как гаранта прав и свобод в демократическом обществе и хотели бы избежать социального контроля за правосудием.

2. Равенство сторон в процессе и их состязательность относятся к числу существенных конституционных гарантий справедливого правосудия. Несмотря на это, государственные обвинители в ряде процессов были плохо знакомы с материалами дел. Защитники по большинству обследованных процессов по уголовным делам были назначены в порядке статьи 51 УПК РФ и, как указывалось выше, не были знакомы с материалами дел и своими подзащитными. Во многих процессах судьи не зачитывали содержание исследуемых письменных материалов, а лишь называли исследуемые документы. Все обозначенные отступления от установленных правил судебного разбирательства приводят к тому, что исследование доказательств в ходе судебного следствия по-прежнему носит формальный характер и не имеет своей целью действительное представление суду доказательств виновности или невиновности подсудимого. Суд по-прежнему исполняет функцию закрепления того обвинения, которое предъявлено на предварительном следствии, и назначения наказания независимо от обоснованности и доказанности обвинения.

3. Сохраняется «традиция», согласно которой подсудимый в ходе судебного разбирательства дает показания первым, хотя наблюдатели зафиксировали, что судьи спрашивают у подсудимых, когда они хотели бы давать показания. В результате не исчезла, а продолжает существовать тенденция обвинительного процесса, так как в силу принципа презумпции невиновности сначала следовало бы заслушать сторону обвинения и ее доказательства, а затем уже отвечать на предъявленные обвинения. Сохранение этой тенденции говорит о том, что адвокаты также не привыкли работать в условиях равенства сторон и состязательного процесса и не учитывают логику этого процесса, соглашаясь на то, чтобы их подзащитные давали показания первыми. Отсутствие реального равенства сторон и состязательности в уголовном процессе приводит к тому, что суд не выполняет своей роли гаранта справедливости в обществе и, следовательно, не пользуется доверием общества, которое воспринимает суд как карательный орган, поддерживающий и замыкающий предшествующую обвинительную деятельность.

4. В уголовном судопроизводстве участники процесса, выступающие на стороне обвинения, представлены, как правило, государственным обвинителем и потерпевшим, а на стороне защиты — адвокатом и подсудимым. Достаточно часто прокурор и судья общаются до начала судебного заседания и вместе находятся в совещательной комнате, что с точки зрения стандартов Европейского суда может быть расценено как поведение, которое ставит под сомнение беспристрастность суда, а значит, и справедливость судебного разбирательства в целом.

5. Подготовка адвокатов к процессу заметно различается в зависимости от того, назначен ли адвокат в соответствии со статьей 51 УПК РФ или между адвокатом и подсудимым заключено соглашение. В первом случае некоторые адвокаты видят своих подзащитных впервые в зале суда. Иногда адвокаты во время процесса были согласны даже на рассмотрение дела в отсутствие всех свидетелей, поэтому о квалифицированной юридической помощи в данном случае речь идти не может.

6. Часто причиной отложения судебных заседаний является неявка свидетелей в суд. Эта тенденция может свидетельствовать, с одной стороны, о том, что общество не доверяет судебной власти и не знает действительного ее предназначения, а с другой — что судебная власть не вызывает уважения, хотя иногда свидетели не являются в связи с тем, что повестки не были оформлены и высланы надлежащим образом.

Рассмотренные выше факты недолжного проведения судебного разбирательства, как представляется, производят неприятное впечатление: кажется, не хватает времени и судья спешит. Пожалуй, больше всего бросается в глаза торопливость. Нет уверенности в том, что дело действительно расследовано, как говорится, со всех сторон и судьбу человека решают по закону, по справедливости, на основе достаточной совокупности доказательств.

Может быть, от неверия нашим судам люди и обращаются в Европейский суд?

Пора Фемиде, возвышающейся над зданием Верховного Суда России, наконец завязать глаза — во всем мире именно повязка на глазах богини правосудия символизирует объективность. Это, возможно, явится знаком признания в том, что России необходима подлинно независимая, достойная, уважающая дух и букву закона, а также человеческое достоинство судебная система.

Говоря о причинах многочисленности процессуальных нарушений в России, можно выделить среди них те, что поддаются устранению соответственно в ближайшей перспективе и в долговременной перспективе. К последним относится недостаточно высокий уровень правосознания всех участников процесса, выражающийся в самых разных формах (низкая заинтересованность судьи в вынесении справедливого судебного решения, отсутствие у

судьи внутренней независимости, низкая мотивация защитника, назначенного в порядке статьи 51 УПК РФ, и т.д.). Иными словами, это весь комплекс обстоятельств, связанных с волей, мотивацией и правосознанием лиц, участвующих в судопроизводстве. Ожидать эффективных рекомендаций и мер по устранению правового нигилизма, который в конечном счете все равно связан с политической и социально-экономическими системами общества, затруднительно. Без определенной эволюции общества нереалистично рассчитывать ни на смену государственной политики в отношении судебной системы, ни на искоренение отрицательного влияния авторитарной политической системы на состояние законности в уголовном процессе. Однако на основе изученной российской и международной практики крайне важно выявить такие причины вышеперечисленных процессуальных нарушений, которые, как представляется, можно хотя бы частично устранить в не столь отдаленной перспективе, а именно в ближайшие 5–10 лет. Далее эти причины (недостатки) названы.

1. Огромная нагрузка на судей, обусловленная нехваткой квалифицированных кадров. В интересах всестороннего и полного исследования обстоятельств дела эта нагрузка должна быть снижена в разы и десятки раз, что, в свою очередь, невозможно без увеличения численности судейского корпуса и, естественно, заработной платы судей. Необходимо также пресекать практику предоставления федеральным судьям различных льгот за счет средств бюджетов субъектов РФ.

2. Чрезмерные дискреционные полномочия председателей судов при решении ряда процессуальных и организационных вопросов. К таким полномочиям относятся, в частности, возможность в соответствии со статьей 406 УПК РФ «заблокировать» дальнейшее движение надзорной жалобы или представления, а также оказывать влияние на решение вопроса о привлечении судей к дисциплинарной ответственности.

3. Недостаточное развитие общественного (в том числе со стороны СМИ) контроля за ходом судопроизводства из-за неполного претворения в жизнь положений статьи 241 УПК РФ о гласности уголовного процесса. Подлинная реализация этой статьи сама по себе послужила бы развитию общественного интереса к уголовному процессу, повышению культуры его участников. Право любого желающего явиться в любое открытое судебное заседание сегодня существует лишь на бумаге.

4. Коррупционные проявления. Основным средством борьбы с ними должно, на наш взгляд, служить увеличение финансирования судов и правоохранительных органов.

5. Низкая информированность участников судопроизводства о возможности подачи в квалификационную коллегию судей жалобы о совершении судьей дисциплинарного проступка, возможности обращения в ЕСПЧ, требованиях к такому обращению. Не подлежит сомнению, что отдельные процес-

суальные нарушения, особенно допущенные судьей неоднократно, могут составлять дисциплинарный проступок.

6. Неправильная политика органов исполнительной власти в отношении обращений в ЕСПЧ. В течение долгого времени предпринимались попытки обусловить обращение в ЕСПЧ «прохождением» надзорной инстанции, которая не признается ЕСПЧ эффективным средством национальной судебной защиты (*Тумилович против России, 1999; Питкевич против России, 2001; Бедзенишвили против России, 2003*). Настораживают также многочисленные заявления представителей МИД РФ о политизированности отдельных решений ЕСПЧ. Еще одно тревожное откровение — описанная выше ситуация в деле *Князев против России, 2007*, свидетельствующая о том, что, быть может, даже уполномоченный Российской Федерации при Европейском суде не заинтересован в реализации права граждан России на жалобу в Европейский суд.

7. Недостаточность публикаций судебных решений судов общей юрисдикции. Публикация приговоров могла бы повысить ответственность судей за совершаемые процессуальные действия.

8. Продолжительность предельных сроков содержания под стражей (статья 109 УПК РФ), что является основной причиной процессуальной беспомощности обвиняемых. Но главная проблема, конечно, не в сроках, а в необоснованно частом применении данной меры пресечения, и эта проблема не может быть решена простым изменением законодательства, а требует коренного изменения подходов к правоприменению, связанных с подлинным и независимым судебным контролем.

Некоторые из отмеченных недостатков призвана устранить федеральная целевая программа «Развитие судебной системы России» на 2007–2011 годы, утвержденная Постановлением Правительства Российской Федерации от 21 сентября 2006 года № 583¹. В соответствии с этой программой предполагается существенно увеличить финансирование судов и повысить уровень обеспечения судей жильем, а также обеспечить суды общей юрисдикции большим количеством квалифицированных кадров. Намечаемое программой упразднение и укрупнение ряда районных судов, а также изменение подсудности дел мировым судьям и районным судам объясняется тем, что необходимо уравнять судебную нагрузку на судей различных звеньев судебной системы. Введение в соответствии с данной ФЦП внесудебного порядка урегулирования споров также призвано уменьшить судебные нагрузки.

Со своей стороны создание веб-сайтов судов общей юрисдикции и информационной системы судов общей юрисдикции будет способствовать лучшему

¹ См.: Собрание законодательства Российской Федерации. Вып. № 41 от 9 октября 2006 г. Ст. 4248.

информированию населения о деятельности судов, а введение особых требований к планировке помещений судов — реализации нормы статьи 241 УПК РФ. Введение электронного документооборота позволит повысить уровень прозрачности принятия процессуальных решений в уголовном процессе, а благодаря обязательной аудиозаписи хода судебного заседания поведение участников процесса, хочется надеяться, станет более корректным, отрицательные последствия ненадлежащего составления протоколов судебных заседаний будут смягчены и появится больше возможностей для устранения судебных ошибок.

Как и всякая федеральная целевая программа, ФЦП «Развитие судебной системы России» весьма «технократична». Едва ли стоит надеяться на искоренение ею процессуальных нарушений в уголовном процессе, которому она, кстати, специально не уделяет внимания в отличие от гражданского и арбитражного процессов. Например, едва ли можно ожидать, что введение обязательного декларирования судьями своих доходов, имущества и имущественных обязательств внесет какой-либо существенный вклад в борьбу с коррупцией, что каждая декларация будет тщательным образом проверяться, а не послужит поводом для придинок к неугоднему судье, разрушая и без того недостаточные гарантии его независимого статуса. Тем не менее мероприятия в рамках данной программы в целом, безусловно, могут способствовать уменьшению количества процессуальных нарушений в ходе судебного разбирательства уголовных дел.

Ю. Жукова,

аспирантка факультета права ГУ — ВШЭ

ОБЗОР ТИПИЧНЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЙ, СОВЕРШАЕМЫХ ПРИ РАССМОТРЕНИИ ГРАЖДАНСКИХ ДЕЛ В СУДАХ ОБЩЕЙ ЮРИСДИКЦИИ

В статье дается краткая характеристика наиболее часто совершаемых нарушений процедуры судебного разбирательства при рассмотрении гражданских дел. О каких нарушениях идет речь? По сути, это любое отклонение судьи или другого участника процесса от требований норм Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (далее — ГПК РФ), а поскольку все требования, регулирующие процесс осуществления правосудия, установленные данным правовым актом, являются императивными, то любое нарушение представляется недопустимым. Несоблюдение процессуальной формы всегда несет в себе угрозу негативного влияния на принятие решения. Сам факт того, что на практике подобные нарушения совершаются в огромном количестве, позволяет негативно говорить об отношении судей к требованиям закона. Нарушения процессуальной формы неизбежно ущемляют процессуальные и материальные права определенных субъектов и зачастую приводят к отмене судебного решения как незаконного.

Главный вопрос, на который весьма сложно найти ответ (и тем не менее попытаться следует) формулируется следующим образом: почему процедура рассмотрения дела в судах столь часто не отвечает требованиям закона и существуют ли объективные причины, в силу которых в большом количестве совершаются нарушения?

Изучение практики пересмотра решений судов первой инстанции по процессуальным основаниям (охватывался период приблизительно за последние два с половиной года) позволяет сгруппировать соответствующие нарушения, совершаемые при рассмотрении гражданских дел, выделив среди них наиболее часто совершаемые. Для анализа использовались судебные акты Московского областного суда, содержащиеся в базе «Консультант Плюс» за 2005, 2006 и 2007 годы; в качестве иллюстрации дела будут приводиться выборочно, с учетом того, что каждая из описанных ниже проблем нашла свое отражение в данной работе именно в связи с широкой распространенностью.

1. Наиболее распространенным нарушением, в связи с которым было пересмотрено и отменено подавляющее большинство судебных решений, является *отсутствие извещения или ненадлежащее извещение лиц, участвующих в*

деле, о времени и месте судебного заседания. Данное нарушение приводит к рассмотрению дела в отсутствие заинтересованного лица и, соответственно, означает лишение последнего возможности осуществлять целый ряд процессуальных прав: права представлять свои возражения по существу заявленных требований, принимать участие в исследовании доказательств, давать объяснения, заявлять ходатайства, приводить свои доводы, своевременно обжаловать принятые по делу решения и др. (открытый перечень прав лица, участвующего в деле, закреплен в статье 35 ГПК РФ). Важен и тот факт, что правосудие по гражданским делам, в соответствии со статьями 12 ГПК РФ, должно осуществляться на основе принципов состязательности и равноправия сторон, следование которым становится невозможным без надлежащего обеспечения участия в судебном заседании всех заинтересованных лиц. Поэтому работа по извещению сторон и проверка результатов этой работы не должны выполняться «спустя рукава», а каждый раз дело должно быть доведено до конца. К сожалению, в настоящее время проведение судебного заседания в отсутствие истца, ответчика или иного заинтересованного лица далеко не редкость. К проверке причин неявки лиц, которых полагалось известить, часто относятся как к пустой формальности и закрывают глаза на отсутствие извещения лица «некачественное» извещение.

Как правило, имеет место именно ненадлежащее извещение, т.е. «попытка извещения» без проверки получения адресатом повестки. Порядок судебного извещения регламентирован в статьях 113–117 ГПК РФ. Так, в соответствии со статьей 113 лица, участвующие в деле, вызываются в суд заказным письмом с уведомлением о вручении, судебной повесткой с уведомлением о вручении, телефонограммой или телеграммой, по факсимильной связи или с использованием иных средств связи и доставки, обеспечивающих фиксирование судебного извещения или вызова и его вручение адресату. Таким образом, главным требованием к любому способу извещения является возможность убедиться в том, что извещение получено, только в этом случае норма закона может считаться соблюденной.

Следующее требование — это требование своевременности извещения. В соответствии с пунктом 3 статьи 113 ГПК РФ лицам, участвующим в деле, судебные извещения и вызовы должны быть вручены с таким расчетом, чтобы указанные лица имели достаточный срок для подготовки к делу и своевременной явки в суд. Установлены следующие правила доставки и вручения судебного извещения: судебное извещение направляется по адресу, указанному лицом, участвующим в деле, или его представителем. В случае если по указанному адресу гражданин не проживает, извещение может быть направлено по месту его работы. Судебное извещение, адресованное организации, направляется по месту ее нахождения либо по месту нахождения ее представительства или филиала, если они указаны в учредительных документах (пункты 4, 5

статьи 113 ГПК РФ). Судебные повестки и иные извещения доставляются по почте или лицом, которому судья поручает их доставить, при этом время их вручения адресату должно фиксироваться установленным в организациях почтовой связи способом или на документе, подлежащем возврату в суд (пункт 1 статьи 115 ГПК РФ). Доказательством вручения судебной повестки является возвращенный в суд корешок судебной повестки с подписью лица, ее получившего. Если адресат временно отсутствует или место пребывания его неизвестно, информация о данном факте должна быть указана на корешке повестки и в данном случае обязанность по извещению считается надлежащим образом исполненной, несмотря на то что извещения как такового не происходит. То же самое и при отказе адресата принять повестку, но при этом адресат считается извещенным.

В соответствии с частями 2, 3 статьи 167 ГПК РФ в случае неявки в судебное заседание кого-либо из участвующих в деле лиц, в отношении которых отсутствуют сведения об их извещении, разбирательство дела откладывается. Суд вправе рассмотреть дело в случае неявки кого-либо из участвующих в деле лиц, извещенных о времени и месте судебного заседания, если этими лицами не представлены сведения о причинах неявки или суд признает причины их неявки неуважительными. Между тем, судя по количеству отмененных судебных решений, зачастую суд, к сожалению, не уделяет внимание причинам отсутствия лица и не проверяет, было ли отсутствующее лицо надлежащим образом извещено.

Так, Одинцовский городской суд 25 июля 2006 года рассмотрел спор в отсутствие ответчицы по делу¹, при этом было установлено, что в материалах дела имелась копия телеграммы, направленной ответчице, однако отсутствовали сведения о вручении ей этой телеграммы. Других данных об извещении ответчицы о времени и месте судебного заседания в материалах дела не имелось. При этом суд по какой-то причине применил норму статьи 118 ГПК РФ об обязанности лица, участвующего в деле, сообщать суду о перемене своего адреса во время производства по делу; в случае неисполнения требований данной нормы повестка будет считаться доставленной. Таким образом, суд сделал вывод о нарушении именно ответчицей своих процессуальных обязанностей. Между тем вывод о том, что ответчица по адресу, по которому была направлена телеграмма, больше не проживает, сделан судом произвольно, поскольку в материалах дела отсутствовали какие-либо данные о перемене ответчицей места жительства в период рассмотрения дела в суде. Обращаясь с надзорной жалобой, ответчица утверждала, что никаких извещений не получала и при этом места жительства в течение последних нескольких лет не меняла (в самой

¹ По материалам пересмотра дела Московским областным судом: Постановление от 13.06.2007 № 371 по делу № 44г-138\07.

надзорной жалобе был указан все тот же адрес). Выходит, что проверка доставки телеграммы не была надлежащим образом обеспечена, в результате чего ответчица (хотя свой процессуальный статус ей реализовать так и не удалось) была лишена возможности участвовать в деле, чем были нарушены ее права, предусмотренные статьями 12, 35 ГПК РФ. Вывод о наличии аналогичного нарушения вытекает из материалов дела Подольского городского суда (дело рассматривалось 31 января 2005 года)¹, где имелась телеграмма, направленная ответчику по делу, однако отсутствовали сведения о вручении ему этой телеграммы, что послужило основанием к отмене решения суда как неправомерно рассмотренного в отсутствие ответчика.

В ряде случаев в материалах дела присутствуют документы, прямо подтверждающие отсутствие извещения необходимого лица. Так, 27 января 2006 года Клинским городским судом было рассмотрено дело в отсутствие ответчика². Между тем, как видно из материалов дела, извещения направлялись по адресу регистрации ответчика, хотя истец указывал, что по данному адресу ответчик не проживает. Все извещения возвращены отделением связи с отметкой о невручении адресату. Согласно статье 50 ГПК РФ в случае отсутствия представителя у ответчика, место жительства которого неизвестно, суд назначает адвоката в качестве представителя. В данном случае суд этого не сделал и рассмотрел дело в отсутствие ответчика. В результате экономия на процессуальных действиях опять же привела к отмене решения и направлению дела на новое рассмотрение.

Королёвский городской суд, рассматривая 19 мая 2006 года дело о лишении родительских прав³, принял решение в отсутствие ответчика — то есть лица, которое, собственно, и было лишено родительских прав в отношении своего сына; при этом ответчик в связи с конфликтными отношениями с истицей по месту регистрации не проживал, зато последней было известно его место работы. По указанному адресу суд направил извещение о месте и времени рассмотрения судебного дела, однако оно было возвращено суду в связи с неверностью адреса. После этого суд не принял должных мер для надлежащего извещения ответчика, хотя мог бы сделать это через центральный офис компании, в которой работал ответчик.

Является достаточно типичной ситуация, когда в материалах дела вообще не содержится никаких данных о вручении повестки либо иного извещения. Мировым судьей 72-го судебного участка Клинского судебного округа было

¹ По материалам пересмотра Московским областным судом: Постановление от 11.04.2007 № 236 по делу № 44г-87/07.

² По материалам пересмотра Московским областным судом: Постановление от 14.03.2007 № 168 по делу № 44г-71\07.

³ По материалам пересмотра Московским областным судом: Постановление от 28.02.2007 № 140 по делу № 44г-64\07.

вынесено заочное решение¹, при этом в материалах отсутствовали документы, подтверждающие вручение повестки, а представитель ответчицы заявил, что извещение не было получено.

Судья Пушкинского городского суда по делу об установлении юридического факта², правильно определив состав заинтересованных лиц, в дальнейшем не привлек одно из них (Пушкинское управление социальной защиты населения Министерства социальной защиты населения Московской области) к участию в деле. В этой связи последнее подало надзорную жалобу, ссылаясь на то, что не было извещено о месте и времени судебного заседания. Поскольку материалы дела не содержали подтверждения такого извещения, решение было отменено как нарушающее право заинтересованного лица на участие в деле.

Приведенные примеры представляют собой лишь отдельные иллюстрации. Подобных дел значительно больше. В частности, с середины 2006 до середины 2007 года в судах Московской области было рассмотрено порядка 40 гражданских дел, связанных с проблемой неизвещения ответчика. Причем это только те решения, которые были обжалованы. Действительное же их количество, скорее всего, существенно превышает зафиксированное.

Встречаются на практике и такие ситуации, когда информация о вручении повестки формально в деле присутствует, однако обстоятельства дела свидетельствуют о явной возможности фальсификации. При этом суд не уделяет внимания проверке данного факта, как это произошло в Солнечногорском городском суде при рассмотрении спора о приватизации³: истец в исковом заявлении отметил, что ему неизвестно место жительства ответчицы и указал адрес ее регистрации для вручения корреспонденции. Однако в материалах дела имелась расписка о вручении повестки ответчице в судебное заседание 25 декабря 2006 года с ее подписью и записью о признании иска, которую суд и положил в основу судебного решения, полагая, что ответчица надлежащим образом извещена. Вместе с тем из материалов дела было невозможно установить, по какому адресу и каким способом вручалась повестка ответчице, а в надзорной жалобе она утверждала, что извещена о судебном заседании не была и возражения по существу заявленного требования имеет, так как не обеспечена иным жилым помещением. Московский областной суд указал, что, «принимая во внимание утверждение истца о неизвестности места жительства ответчицы и заинтересованности его в оформлении без ее учас-

¹ По материалам пересмотра Московским областным судом: Постановление от 13.06.2007 № 370 по делу № 44г-141\07.

² По материалам пересмотра Московским областным судом: Постановление от 06.06.2007 № 353 по делу № 44г-132\07.

³ По материалам пересмотра Московским областным судом: Постановление от 23.05.2007 № 337 по делу № 44г-127\07.

тия приватизации квартиры, о чем он указывал в исковом заявлении, нельзя считать, что ответчица надлежащим образом в установленном и изложенном выше законом порядке извещена о времени и месте судебного заседания и действительно выразила волю на признание исковых требований». Таким образом, выходит, что в деле имелся документ об извещении и формально, казалось бы, требование соблюдено, однако вероятность фальсификации была слишком очевидной и суду следовало проверить указанное обстоятельство. Как-никак, если бы ответчица в действительности была согласна с требованием истца, продолжение судебного процесса не имело бы смысла. Поэтому в данной ситуации утверждение о признании иска должно было насторожить судью, и тот факт, что суд не стал уделять этому факту внимание, говорит о сугубо формальном подходе, нежелании углубляться в существо дела и проверять «лишнее».

Периодически гражданские дела рассматриваются в отсутствие извещенного лица, которое в силу уважительных причин неспособно принять участие в судебном заседании в назначенное судом время. При этом суд игнорирует эти причины и не считает их препятствием к рассмотрению дела. Так, Раменским городским судом 24 июля 2006 года дело было рассмотрено в отсутствие ответчицы¹ и ее представителя, в то время как она сообщала суду по телефону о причине своего отсутствия — в день судебного заседания ее муж перенес инфаркт. Однако суд не стал переносить заседание, нарушив таким образом ее право на участие в нем.

Мировой судья 62-го судебного участка Истринского городского суда 21 октября 2003 года вынес заочное решение², притом что согласно материалам дела в день судебного заседания ответчик обратился к судье с письменным ходатайством, в котором просил отложить слушание дела в связи с болезнью, указав, что медицинские документы будут представлены суду позже. В тот же день суду была представлена копия листа нетрудоспособности, согласно которому ответчик в момент рассмотрения дела трудоспособным не являлся. Соответственно, мировой судья вынес заочное решение в нарушение статьи 233 ГПК РФ, в соответствии с которой заочное производство допускается в том случае, если ответчик не сообщает об уважительных причинах своей неявки.

Подобные ситуации возникают при невозможности явки представителя лица, участвующего в деле. Например, Люберецкий городской суд 27 марта 2006 года³ вынес решение в пользу истца, притом что в день судебного засе-

¹ По материалам пересмотра Московским областным судом: Постановление от 17.01.2007 № 33 по делу № 44г-468\07.

² По материалам пересмотра Московским областным судом: Постановление от 27.12.2006 № 793 по делу № 44г-461\06.

³ По материалам пересмотра Московским областным судом: Постановление от 18.04.2006 № 256 по делу № 44г-97\07.

дания ответчики просили суд об отложении судебного разбирательства ввиду болезни адвоката. Имеющийся в материалах дела ордер свидетельствует о наличии заключенного соглашения на ведение дела с адвокатом. Суд в удовлетворении ходатайства об отложении разбирательства отказал, рассмотрев дело в отсутствие представителя ответчиков, чем нарушил их конституционное право на получение квалифицированной юридической помощи (статья 48 Конституции РФ) при рассмотрении предъявленных к ним исковых требований.

Сложно однозначно ответить на вопрос, почему суды отказывают в удовлетворении законных просьб. Скорее всего, это происходит из-за банальной загруженности и нежелания переносить рассмотрение дела, назначать новую дату слушаний и совершать еще раз необходимые приготовления, коль скоро заседание (как в рассмотренных примерах) должно вот-вот начаться и все остальные участники в суд явились. В данном случае суд использует свое формальное право на отклонение ходатайства, а если оно к тому же не было оформлено в письменном виде, то попросту не рассматривает высказанную просьбу. Следует, однако, отметить, что суд располагает организационными возможностями перенести заседание на другое время. Тот факт, что нетрудоспособность лица, участвующего в деле, либо его представителя не принимается во внимание и не считается причиной, заслуживающей уважения, говорит о небрежном отношении судьи к своей работе и неуважении к заинтересованным в исходе дела лицам, обладающим гораздо более скромными процессуальными возможностями.

2. Схожим по правовым последствиям нарушением, довольно часто совершаемым судами на стадии подготовки дела к судебному разбирательству, является *неправильное определение состава лиц, участвующих в деле, и, как следствие, привлечение не всех заинтересованных лиц*. Это также является нарушением права на участие в рассмотрении дела. В соответствии со статьей 148 ГПК РФ одной из основных задач подготовки дела к судебному разбирательству является разрешение вопроса о составе лиц, участвующих в деле, и других участников процесса. Согласно статье 35 ГПК РФ лицами, участвующими в деле, являются стороны, третьи лица, прокурор, лица, обращающиеся в суд за защитой прав, свобод и законных интересов других лиц или вступающие в процесс в целях дачи заключения по основаниям, предусмотренным статьями 4, 46 и 47 ГПК РФ, заявители и другие заинтересованные лица по делам особого производства и по делам, возникающим из публичных правоотношений. В нарушение указанных норм суды далеко не всегда тщательно разрешают вопрос о составе лиц, участвующих в деле, и очень часто часть заинтересованных лиц остается «за бортом», что влечет за собой многочисленные пересмотры. Приведем несколько примеров.

Суд Балашихинского городского суда, рассматривая 21 июля 2006 года заявление о признании права муниципальной собственности на бесхозяйную недвижимую вещь¹, в нарушение статьи 292 ГПК РФ при подготовке дела к разбирательству не выяснил надлежащим образом, какие лица (собственники, фактические владельцы и др.) могут предоставить сведения о принадлежности имущества, и рассмотрел заявление в отсутствие заинтересованного лица — товарищества собственников жилья, в течение нескольких лет осуществлявшего владение и пользование спорным тепловым пунктом и несшего бремя расходов на его содержание. Между тем факт использования указанного недвижимого имущества не мог не быть очевидным. Трудно установить причину, по которой фактического владельца и пользователя невозможно было обнаружить и привлечь к участию в деле.

Красногорский городской суд 24 мая 2006 года удовлетворил иск² о внесении изменений в проект генерального плана садоводческого товарищества в соответствии с топографической съемкой и обязал товарищество установить границы земельного участка в соответствии с требованиями истца, однако не привлек к участию в деле владельцев смежных участков, притом что опять-таки представляется вполне очевидным, что судебное решение затрагивает их права и интересы. Суд произвольно сделал вывод об отсутствии возражений со стороны соседей, самих соседей не привлекая, а между тем такие возражения имелись.

Мировой судья 64-го судебного участка Истринского судебного района Московской области решением от 21 мая 2004 года³ удовлетворил иск о признании за наследником первой очереди права собственности на долю колхозных земель, принадлежавшей его умершей супруге как члену колхоза, преобразованного в закрытое акционерное общество. Между тем в нарушение статей 34, 148 ГПК РФ не был разрешен вопрос о составе лиц, участвующих в деле. Суд удовлетворил заявленные исковые требования и признал право собственности на всю принадлежавшую наследодателю земельную долю за истцом, не проверив, имеются ли другие наследники, принявшие наследство в установленном законом порядке. Для этого суду следовало поставить вопрос об истребовании наследственного дела к имуществу наследодателя. С надзорной жалобой обратились двое детей умершей собственницы земель, права и законные интересы которых были нарушены указанным решением судьи, не привлекая их к участию в деле.

Очень похожая ситуация встретилась нам в связи с жилищным спором: Пушкинский городской суд 20 октября 2004 года удовлетворил иск о призна-

¹ По материалам пересмотра Московским областным судом: Постановление от 11.04.2007 № 234 по делу № 44г-89\07.

² По материалам пересмотра Московским областным судом: Постановление от 21.02.2007 № 115 по делу № 44г-56\07.

³ По материалам пересмотра Московским областным судом: Постановление от 06.12.2006 № 745 по делу № 44г-442\06.

нии права собственности на жилой дом¹ — иск был предъявлен матерью к дочери на основании того, что истица построила дом на собственные средства, оформив его на ответчицу. После заключения ответчицей второго брака отношения изменились, и у истицы возникло намерение вернуть себе дом. Ответчица иск признала и на основании этого иск был удовлетворен. Между тем решение было вынесено в противоречии со статьей 39 ГПК РФ, согласно которой суд не принимает признание иска ответчиком, если это противоречит закону или нарушает права и законные интересы других лиц. В данном деле суд не принял мер к выяснению того, будет ли нарушать такое решение права иных лиц, в частности не рассмотрел вопрос о привлечении к делу лица, очевидно заинтересованного в исходе дела, — первого супруга ответчицы, который в надзорной жалобе указал, что состоял в браке с ответчицей в тот период, когда был построен спорный дом, и заявил, что тот был построен на совместные средства. 23 июня 2005 года он обратился с иском о разделе общего имущества в суд, где от представителя ответчицы узнал, что на основании решения Пушкинского городского суда от 20 октября 2004 года право собственности на дом зарегистрировано за матерью ответчицы. При этом если вопрос о том, нарушено ли в действительности материальное право данного лица, является спорным (дело направлено на новое рассмотрение), то нарушения его процессуальных прав, прежде всего права на участие в рассмотрении дела на основании статьи 35 ГПК РФ, налицо. Суду следовало проверить, является ли дом супружеским имуществом и распространяется ли на него законный режим имущества супругов, и на основании этого надлежащим образом разрешить вопрос о составе лиц, участвующих в деле.

Проблема неправильного определения состава заинтересованных лиц представляется достаточно серьезной, потому что судебное разбирательство при таких условиях становится неполным и неэффективным, а решение — несправедливым и не отвечающим требованиям законности. Как в приведенных примерах, так и в ряде других аналогичных дел, основания для проверки наличия других заинтересованных лиц, помимо истца и ответчика, являются вполне очевидными, поскольку связаны, как правило, с фактами, которые лежат на поверхности (состояние в браке, наличие у «бесхозного имущества» владельцев, которые его содержат и эксплуатируют, и т.д.). Соответственно, налицо не только нежелание судей выявлять и разыскивать заинтересованных лиц, но и элементарное пренебрежение интересами тех лиц, о которых упоминается в самих материалах дела и привлечение которых не стоит значительных усилий. Сложившаяся на данный момент практика применения статьи 148 ГПК РФ и специальных норм по отдельным категориям дел (например,

¹ По материалам пересмотра Московским областным судом: Постановление от 29.11.2006 № 730 по делу № 44г-443\06.

статьи 292 ГПК РФ) говорит о невнимательном отношении судей к закону, что, разумеется, вызывает отрицательное отношение и недоверие граждан к суду.

3. Одним из наиболее часто встречающихся нарушений является *нарушение мировыми судьями правил о подсудности*, установленных статьей 23 ГПК РФ. В частности, регулярно игнорируется подпункт 5 пункта 1 статьи 23 ГПК РФ, в соответствии с которым мировой судья рассматривает в качестве суда первой инстанции дела по имущественным спорам при цене иска, не превышающей 500 минимальных размеров оплаты труда, установленных федеральным законом на день подачи заявления. Наблюдается огромное количество судебных решений, отмененных на основании того, что мировой судья принимает дело к своему производству и рассматривает его по существу, не обращая внимания на цену иска. Причем, как видно из материалов пересмотра, ошибка суда, как правило, заключается не в том, что им был неправильно оценен иск, а в том, что данный вопрос вообще не рассматривался.

Так, мировой судья 191-го участка Подольского судебного района рассмотрел спор о признании права собственности на долю в жилом помещении¹. Хотя в материалах дела отсутствуют данные о стоимости дома на момент предъявления иска в суд, мировой судья принял дело к производству, не определив его подсудность.

Мировой судья 193-го участка того же района 23 мая 2005 года² разрешил спор о разделе земельного участка, не потребовав при этом от истца данных о кадастровой стоимости земельного участка, подлежащего разделу. Не обсудил этот вопрос и суд апелляционной инстанции.

Мировой судья 138-го судебного участка Наро-Фоминского судебного района Московской области 3 октября 2005 года вынес решение³ по делу о выделе доли из общей собственности, несмотря на то что в деле имелось заключение эксперта относительно стоимости дома и истребуемой доли и стоимость эта в несколько раз превышала предельный размер, установленный статьей 23 ГПК РФ. Таким образом, судья был осведомлен о цене иска, но не придал этому вопросу значения.

При рассмотрении мировым судьей 172-го судебного участка Орехово-Зуевского судебного района спора о разделе недвижимого имущества⁴ был заяв-

¹ По материалам пересмотра Московским областным судом: Постановление от 03.05.2007 № 284 по делу № 44г-105\07.

² По материалам пересмотра Московским областным судом: Постановление от 28.02.2007 № 134 по делу № 44г-58.

³ По материалам пересмотра Московским областным судом: Постановление от 31.01.2007 № 61 по делу № 44г-47\07.

⁴ По материалам пересмотра Московским областным судом: Постановление от 11.04.2007 № 28 по делу № 44г-93.

лен встречный иск на сумму, превышающую установленный статьей 23 ГПК РФ предел, однако дело не было передано районному суду, в нарушение пункта 3 указанной статьи, которая требует изменить подсудность при увеличении цены иска.

Часто мировыми судьями рассматриваются дела о защите права собственности (виндикационные, негаторные иски), в то время как такие споры отнесены к категории имущественных споров, которые не подлежат оценке и в силу этого на основании статьи 24 ГПК РФ должны рассматриваться в районном суде. Между тем найдено несколько схожих дел, пересмотренных на основании того, что мировые судьи принимали такие дела к своей подсудности, в частности решение мирового судьи 10-го судебного участка Видновского судебного района Московской области от 27 октября 2005 года¹, решение мирового судьи 249-го судебного участка Солнечногорского судебного района Московской области от 28 декабря 2005 года², решение мирового судьи 191-го судебного участка Подольского судебного района Московской области от 30 мая 2006 года³ и др. Нарушение подсудности было выявлено только на стадии пересмотра решения.

Таким образом, данное нарушение сегодня не редкость. Между тем требования статьи 23 ГПК РФ являются императивными, подсудность, именуемая в доктрине «родовой»⁴, изменению по выбору не подлежит. В силу части 1 статьи 47 Конституции РФ никто не может быть лишен права на рассмотрение его дела в том суде и тем судьей, к подсудности которых оно отнесено законом.

Распространенность нарушений норм о подсудности сложно объяснить чем-то иным, кроме как невнимательностью и неуважением к базовым правилам гражданского процесса, непосредственно регулирующим деятельность мировых судей.

4. Другим часто встречающимся процессуальным нарушением является *произвольное составление судебного решения (определения)*. В соответствии со статьей 198 ГПК РФ к содержанию судебного решения предъявляются, в частности, следующие требования: в мотивировочной части решения должны быть указаны обстоятельства дела, установленные судом; доказательства, на которых основаны выводы суда об этих обстоятельствах; доводы, по которым суд отвергает те или иные доказательства; законы, которыми руководствовался

¹ По материалам пересмотра Московским областным судом: Постановление от 21.03.2007 № 185 по делу № 44г-76\07.

² По материалам пересмотра Московским областным судом: Постановление от 11.04.2007 № 229 по делу № 44г-94.

³ По материалам пересмотра Московским областным судом: Постановление от 25.04.2007 № 271 по делу № 44г-101.

⁴ См.: Гражданское процессуальное право : учебник для вузов / под ред. М.С. Шакарян. М., 2005. С. 135.

ся суд (пункт 4). Резолютивная часть решения суда должна содержать выводы суда об удовлетворении иска либо об отказе в удовлетворении иска полностью или в части, указание на распределение судебных расходов, срок и порядок обжалования решения суда (пункт 5). Согласно пункту 11 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 23 от 19 декабря 2003 года «О судебном решении» и исходя из того, что решение является актом правосудия, окончательно разрешающим дело, его резолютивная часть должна содержать исчерпывающие выводы, вытекающие из установленных в мотивировочной части фактических обстоятельств. Таким образом, должно быть четко сформулировано, что именно постановил суд как по первоначальному заявленному иску, так и по встречному требованию, если оно было заявлено; кто, какие конкретно действия и в чью пользу должен произвести; за какой из сторон признано оспариваемое право. Нарушение указанных требований, к сожалению, также не редкость. Суд далеко не всегда отражает в своем решении доводы, положенные в его основу, доказательства, имевшие существенное значение для его вынесения, т.е. не включает в текст решения его мотивировку. Решения, не отвечающие законным требованиям, не мотивированные должным образом, выглядят как акты произвола.

Так, Раменский городской суд, разрешая спор между кредитором и наследниками должника¹, получившими долю в недвижимом имуществе, вынес решение о взыскании долга в пределах определенной им стоимости унаследованного имущества. Между тем истец предоставил суду результат экспертизы, с которым суд по каким-то причинам не согласился, однако дополнительной экспертизы не назначил и не привел в решении мотивы, по которым не согласился с оценкой жилого дома и земельных участков, представленной истцом. А ведь результаты такой оценки имеют важное доказательственное значение, и суд обязан был принять их или отвергнуть, обосновав это в тексте решения.

Решение мирового судьи 261-го судебного участка Химкинского судебного района от 9 декабря 2005 года² было отменено в порядке надзора в связи с тем, что оно не было основано на имеющихся в материалах дела доказательствах. Суд, рассматривая спор о взыскании задолженности по коммунальным платежам, сослался в решении как на доказательство только на справку главного бухгалтера муниципального предприятия — истца о наличии и размере задолженности, однако не уделил должного внимания доводам ответчика о наличии субсидий и льгот, которые были им документально подтверждены, а также не рассматривал порядок расчета задолженности и факт учета этих

¹ По материалам пересмотра Московским областным судом: Постановление от 29.11.2006 № 726 по делу № 44г-429\06.

² По материалам пересмотра Московским областным судом: Постановление от 20.09.2006 № 579 по делу № 44г-362\06.

жилищных субсидий. Такое решение не может считаться обоснованным и противоречит статьям 195, 198 ГПК РФ.

Определением Щелковского городского суда Московской области от 6 декабря 2005 года решение мирового судьи 280-го судебного участка Щелковского судебного района Московской области (отказ в иске о возмещении ущерба в результате ДТП) оставлено без изменения¹. Суд первой инстанции, отказывая в удовлетворении иска, указал, что калькуляция, представленная истцом, не отражает действительного причиненного ему ущерба, а следовательно, требования в части возмещения ущерба истцом не доказаны. Суд апелляционной инстанции, оставляя без изменения решение мирового судьи, согласился с выводами суда первой инстанции. Однако истцом были представлены новые доказательства — результаты автотехнических экспертиз о стоимости восстановительного ремонта автомашины. В соответствии со статьей 327 ГПК РФ суд вправе на стадии апелляции устанавливать новые факты и исследовать новые доказательства. Оставляя без изменения решение мирового судьи об отказе в иске, суд не указал в определении на мотивы, по которым доводы апелляционной жалобы посчитал несостоятельными. Между тем в соответствии с пунктом 2 статьи 330 ГПК РФ при оставлении апелляционной жалобы, представления без удовлетворения суд обязан указать в определении мотивы, по которым доводы жалобы, представления признаны неправильными и не являющимися основанием для отмены решения мирового судьи. К сожалению, очень часто (как в данном, так и в ряде аналогичных дел) суд при рассмотрении апелляционной жалобы ограничивается в своем определении утверждением, что оснований для отмены предыдущего решения не найдено, однако не указывает на основания для такого вывода.

Нельзя сказать, что большинство судебных решений в настоящее время не содержат мотивировочной части, однако случаи таких нарушений все же не единичны. В то же время, с учетом того что такого рода нарушение может быть выявлено только при обжаловании решения, в реальной практике их может быть гораздо больше. Между тем судам надзорной инстанции значительно труднее пересматривать решение, в котором не изложены конкретные доводы в пользу его принятия, поэтому чаще всего они реализуют полномочие, предоставленное подпунктом 2 пункта 1 статьи 390 ГПК РФ и направляют дело на новое рассмотрение, в результате чего производство затягивается и отнимает много времени у лиц, участвующих в деле.

5. Встречаются более редко, но остаются достаточно распространенными ситуации, когда *на стадии апелляционного рассмотрения суд выходит за преде-*

¹ По материалам пересмотра Московским областным судом: Постановление от 31.01.2007 № 57 по делу № 44г-43.

лы своих полномочий и рассматривает в рамках данного производства новые требования, привлекает новых лиц к участию в деле. В отличие от рассмотренных выше ситуаций в данном случае совершаются процессуальные действия, которые законом не предусмотрены. Несмотря на общее правило, предусмотренное пунктом 2 статьи 327 ГПК РФ, согласно которому рассмотрение дела судом апелляционной инстанции проводится по правилам производства в суде первой инстанции, данную норму нельзя толковать расширительно в силу существующих императивных ограничений. В частности, пункт 2 статьи 322 ГПК запрещает включать в апелляционную жалобу требования, которые не были заявлены мировому судье. В практике деятельности судов такие нарушения, однако, происходят.

Так, Люберецкий городской суд 1 ноября 2006 года отменил решение суда первой инстанции и вынес новое решение¹, которым был определен порядок пользования земельным участком. При этом в первоначальном иске содержалось требование об определении порядка пользования участком в связи с тем, что между истицей и другой собственницей дома несколько лет существовал конфликт по этому поводу. При рассмотрении дела в апелляционной инстанции истицей был предъявлен дополнительный иск о признании недействительными постановлений главы администрации поселка Малаховка и выданных свидетельств о праве собственности на землю в части размеров земельных участков, выделенных ей и второй собственнице. Указанный иск был принят к производству суда, в качестве ответчика по делу привлечена администрация поселка Малаховка. При этом суд исходил из того, что согласно статье 327 ГПК РФ рассмотрение дела судом апелляционной инстанции производится по правилам производства в суде первой инстанции. Таким образом, мы видим, что судом расширительно истолкована норма и не приняты во внимание существующие в законе ограничения.

Истринский городской суд при рассмотрении дела в апелляционной инстанции 12 декабря 2006 года² привлек по ходатайству истицы к участию в деле в качестве ответчика Управление Федерального казначейства Министерства финансов РФ, в то время как при рассмотрении дела мировым судьей данный орган фигурировал в качестве третьего лица. Более того, суд возложил на него ответственность за причинение истице материального ущерба, о возмещении которого было заявлено исковое требование (вред был причинен в результате бездействия начальника Дедовского городского отделения милиции). Таким образом, суд неправомерно изменил процессуальное положение лиц, участвующих в деле, хотя, казалось бы, с учетом того что этим лицом являлся госуда-

¹ По материалам пересмотра Московским областным судом: Постановление от 13.06.2007 № 374 по делу № 44г-142\07.

² По материалам пересмотра Московским областным судом: Постановление от 11.04.2007 № 231 по делу № 44г-92.

рственный орган и речь шла о возмещении из бюджета, была очевидной высокая вероятность обжалования решения.

6. Важной проблемой, которой также хотелось бы уделить внимание, является *практика неправомερных утверждений судами мировых соглашений*. Как известно, в соответствии со статьей 39 ГПК РФ стороны в любой момент имеют право окончить дело мировым соглашением. В этом случае, согласно статье 173 ГПК, суд выносит определение, которым прекращается производство по делу. Кроме того, в этом определении должны быть обозначены условия заключенного мирового соглашения. Вместе с тем, согласно пункту 2 статьи 39 ГПК суд *не утверждает мировое соглашение, если это противоречит закону или нарушает права и законные интересы других лиц*. Это значит, что, перед тем как утвердить мировое соглашение, суду всякий раз следует проверять, может ли данное соглашение нарушить чьи-либо права и интересы. Однако на практике зачастую этого не происходит и суд утверждает мировое соглашение на основании одного явно выраженного согласия сторон, что является недостаточным. По этому основанию судебные решения пересматривались многократно.

Так, Пушкинский городской суд определением от 9 октября 2006 года утвердил заключенное между должником и кредитором мировое соглашение¹, по условиям которого истец отказывался от заявленных требований о взыскании суммы долга, в то время как ответчик признавал за истцом право собственности на земельный участок, приобретенный за счет суммы займа, и дом, построенный на нем. Между тем после вынесения решения выяснилось, что приобретение участка и возведение на нем дома произошло в период брака ответчика и его бывшей супруги, которая подала надзорную жалобу. Мировым соглашением были нарушены ее права и интересы, поскольку указанная недвижимость находилась в совместной собственности. Суд данные обстоятельства не выяснил.

Аналогичная ситуация имела место при утверждении мирового соглашения мировым судьей 227-го судебного участка Сергиево-Посадского судебного района Московской области², когда суд также не учел наличия у передающей имущество стороны зарегистрированного брака (дело о разделе имущества между супругами находилось параллельно на рассмотрении мирового судьи соседнего судебного участка). При этом суд указал в определении, что утверждаемое мировое соглашение не противоречит закону и не нарушает прав и законных интересов иных лиц, однако такое утверждение оказалось

¹ По материалам пересмотра Московским областным судом: Постановление от 28.02.2007 № 196 по делу № 44г-80.

² По материалам пересмотра Московским областным судом: Постановление от 20.12.2006 № 775 по делу № 44г-446\06.

неосновательным. Из формулировки хорошо видно, что судья знает о требованиях закона и формально о них не забывает, однако по сути это лишь видимость соблюдения требований закона.

В равной мере произвольным было определение Воскресенского городского суда об утверждении мирового соглашения от 17 мая 2004 года¹, в то время как условия этого соглашения выходили за пределы заявленных исковых требований об изменении договора найма жилого помещения и касались прав сторон в отношении строящегося дома, который не был предметом спора между ними. Более того, по условиям соглашения одна из сторон обязалась не обращаться в суд по поводу порядка пользования имуществом в дальнейшем, что противоречит статье 3 ГПК РФ, согласно которой отказ от права на обращение в суд недействителен. Таким образом, суд утвердил мировое соглашение, которое не только было заключено не в соответствии с первоначально обозначенным кругом требований, но и явно противоречило одному из базовых запретов ГПК РФ.

Подобная практика утверждения мировых соглашений, что называется, «не глядя» препятствует осуществлению функций данного института и в любом случае ставит такое соглашение под угрозу отмены на стадии его исполнения.

Таким образом, налицо проблема весьма масштабного характера: *дефект правосознания судей*. Судьи недостаточно четко понимают суть возложенных на них задач, не имеют жестких установок о стандартах выполнения своих обязанностей. Массовые пересмотры решений из-за нарушений именно процессуального характера в большей степени наносят вред репутации судов нижестоящих уровней, нежели отмеченные материально-правовые недостатки, поскольку к неведению или же пренебрежению основами процессуального права всегда приводят существенные пробелы в квалификации судей. Ненадлежащее отношение судей к исполнению своих обязанностей обусловлено отсутствием объективных показателей качества работы судьи, поэтому органами судейского сообщества такие показатели должны быть разработаны. В целях же их соблюдения представляется допустимым введение определенных механизмов фиксации происходящего в судебном заседании (к примеру, аудиозапись), что наверняка в большей степени будет стимулировать лиц, осуществляющих правосудие, к более жесткому самоконтролю во время судебного разбирательства, нежели одна только абстрактная возможность обжалования решения заинтересованным лицом, которая может быть и не использована.

¹ По материалам пересмотра Московским областным судом: Постановление от 06.12.2006 № 48 по делу № 44г-432\06.

ТИПИЧНЫЕ ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ НАРУШЕНИЯ В АРБИТРАЖНЫХ СУДАХ

Год назад в России отмечалось 15-летие создания арбитражной судебной системы. Устойчивое экономическое, политическое и международное положение страны, благополучие граждан — все это немыслимо без надежной судебной системы, которая является средством защиты экономических и социальных прав и свобод. Эффективность экономики требует ответственного и эффективного правосудия, построения прозрачных и надежных отношений в экономической сфере между бизнесом, обществом и государством. В соответствии со статьей 2 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее — АПК РФ) ключевую роль в решении этих задач играет система арбитражных судов.

К сожалению, в настоящее время арбитражные суды при рассмотрении дел допускают значительное количество процессуальных нарушений.

В качестве примеров в статье используются выдержки из материалов дел 15 арбитражных судов всех инстанций (практически все арбитражные суды сегодня на своих официальных сайтах представляют и поддерживают собственную базу рассмотренных дел), а также из практики Верховного суда РФ и Конституционного Суда РФ.

Нарушения, связанные с оформлением протоколов судебных заседаний

Статья 75 АПК РФ относит протоколы судебных заседаний, протоколы совершения отдельных процессуальных действий и приложения к ним к письменным доказательствам, однако их основное значение сводится к другому. А именно отсутствие в деле протокола судебного заседания или подписание его не теми лицами, которые указаны в статье 155 АПК РФ, является основанием для изменения или отмены решения, постановления арбитражного суда первой и апелляционной инстанций (часть 4 статьи 270 и часть 4 статьи 288 АПК РФ).

Основные требования к протоколу судебного заседания содержатся в статье 155 АПК РФ, однако приведенный в ней перечень не является исчерпывающим. В более чем 10 статьях кодекса содержатся те или иные требования к протоколу.

Протокол составляется в письменной форме. Он может быть написан от руки, или напечатан на машинке, или составлен с помощью компьютера. Протокол подписывается председательствующим в судебном заседании и секретарем судебного заседания или помощником судьи, который вел протокол, не позднее следующего дня после дня окончания судебного заседания, а протокол о совершении отдельного процессуального действия — непосредственно после совершения отдельного процессуального действия (части 3, 4 статьи 155 АПК РФ).

Все мотивы, по которым арбитражный суд пришел к тем или иным выводам, принял или отклонил доводы лиц, участвующих в деле, со ссылкой на законы и иные нормативные правовые акты должны содержаться в определениях суда (часть 1 статьи 185 АПК РФ), которые в свою очередь указываются в протоколе судебного заседания (часть 2 статьи 155 АПК РФ). Однако порой суд нарушает данное требование и не приводит мотивов, по которым выносит те или иные определения. Так, в одном из дел¹ Арбитражный суд г. Москвы не указал мотивы, по которым пришел к выводу о том, что ходатайство истца о проведении за его счет судебной экспертизы не подлежит удовлетворению, что явилось прямым нарушением части 1 статьи 185 АПК РФ. И только благодаря тому, что данное положение было зафиксировано в протоколе судебного заседания, кассационная инстанция выявила² данное процессуальное нарушение и отменила решение суда первой инстанции и постановление суда апелляционной инстанции.

Однако обычно сведения о разъяснении лицам, участвующим в деле, их процессуальных прав и обязанностей записываются в протоколе одной конкретной фразой: «Права и обязанности разъяснены» или «Права и обязанности, предусмотренные статьей 41 АПК РФ, разъяснены». Записи такого содержания неточны и недостаточны. Более полной будет являться запись о разъяснении прав и обязанностей, предусмотренных не только статьей 41, но и статьями 49 и 65 АПК РФ, в частности прав на заключение мирового соглашения, на признание иска, обязанностей по доказыванию³.

Или другой пример. При разрешении спора по существу арбитражный суд первой инстанции принимает решение (часть 1 статьи 167 АПК РФ), состоящее из нескольких частей, одна из которых — резолютивная (требования, предъявляемые к ней, содержатся в статье 170 АПК РФ). В судебном заседании, в котором закончено рассмотрение дела по существу, может быть объявлена только резолютивная часть принятого решения (часть 2 статьи 176

¹ По материалам дела № А40-51606/03-34-483.

² По материалам дела № КГ-А40/5029-04.

³ См.: *Матеров Н.В.* Протокол судебного заседания как письменное доказательство в арбитражном процессе (по результатам анализа судебных дел) // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. М. : ЮРИТ-Вестник, 2004. № 9. С. 149–156.

АПК РФ). В этом случае арбитражный суд объявляет, когда будет изготовлено решение в полном объеме (в соответствии с частью 2 статьи 176 изготовление решения в полном объеме может быть отложено на срок, не превышающий пяти дней), и разъясняет порядок доведения его до сведения лиц, участвующих в деле. Однако в протокол судебного заседания чаще всего заносится только фраза «Резолютивная часть решения оглашена в зале судебного заседания», которая не является гарантией того, что резолютивная часть, объявленная в зале суда, будет соответствовать написанной на бумаге. Это относится не только к решению суда, принимаемому в первой инстанции, но и к другим судебным актам, принимаемым арбитражными судами.

Таким образом, несмотря на то что протоколы судебных решений играют важную информативную роль, являются одним из письменных доказательств, на основании исследования которого вышестоящая инстанция может отменить решение нижестоящей (статьи 75, 270 АПК РФ), той информации, которая вносится в протоколы, порой оказывается недостаточно. Помимо приведенных выше примеров, это касается также исследования доказательств, вопросов, задаваемых в ходе судебного заседания, и др.

Отметим, что в специальной литературе предлагается вариант решения большинства проблем, связанных с ведением протоколов судебных заседаний. По мнению председателя Арбитражного суда Свердловской области профессора И. Решетниковой, лишь с введением определенной техники возможно составление полных протоколов судебных заседаний. Это позволило бы в комплексе решить сразу несколько задач. Во-первых, лица, участвующие в деле, могли бы ссылаться на приложение к протоколу в виде, например, аудио-записи, тогда протоколы перестали бы быть неполными. Во-вторых, качество рассмотрения дел повысилось бы, а жалобы сторон на некорректное ведение процесса судьей стали бы редким исключением. В-третьих, это позволило бы защитить судей от разного рода обвинений, выдвигаемых недобросовестными участниками процесса. Жалобы на пристрастность и необъективность судьи чаще всего безосновательны, однако проверять их необходимо, а это затягивает судебное разбирательство¹.

Нарушение сроков начала рассмотрения дела в зале суда

Такого рода нарушения обусловлены, как правило, объективными причинами, в числе которых, например, отсутствие у суда сведений о получении ответчиком, третьей стороной копии определения, т.е. извещения о месте и вре-

¹ См.: Состязательная система доказывания: новеллы АПК РФ // Российская юстиция. 2003. № 9. С. 31–34.

мени судебного заседания. Проблемы, связанные с извещением ненадлежащим образом, не только приводят к нарушениям сроков рассмотрения дела, но и препятствуют защите законных интересов участвующих в нем лиц, поскольку *рассмотрение дела в отсутствие стороны, не извещенной надлежащим образом*, также является нарушением принципа арбитражного процесса¹. Обязанность арбитражного суда — удостовериться, что извещение, направленное судом лицу, чьи законные интересы решаются в деле, этим лицом получено, и в таком случае можно считать, что норма закона соблюдена. Определение и порядок извещения надлежащим образом содержатся в статьях 121–124 АПК РФ. Копия судебного акта направляется арбитражным судом по почте заказным письмом с уведомлением о вручении либо путем вручения адресату непосредственно в арбитражном суде или по месту нахождения адресата, а в случаях, не терпящих отлагательства, путем направления телефонограммы, телеграммы, по факсимильной связи или электронной почте либо с использованием иных средств связи. Доказательством вручения судебного извещения является возвращенный в суд корешок судебного извещения с подписью лица, его получившего. Если копия судебного акта вручается адресату или его представителю непосредственно в арбитражном суде либо по месту их нахождения, такое вручение осуществляется под расписку. Если адресат отказался принять, получить копию судебного акта, то лицо, ее доставляющее или вручающее, должно зафиксировать отказ путем отметки об этом на уведомлении о вручении или на копии судебного акта, которые подлежат возврату в арбитражный суд (части 1, 2, 4 статьи 122 АПК РФ). К сожалению, сегодня судебные заседания в отсутствие одной из заинтересованных сторон проводятся в каждом арбитражном суде. При этом к проверке причин неявки лиц, которых полагалось известить, часто подходят крайне недобросовестно и порой просто закрывают глаза на отсутствие извещения.

Например, 12 июля 2006 года Арбитражный суд Челябинской области вынес решение по делу², по которому ликвидируемый должник был признан несостоятельным (банкротом). В отношении него открыто конкурсное производство сроком на один год с назначением конкурсного управляющего. Определением арбитражного суда первой инстанции от 22 января 2007 года в рамках данного дела о банкротстве конкурсное производство в отношении должника завершено. Однако, как видно из материалов дела, процедура завершения конкурсного производства была окончена при наличии не рассмотренного по существу требования налогового органа о его включении в реестр кредиторов. В предыдущем судебном заседании председательствующий судья объявил об отложении

¹ См.: Процессуальные аспекты. Надлежащее уведомление сторон // Арбитражная практика. 2007. № 2 (71).

² По материалам Постановления № А76-6153/2006-55-54.

дела на месяц. В действительности судебное заседание состоялось на 10 дней раньше назначенного срока с объявлением перерыва и назначением рассмотрения дела спустя три дня. В первом слушании дела представитель от инспекции Федеральной налоговой службы по Ленинскому району Челябинской области в судебном заседании расписался в получении извещения, однако в этой расписке не была указана точная дата, на которую назначалось рассмотрение дела. Определение суда первой инстанции об отложении рассмотрения дела получено налоговым органом спустя четыре дня после уже фактического рассмотрения данного дела в суде, что подтверждал почтовый штемпель на конверте. В результате представители налогового органа не получили реальной возможности истребовать свои права от ликвидируемого должника.

Какие же выводы можно сделать на данном примере?

Как известно, в соответствии с частью 3 статьи 156 АПК РФ суд вправе рассмотреть дело в отсутствие сторон при их неявке лишь в случае надлежащего извещения о времени и месте судебного разбирательства. Неявка в судебное заседание лица, участвующего в деле, если в отношении него отсутствуют сведения об извещении о времени и месте судебного разбирательства, является основанием для отложения судебного разбирательства (часть 1 статьи 158 АПК РФ). Об отложении судебного разбирательства арбитражный суд выносит определение (часть 8 статьи 158 АПК РФ).

В соответствии с частью 1 статьи 186 АПК РФ копия определения, вынесенного в виде отдельного судебного акта, направляется лицам, участвующим в деле, заказным письмом с уведомлением о вручении или вручается им под расписку. Надлежащее извещение означает соблюдение установленного АПК РФ порядка информирования лиц, участвующих в деле, и иных участников процесса о времени и месте проведения судебного заседания или отдельного процессуального действия. Порядок признания судом такого информирования надлежащим установлен статьей 123 АПК РФ. Согласно части 1 статьи 123 АПК РФ лица, участвующие в деле, и иные участники арбитражного процесса считаются извещенными надлежащим образом, если к началу судебного заседания, проведения отдельного процессуального действия арбитражный суд располагает сведениями о получении адресатом направленной ему копии судебного акта. Таким образом, данная норма устанавливает зависимость надлежащего извещения участников процесса от того, имеются ли в распоряжении арбитражного суда к началу судебного заседания сведения, подтверждающие непосредственное получение участником процесса направленных ему копий судебных актов, или, иными словами, обязывает арбитражный суд удостовериться в надлежащем извещении сторон, участвующих в нем, о дате рассмотрения дела.

При этом важно иметь в виду, что арбитражный суд может рассмотреть дело в отсутствие кого-либо из участвующих в деле лиц, если он сделал все от не-

го зависящее для их надлежащего извещения о времени и месте судебного заседания или проведения отдельного процессуального действия, использовал все доступные суду способы для предоставления заинтересованному лицу возможности участвовать в процессе. Доказательства извещения должны быть однозначными и безусловными, устраняющими любую неопределенность и противоречивость в отношении информации о времени и месте судебного разбирательства.

Как видно из материалов дела, доказательств вручения налоговому органу определения суда, содержащего сведения об отложении рассмотрения дела не имелось. Не удостоверившись к началу судебного заседания, что налоговый орган был извещен надлежащим образом, суд не располагал сведениями о получении адресатом направленной ему копии судебного постановления, что является прямым нарушением части 1 статьи 123 АПК РФ. При этом суд, вынося решение по данному делу в отсутствие представителей налогового органа, лишил его всех прав, прямо предусмотренных статьей 41 АПК РФ. В итоге налоговый орган был лишен возможности участвовать в судебном заседании и защищать свои законные интересы в качестве уполномоченного органа в рамках дела о банкротстве, в результате чего были нарушены такие принципы арбитражного процесса, как обеспечение равной судебной защиты прав и законных интересов всех лиц, участвующих в деле, равноправие сторон и состязательность (статьи 7, 8 и 9 АПК РФ).

Федеральный арбитражный суд (ФАС) Московского округа 25 ноября 2004 года рассмотрел кассационную жалобу общества¹. При этом в материалах дела нет сведений о надлежащем извещении общества о времени и месте проведения судебного заседания. На конверте, в котором истцу направлено упомянутое определение, проставлен почтовый штампель города Королёва с датой 03.12.2004. Уведомление о вручении почтового отправления в деле отсутствует, т.е. суд 25 ноября 2004 года не располагал сведениями о получении обществом направленного ему определения и не мог располагать при всем желании. Следовательно, общество, не извещенное надлежащим образом судом кассационной инстанции о времени и месте судебного заседания, было лишено возможности участвовать в заседании суда и реально защищать свои права и законные интересы.

Несколькими месяцами ранее, в Постановлении от 8 июня 2004 года № 2405/04 Президиум Высшего арбитражного суда РФ указал на то, что отсутствие отметок на почтовом конверте или иных письменных доказательств, фиксирующих отказ адресата от получения заказного письма от арбитражного суда, а также отсутствие информации от органа связи о неявке адресата

¹ См.: *Корнеева Т.Н.* Процессуальные аспекты. Надлежащее уведомление сторон // Арбитражная практика. 2007. № 2 (71).

за получением копии судебного акта является подтверждением ненадлежащего извещения, которое лишает сторону возможности участвовать в судебном заседании суда и реально защищать свои права и законные интересы, а это на основании пункта 2 части 4 статьи 270, а также пункта 2 части 4 статьи 288 АПК РФ является безусловным основанием для отмены судебного акта. Таким образом, суд кассационной инстанции просто не обратил внимание на постановление Президиума ВАС РФ, нарушив тем самым процессуальные права общества.

Отсутствие доказательств о надлежащем извещении лиц, участвующих в деле, о времени и месте судебного заседания достаточно часто используется в качестве причины для отмены судебных актов. Например, во втором полугодии 2005 года и первом полугодии 2006 года в связи с ненадлежащим уведомлением сторон ФАС Северо-Кавказского округа отменил судебные акты по восьми делам, рассмотренным в Арбитражном суде Ставропольского края. Расскажем подробнее о трех из этих восьми дел

...Некое ООО обратилось в суд с заявлением к инспекции Министерства по налогам и сборам России по Предгорному району Ставропольского края о признании недействительным решения об обращении взыскания недоимки на имущество и постановления о взыскании налога, сбора и пени за счет имущества. Суд первой инстанции в удовлетворении заявления отказал. После чего судом кассационной инстанции решение было отменено¹, а дело передано на новое рассмотрение в тот же суд в первую инстанцию, поскольку суд рассмотрел дело в отсутствие ЗАО, привлеченного к участию в деле в качестве третьего лица (в материалах дела отсутствуют доказательства надлежащего извещения ЗАО о времени и месте судебного заседания).

...Предприниматель обратился в суд с заявлением к главе Ставрополя и городской администрации о признании недействующим постановления главы города. Суд первой инстанции в удовлетворении заявления отказал. Как следует из материалов дела, в назначенный срок представители сторон не явились на судебное заседание в первой инстанции, и предприниматель направил ходатайство об отложении рассмотрения дела. В удовлетворении ходатайства суд отказал, и при отсутствии представителей сторон объявил по своей инициативе перерыв. Кассационной инстанцией решение суда было отменено², дело направлено на новое рассмотрение в связи с обнаружением факта принятия судом первой инстанции решения в отсутствие сторон и без доказательств надлежащего их уведомления. Надлежащим образом извещенными о времени и месте судебного заседания после объявления перерыва считают-

¹ По материалам Постановления от 06.07.2005 № Ф082912/05-1182А по делу № А63-7468/2004-С4.

² По материалам Постановления от 06.12.2005 № Ф08-5317/05-2096А по делу № А63-7169А/2004-С4.

ся лица, участвующие в деле и присутствовавшие в зале судебного заседания до объявления перерыва. С учетом изложенного заявитель должен считаться ненадлежащим образом извещенным о времени и месте рассмотрения дела, что, в свою очередь, является безусловным основанием для отмены судебного акта.

...ООО обратилось в суд с заявлением к межрайонной инспекции Федеральной налоговой службы № 8 о признании незаконным бездействия налоговой инспекции, выразившегося в отказе возратить из бюджета переплату по НДС. Решением суда заявленные требования удовлетворены. Суд кассационной инстанции решение отменил¹, а дело направил на новое рассмотрение, поскольку в материалах отсутствуют доказательства уведомления налогового органа о времени и месте рассмотрения дела.

По этим же основаниям было отменено решение по делу² № А63-19392/005-С4³.

В докладе, посвященном 15-летию создания арбитражной системы, председатель ВАС РФ А.А. Иванов, говоря об эффективности работы арбитражных судов в условиях значительно возросшего объема судебной работы, отметил: «Эффективность их [судей] работы в значительной мере определяется оперативностью рассмотрения дел. За пятнадцать лет 96—97% дел по первой инстанции, 90—93% дел в апелляционной и 99% в кассационной инстанции разрешалось арбитражными судами в установленные сроки. Это значит, что одно из фундаментальных прав человека — право на судебную защиту его интересов, в том числе имущественных, право на защиту собственности в нашей стране соблюдалось и будет соблюдаться. И это главный итог работы за пятнадцать лет. Анализ статистики показывает, что в минувшем году с нарушением сроков в первой инстанции рассмотрено 5% дел, в апелляционной — 12%, в кассационной — 2% дел. Это немного, особенно если вспомнить, как велика сейчас нагрузка на суды. Но закон не может соблюдаться на 95%, поэтому, конечно, нам надо предпринять решительные усилия для того, чтобы снизить количество дел, рассматриваемых с просрочкой»⁴.

В самом деле, за последние 15 лет качество и скорость рассмотрения дел по сравнению с показателями начала 1990-х годов улучшились. Однако статистика не всегда отражает реальное положение вещей. Главное — понимать, как достигаются такие результаты, ведь если, чтобы соблюсти норму закона, судья лишь выносит определение о назначении нового слушания, то реальные права граждан и юридических лиц при этом не защищаются. Следует признать, что такое положение действительно обусловлено высокой загруженностью су-

¹ По материалам Постановления от 10.05.2006 № Ф08-1845/06-774А по делу № А63-5432/2003-С4.

² По материалам Постановления от 11.05.2006 № Ф08-1873/06-786А.

³ См.: *Корнеева Т.Н.* Процессуальные аспекты...

⁴ URL: <http://www.arbitr.ru/as/assys/15ann/index.htm>.

дей. Практика показывает, что в среднем судья должен рассматривать в день не более 5–6 дел. Планируемое время для рассмотрения одного дела составляет 1–1,5 часа (в журнале регистрации дел необходимо также предусмотреть некоторый резерв времени с тем, чтобы в случае превышения планируемой продолжительности судебного разбирательства обеспечить рассмотрение всех назначенных дел)¹.

На сайтах многих арбитражных судов размещается статистика разрешения отдельными судьями дел с нарушением сроков, установленных законом. К сожалению, порой количество таких дел доходит до 30% от всех рассмотренных.

Известны отдельные случаи привлечения судей к ответственности за нарушения сроков рассмотрения дел. Так, решением квалификационной коллегии судей Воронежской области от 18 февраля 2004 года за грубые нарушения норм процессуального законодательства, волокиту при рассмотрении дел, необъективное рассмотрение дел, грубое искажение фактов в судебных решениях судья О.Н. Харитонов привлечен к дисциплинарной ответственности в виде предупреждения. По выборочно проверенным 300 делам выяснилось, что в 2004 году с нарушением установленных АПК РФ сроков рассмотрено 21 дело, при этом сроки нарушались в пределах от 15 до 70 дней. По девяти делам производство было приостановлено и по некоторым из них после устранения обстоятельств, послуживших основанием для приостановления, не возобновлялось или возобновлялось спустя длительное время. В нарушение положений статей 177 и 186 АПК РФ копии судебных постановлений направлялись лицам, участвующим в деле, не в течение пяти дней со дня принятия решения (определения), а с нарушением этого срока свыше 10 дней. По ряду дел отсутствовали протоколы судебных заседаний, резолютивные части решений, неверно были указаны даты вынесения решений и т.п. Все это послужило основанием для принятия 5 октября 2005 года квалификационной коллегией судей Воронежской области решения о досрочном прекращении полномочий судьи О.Н. Харитонова.

Извещение ненадлежащим образом третьих лиц, участвующих в деле

Это нарушение в определенном смысле схоже с предыдущим по правовым последствиям и довольно часто совершается судами. В качестве примера можно привести дело², по которому ФАС Северо-Кавказского округа в кассаци-

¹ См.: Берестнев Б.А. Некоторые вопросы организации работы судьи арбитражного суда по рассмотрению дел // Вестник ВАС РФ. 2000. № 7.

² По материалам дела № А63-16990/2006-С4.

онной инстанции постановил отменить решение Арбитражного суда Ставропольского края от 12 октября 2007 года и постановление Шестнадцатого арбитражного апелляционного суда от 6 декабря 2007 года.

ЗАО «Производственно-ремонтное предприятие "Теплоэнергосервис"» обратилось в арбитражный суд с заявлением о признании недействительными решения межрайонной инспекции Федеральной налоговой службы № 8 по Ставропольскому краю в части доначисления некоторых сумм налогов, пени и штрафов. Из материалов дела видно, что суд привлек к участию в деле в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора, Невинномысский городской отдел Главного управления Федеральной службы судебных приставов по Ставропольскому краю. Статья 40 АПК РФ относит третьих лиц к лицам, участвующим в деле, между тем в материалах дела отсутствуют сведения о надлежащем извещении судами первой и апелляционной инстанций третьего лица о времени и месте проведения судебного заседания. Отсутствуют и иные доказательства наличия обстоятельств, которые в соответствии с частью 2 статьи 123 АПК РФ могли бы свидетельствовать о надлежащем извещении третьего лица о времени и месте проведения судебного заседания.

Таким образом, суд, не удостоверившись в надлежащем извещении третьего лица, лишил его возможности участвовать в судебном заседании судов первой и апелляционной инстанций и реально защищать свои права и законные интересы, в результате чего были допущены нарушения таких принципов арбитражного процесса, как обеспечение равной судебной защиты прав и законных интересов всех лиц, участвующих в деле (статья 7 АПК РФ), равноправие сторон (статья 8 АПК РФ), состязательность (статья 9 АПК РФ).

Нарушения, связанные с оценкой доказательств

Несмотря на то что арбитражный суд в оценке имеющихся в деле доказательств должен исходить из своего внутреннего убеждения, основанного на всестороннем, полном, объективном и непосредственном их исследовании (пункт 1 статьи 71 АПК РФ), порой он оценивает не каждое доказательство, представленное сторонами, или оценивает не в полной мере (пункт 4 статьи 71 АПК РФ). При этом результаты оценки доказательств суд отражает в судебном акте наряду с мотивами принятия или отказа в принятии доказательств, представленных участвующими в деле лицами в обоснование своих требований и возражений (пункт 7 статьи 71 АПК РФ).

Важно помнить, что арбитражный процесс основывается на принципе равноправия сторон, т.е. стороны пользуются равными правами на заявление

отводов и ходатайств, представление доказательств, участие в их исследовании, выступление в судебных прениях, представление арбитражному суду своих доводов и объяснений, осуществление иных процессуальных прав и обязанностей, предусмотренных АПК РФ (пункт 2 статьи 8 АПК РФ). Поэтому, если доказательство представлено в неполном виде или в протоколе вообще отсутствуют положения об исследовании того или иного доказательства, это нарушает право одной из сторон на законное, обоснованное и объективное решение суда, что противоречит пункту 1 статьи 162 АПК РФ, в которой сказано, что при рассмотрении дела арбитражный суд должен непосредственно исследовать доказательства по делу: ознакомиться с письменными доказательствами, осмотреть вещественные доказательства, заслушать объяснения лиц, участвующих в деле, показания свидетелей, заключения экспертов, а также огласить такие объяснения, показания, заключения, представленные в письменной форме.

Например, 5 декабря 2007 года Арбитражный суд г. Москвы, рассмотрев исковое заявление о расторжении договора на предпроектную подготовку строительства, заключенного между ООО «Интеграл-Юнион» и ОАО «Березки в Лужниках», решил его в пользу истца¹. При этом, как следует из материалов дела², выводы судом были сделаны без учета всех юридически значимых обстоятельств дела и условий договора и поэтому не могут быть признаны обоснованными. Помимо этого суд воспользовался нормой материального права, основанной на предоставлении доказательств наличия в действиях (бездействиях) ответчика иных существенных нарушений условий договора, которые повлекли за собой для истца нанесенный ущерб, а, как видно из материалов дела, таких доказательств представлено не было. Тем самым суд нарушил часть 3 статьи 8 АПК РФ и поставил истца в преимущественное положение.

Скорее всего, значительное количество подобных нарушений связано с невнимательностью и/или необъективностью судей. В свою очередь, следствием этих нарушений являются нарушения при вынесении резолютивной части решения или постановления той или иной инстанции, ведь принимаемые арбитражным судом решения, постановления, определения должны быть законными, обоснованными и мотивированными (пункт 3 статьи 15 АПК РФ).

¹ По материалам пересмотра дела № А40-50846/07-53-453, рассмотренного в Арбитражном суде г. Москвы.

² По материалам постановления Девятого арбитражного апелляционного суда по делу № 09-АП-135/2008ГК.

Проблема судебного усмотрения (обоснованность судебных решений)

Одной из «вечных» проблем процессуального права является проблема свободного судебного усмотрения¹. Арбитражный процессуальный кодекс, принятый в 2002 году, содержит ряд норм, представляющих собой основания для судебного усмотрения. В статье 2 это положение, согласно которому одной из задач судопроизводства в арбитражном суде является справедливое судебное разбирательство, а в статье 13 — норма, обязывающая суды разрешать дела исходя из общих начал и смысла российского законодательства.

Разработчики нового кодекса видели задачу арбитражных судов не столько в принудительном разрешении споров, сколько в содействии добровольному урегулированию спора между сторонами, когда арбитражный суд выступал бы в качестве посредника между ними. Особая значимость судебного усмотрения в данном случае обусловлена как тем, что суду предоставляется право самому определить содержание и объем не урегулированных сторонами прав и обязанностей, так и тем, что применение правовой нормы в альтернативной форме предоставляет суду право выбора одного из возможных решений правового вопроса.

Пожалуй, сегодня самая распространенная проблема, связанная с применением судебного усмотрения, заключается в том, что судьи, вступая в противоречие с положениями пункта 3 статьи 15 АПК РФ, либо *слабо мотивируют принятое на основании данного пункта решение*, либо *не мотивируют вовсе*. Например, уменьшая подлежащую взысканию неустойку, судьи, как правило, просто ограничиваются ссылкой на статью 333 Гражданского кодекса РФ, не обосновывая, почему в данном конкретном случае уменьшается подлежащая взысканию сумма неустойки до установленного судом размера.

Так, в решении по одному из дел суд, придя к выводу о необходимости уменьшения подлежащей взысканию неустойки, указал следующее: «С учетом заявленного ходатайства сумма неустойки по договору составляет 554 637 руб. 60 коп. Согласно статье 333 Гражданского кодекса РФ, если подлежащая уплате неустойка явно несоразмерна последствиям нарушения обязательства, суд вправе уменьшить неустойку. Сумма неустойки подлежит уменьшению до 50 000 руб.»². При решении аналогичных вопросов судье или коллегии судей всегда следует помнить о том, что при вынесении решения суд не может выйти за рамки заявленных требований истца.

¹ См.: О проблеме свободного судебного усмотрения в арбитражном процессе (на примере двух решений по одному факту в Арбитражном суде Ставропольского края) // Вестник Арбитражного суда Ставропольского края. 2004. № 1.

² О проблеме свободного судебного усмотрения в арбитражном процессе...

Несоблюдение установленных законом процедур и, следовательно, применение судейского усмотрения в таком виде считается абсолютно недопустимым, поскольку принятые таким образом судебные решения не соответствуют требованию обоснованности и, возможно, принимаются с нарушением соответствующей нормы материального права. Иными словами, суд выносил решение, абсолютно не мотивируя его резолютивную часть, что прямо противоречит пункту 3 статьи 15 АПК РФ.

Другой пример недостаточной мотивации представляют собой решения судов по одному и тому же факту, принятые с разницей в 11 дней в декабре 2003 года судьями третьего¹ и четвертого² составов Арбитражного суда в Ставропольском крае.

В обоих случаях ЗАО «Ставропрогресс» (Ставрополь) обращалось в суд с иском о взыскании пени с ООО «Кавказтрансгаз» (Ставрополь) за просрочку оплаты в течение девяти месяцев и в течение пяти месяцев одного и того же товара. В первый раз Ставропрогресс просил взыскать с ответчика 43 114 500 руб., во второй раз — 20 738 688 руб. По первому периоду просрочки платежей суд вынес решение о взыскании с ответчика 500 тыс. руб. и уплаты госпошлины в доход федерального бюджета в размере 5 тыс. руб., по второму периоду тот же суд вынес решение взыскать и уплатить государственную пошлину, двадцатикратно превышающую размер первого иска. При этом, для понимания ситуации и судебной оценки «добросовестности, разумности, справедливости», а также соразмерности требований об уплате неустойки, следует отметить, что это было уже третье по счету обращение Ставропрогресса в суд по данному факту. До этого 27 августа 2002 года он получил положительное решение Арбитражного суда Ставропольского края о взыскании с Кавказтрансгаза 73,7 млн руб. основного долга и 14 164 535 руб. пени. Это решение было подтверждено чуть позднее и постановлением апелляционной инстанции того же суда.

В двух декабрьских решениях судьи Арбитражного суда Ставропольского края в качестве малоубедительной мотивировки своего решения сослались на исполнение ответчиком решения³ этого же суда и «сложное материальное положение предприятия, которое не позволило произвести погашение долга своевременными денежными средствами», а также на справку из Торгово-промышленной палаты Ставропольского края о четырехкратном превышении цены товара. На этом основании было принято решение о снижении требований неустойки до 11 млн и 500 тыс. руб.⁴

И последний пример. 10 августа 2006 года суд апелляционной инстанции рассмотрел жалобу ОАО «Российские железные дороги» на решение

¹ По материалам дела № А63-1932/03-С3.

² По материалам дела № А63-1269/03-С4.

³ По материалам дела, рассмотренного Арбитражным судом Ставропольского края 27.08.2002.

⁴ См.: О проблеме свободного судейского усмотрения в арбитражном процессе...

Пятого Арбитражного суда Республики Бурятия¹. Ранее ЗАО «Агропромкомплект» обратилось в Арбитражный суд Республики Бурятия с иском о взыскании с РЖД суммы штрафа в соответствии со статьей 99 Устава железнодорожного транспорта Российской Федерации за самовольное использование вагонов парка МТЗ с 15 июня по 27 сентября 2005 года и согласилось с выводами суда первой инстанции. Учитывая, что сумма штрафа явно несоразмерна последствиям нарушения обязательства, и руководствуясь статьей 333 Гражданского кодекса РФ, суд апелляционной инстанции уменьшил сумму штрафа до 4 400 000 руб., не обратив внимания на нарушение Арбитражным судом Республики Бурятия части 5 статьи 36 (дело должно быть рассмотрено по месту нахождения филиала юридического лица Арбитражным судом Иркутской области). При этом, как видно из материалов дела, изготовление решения в полном объеме было отложено более чем на пять дней, что является прямым нарушением пункта 2 статьи 176 АПК РФ. То есть суд вышестоящей инстанции, изменяя решение первой инстанции, сам нарушил нормы процессуального права, что ставит под сомнение его компетентность.

Нарушение нормы о подсудности

АПК РФ четко регламентирует, что дела, подведомственные арбитражным судам, рассматриваются в первой инстанции арбитражными судами республик, краев, областей, городов федерального значения, автономной области, автономных округов, за исключением дел, отнесенных к подсудности Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации (пункт 1 статьи 34 АПК РФ). Нарушение данной нормы одно из самых часто встречающихся, что, вероятнее всего, связано либо с личной заинтересованностью судей в решении данных дел, либо с их низкой профессиональной пригодностью. При этом, как видно из материалов пересмотра дел вышестоящими инстанциями, ошибка суда, как правило, заключается в том, что данное дело вообще не рассматривалось по существу. Такие ошибки не остаются незамеченными и нередко приводят к приостановлению полномочий некоторых судей.

Так, 28 декабря 2004 года Кассационная коллегия Верховного Суда РФ рассмотрела в открытом судебном заседании гражданское дело по жалобе судьи Сангаева Г.Л. на решения Высшей квалификационной коллегии судей (ВККС) РФ от 24 мая 2004 года о приостановлении полномочий судьи, а впоследствии и прекращении полномочий судьи — первого заместителя

¹ По материалам дела № А10-13187/05.

председателя Арбитражного суда Республики Калмыкия. В кассационной жалобе Сангаев просит отменить судебное решение, ссылаясь на ошибочность вывода суда о правомерности оспоренных решений ВККС. Как следует из материалов дела, основанием для принятия оспоренного решения квалификационной коллегии от 19 июля 2004 года (о досрочном прекращении полномочий судьи) послужило установление ККС следующего обстоятельства: при рассмотрении ФАС Северо-Кавказского округа одного из дел¹ было установлено, что решение по делу от 8 августа 2003 года вынесено судьей Сангаевым Г.Л. с грубыми нарушениями норм материального и процессуального права.

По этому делу ООО «Пресс» обратилось в Арбитражный суд Республики Калмыкия с иском к МУП «Город» (г. Омск) и ООО «Компания "Олигарх"» (г. Омск) об обязанности муниципального предприятия передать ОАО «Управление капиталом» здание профилактория «Восход» в оплату 40% акций уставного капитала общества, а также об обязанности Департамента недвижимости администрации г. Омска внести соответствующие изменение в реестр муниципальной казны и, соответственно, о государственной регистрации прав на данный объект недвижимости. Решением Арбитражного суда Республики Калмыкия (судья Сангаев Г.Л.) от 8 августа 2003 года исковые требования удовлетворены, а определением того же суда от 15 августа 2003 года (судья Сангаев Г.Л.) решение обращено к немедленному исполнению.

ФАС Северо-Кавказского округа постановлением от 23 декабря 2003 года отменил принятое решение и в иске отказал, так как суд первой инстанции неправильно применил нормы материального права. Кроме того, было установлено, что судом первой инстанции были допущены грубые нарушения норм процессуального права. В нарушение правил о подсудности Арбитражный суд Республики Калмыкия рассмотрел дело, неподсудное данному арбитражному суду, лишив стороны права на законного судью и нарушив тем самым положения статьи 34 АПК РФ. А данная норма лишь воспроизводит в себе пункт 1 статьи 47 Конституции РФ, где сказано, что никто не может быть лишен права на рассмотрение его дела в том суде и тем судьей, к подсудности которых оно отнесено законом.

Арбитражный суд кассационной инстанции, отменяя решение Арбитражного суда Республики Калмыкия, установил, что дело рассмотрено в предварительном судебном заседании без назначения к судебному разбирательству и тем самым нарушены статьи 136, 137 АПК РФ.

АПК РФ определяет круг вопросов, которые подлежат рассмотрению в предварительном судебном заседании и не предусматривает на стадии подго-

¹ По материалам дела № Q A22-813/2003/8-46.

товки дела к судебному разбирательству принятия решения по существу. То есть стороны, чьи права реально нарушаются в полном объеме, не могут защитить собственные интересы в ходе судебного разбирательства, так как судья, нарушающий статьи 136, 137 АПК РФ, просто не предоставляет им такой возможности.

Как следует из части 4 статьи 137, если в предварительном судебном заседании присутствуют лица, участвующие в деле, и они не возражают против продолжения рассмотрения дела в судебном заседании арбитражного суда первой инстанции, суд завершает предварительное заседание и открывает судебное заседание в первой инстанции.

Из материалов дела следует, что на предварительном судебном заседании арбитражного суда 8 августа 2003 года представители ответчика МУП «Город» и третьи лица не присутствовали и не могли знать о том, что дело будет рассматриваться по существу, поскольку уведомлялись лишь о предварительном судебном заседании. Согласно статье 180 АПК РФ, решение суда первой инстанции вступает в силу по истечении месячного срока со дня его принятия.

По общему правилу решение арбитражного суда приводится в исполнение после вступления его в законную силу (часть 1 статьи 182 АПК РФ). Определением Арбитражного суда Республики Калмыкия от 15 августа 2003 года под председательством первого заместителя председателя АС РК Сангаева Г.Л. решение арбитражного суда обращено к немедленному исполнению в отсутствие юридических и фактических оснований к этому, чем грубо нарушены положения статей 180 и 182 АПК РФ. В результате немедленного исполнения судебного решения заинтересованная сторона лишается возможности подать апелляционное заявление (пункт 1 статьи 180 АПК РФ), а соответственно, и рассчитывать на изменение резолютивной части решения суда первой инстанции, что может очень существенно сказаться на положении сторон.

Основанием для досрочного прекращения полномочий судьи Сангаева, согласно решению квалификационной коллегии судей, явилось и то обстоятельство, что решением Арбитражного суда Республики Калмыкия от 21 января 2003 года (судья Сангаев Г.Л.) удовлетворены иски о взыскании ООО «Отель Сити Чесс» о взыскании с ЗАО «КалмТатнефть» арендной платы, штрафных санкций и материального ущерба в некоторых суммах. В этот же день определением суда решение было обращено к немедленному исполнению, а 24 января 2003 года выдан исполнительный лист, содержание которого не отвечает требованиям, предъявляемым к исполнительным листам. В соответствии с пунктом 5 статьи 320 АПК РФ в исполнительном листе должна быть указана резолютивная часть судебного акта. Как следует из материалов дела, в нарушение требований закона в исполнительном листе, выданном Ар-

битражным судом Республики Калмыкия на основании решения суда, помимо резолютивной части судебного акта содержится требование об обращении взыскания на имущество должника в виде квартир. Доказательства того, что указанное недвижимое имущество взыскано судебным решением в пользу истца либо что способ и порядок исполнения решения от 21 января 2003 года изменялись арбитражным судом, в материалах дела отсутствуют, что опять-таки нарушает процессуальные права истца на истребуемое имущество.

Некоторые из вышеперечисленных дел могут служить примером *многократных нарушений процессуальных прав* заинтересованных лиц. Особо интересным с этой точки зрения является, на взгляд автора, дело предприятия ООО «Нефте-Стандарт», которое 9 раз рассматривалось¹ в различных инстанциях и трижды успело побывать в Президиуме ВАС РФ².

9 декабря 2002 года ООО «Нефте-Стандарт» обратилось в суд с требованием признать незаконными выраженные письмом действия ответчика (ФГУ «Уральский центр стандартизации, метрологии и сертификации» — ФГУ УРАЛТЕСТ) в части распространения обязательной проверки на все резервуары, в части запрета калибровки резервуаров и в части объявления аттестата аккредитации на право проведения калибровочных работ утратившим силу; обязать ответчика за свой счет восстановить в силе аттестат аккредитации, обеспечивающий право проведения истцом калибровочных работ на срок не менее трех лет с даты решения суда, без работ истца по восстановлению и возместить убытки. Исковые требования удовлетворены частично, с многократным нарушением норм процессуального права, впоследствии данное дело разбито на два, по одному³ из которых в иске отказано полностью, а по второму, в конечном счете дошедшему до Президиума ВАС РФ, отказано в рассмотрении.

В ходе очередного⁴ слушания в апелляционной инстанции, как следует из материалов дела, суд, излагая письмо в резолютивной части постановления, искажил его текст, тем самым подменив предмет оспаривания, хотя в пункте 5 части 2 статьи 271 АПК РФ предмет спора определен в качестве одного из основных предметов, которые должны быть указаны в постановлении. Пункт 1 статьи 268 указывает на то, что при рассмотрении дела в порядке апелляционного производства арбитражный суд по имеющимся в деле и дополнительно представленным доказательствам повторно рассматривает дело. Однако, в на-

¹ По материалам Постановления от 02.03.2004 по делу № Ф09-468/04ГК ФАС Уральского округа; по материалам Постановления по делу № А60-15189/2003-С9 и т.д.

² По материалам Постановления Президиума ВАС РФ от 19.07.2005 № 3324/05; по материалам Определения об отказе в передаче дела в Президиум ВАС РФ № 4610/04; по материалам Определения об отказе в передаче дела в Президиум ВАС РФ № 3324/05.

³ По материалам Постановления от 16.12.2004 по делу № А60-30579/02-С5.

⁴ По материалам Постановления апелляционной инстанции Арбитражного суда Свердловской области от 16.02.2006 по делу № А60-30579/02-С9.

рушение данной нормы, суд рассмотрел лишь вопрос о признании аттестата утратившим силу и отказал в иске полностью без рассмотрения двух оставшихся положений. В качестве нормативных правовых актов, применяемых при рассмотрении дела, в пункте 1 статьи 13 АПК РФ указаны и правовые акты президента РФ. Однако, как следует из материалов дела, суд опирался в своих выводах на ГОСТы (методики поверки), не прошедшие регистрации в Минюсте, и нарушил тем самым президентский Указ № 763. Только в одной стадии рассмотрения данного дела суд многократно успел нарушить несколько норм АПК РФ. Среди типичных нарушений — *подмена предмета оспаривания и нарушение норм по применению нормативных правовых актов, используемых в деле.*

Еще одним типичным процессуальным нарушением, которое суд допустил в этом деле¹, было *рассмотрение дела в незаконном составе.*

В части 1 статьи 21 АПК РФ в качестве оснований для отвода судьи указаны следующие случаи:

- если при предыдущем рассмотрении данного дела он участвовал в нем в качестве судьи и его повторное участие в рассмотрении дела в соответствии с требованиями АПК РФ является недопустимым;
- если при предыдущем рассмотрении данного дела судья участвовал в нем в качестве прокурора, помощника судьи, секретаря судебного заседания, представителя, эксперта, переводчика или свидетеля;
- если при предыдущем рассмотрении данного дела судья участвовал в нем в качестве судьи иностранного суда, третейского суда или арбитража;
- если судья является родственником лица, участвующего в деле, или его представителя;
- если судья лично, прямо или косвенно, заинтересован в исходе дела либо имеются иные обстоятельства, которые могут вызвать сомнение в его беспристрастности; если судья находится или ранее находился в служебной или иной зависимости от лица, участвующего в деле, или его представителя.

Однако порой, в нарушение некоторых из этих оснований, суд отказывает в отводе судьи. В рассматриваемом деле в заявлении об отводе были указаны конкретные обстоятельства, вызывающие подозрения в беспристрастности одного из судей. Тем не менее данные обстоятельства были судом проигнорированы и дело рассматривалось в итоге в незаконном составе.

Скорее всего, к нарушениям данного типа приводит личная заинтересованность судей. В противном случае их можно объяснить лишь неуважением и безответственным отношением к основополагающим принципам арбитражного процесса.

¹ По материалам Постановления ФАС Уральского округа от 03.05.2006 по делу № Ф09-3246/06-С1.

И наконец, чуть подробнее рассмотрим последний этап этого дела, когда ВАС РФ отказал¹ в передаче дела в Президиум ВАС РФ. В пункте 3 статьи 299 сказано, что при рассмотрении заявления или представления о пересмотре судебного акта в порядке надзора арбитражный суд определяет, имеются ли основания для пересмотра оспариваемого судебного акта, исходя из доводов, содержащихся в заявлении или представлении, а также из содержания оспариваемого судебного акта. Однако, как следует из материалов дела, коллегия судей ВАС РФ не привела всех оснований, подлежащих рассмотрению, что явилось прямым нарушением соответствующей нормы АПК РФ.

В качестве основания для отказа в передаче Президиуму ВАС судьи опирались на письмо регионального чиновника, хотя требования заявителя основывались на Федеральном законе от 26 июня 2008 года № 102-ФЗ «Об обеспечении единства средств измерений». В результате судьи умышленно подменили дату письма регионального чиновника, а не сослались на документ и дату его введения, на которые опирались апелляция и кассация, так как это явилось бы нарушением указа президента РФ. Такая, по существу, незаконная мотивировка помогла судьям сделать вывод, что указанные обществом права в заявлении не нарушались. Изложенное послужило основанием для отказа в передаче в Президиум ВАС РФ. В итоге определение ВАС РФ вступило в противоречие с пунктом 3 статьи 15 АПК РФ, поскольку было немотивированным и фактически незаконным.

Подобные случаи нарушения норм АПК РФ судьями ВАС РФ противоречат части 1 статьи 46 Конституции РФ, где сказано, что каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод. Конечно, ненадлежащее применение и толкование норм АПК РФ не может служить реальным инструментом защиты нарушенных прав. Именно конкретные казусы, возникающие в сфере применения норм материального и процессуального права, привели к тому, что в юриспруденции появился термин «судебный произвол».

Приведенные в статье примеры нарушений норм АПК РФ — это лишь малая часть всех допускаемых нарушений процессуальных норм, а значит, и прав заинтересованных лиц. Бывало, что Конституционный Суд, рассматривая жалобы нескольких юридических лиц и граждан, признавал нормы предыдущего АПК РФ не соответствующими статьям 19 и 46 Конституции РФ². К сожалению, практика применения судьями АПК РФ сегодня показывает, что не все ошибки применения кодекса 1995 года были учтены. Учитывая серьезность и важность задач (перечисленных в статье 2 АПК РФ), стоящих перед арбитражными судами, последним при вынесении решений следует ориентироваться в первую очередь на такие принципы, как законность, равенство всех перед законом и судом, равноправие сторон и непосредственность судебного разбирательства.

¹ По материалам Определения № 3324/05 об отказе в передаче дела в Президиум ВАС РФ.

² В качестве примера уместно будет привести Определение КС РФ от 14.01.2000 № 3-О.

ДЕЛО МИХАИЛА ХОДОРКОВСКОГО

Решение суда, вступившее в силу, а уж тем более прошедшее кассационную и надзорную инстанции, непререкаемо¹. Это естественно для государства со сбалансированным разделением ветвей власти и для общества, поддерживающего высокий уровень доверия к результатам судейской работы. Мы не будем оспаривать законность самого решения по делу Ходорковского как результат процесса, зато рассмотрим процедуру — как и на основании чего принимались эти решения и какой эффект спровоцировали. У нас нет причин создавать из экс-главы ЮКОСа святого мученика, равно как и всенародного преступника. Давайте просто посмотрим на факты и попробуем самостоятельно их оценить.

Производство по уголовному делу — это длительный процесс, состоящий из нескольких стадий с определенными для каждой процессуальными сроками, правилами проведения и, что немаловажно, четко очерченными правами и обязанностями участников. Логично, что соблюдение этих норм является непременным условием соответствия как минимум одному основному правовому принципу — принципу законности. Учитывая публичный характер уголовного преследования, т.е. такой, при котором велика важность интереса и частного, и общественного, к системе правоохранительных органов предъявляются особые требования с точки зрения обеспечения соблюдения соответствующих процессуальных норм. Тем не менее в ходе ведения рассматриваемого дела были допущены существенные нарушения, подрывающие авторитет, в первую очередь, судебной власти, во вторую — представителей правоохранительных органов и юридической профессии в целом.

Так что же происходило в процессе рассмотрения и разрешения этого дела, а также на стадии исполнения наказания?

В мае 2005 года Мещанский суд города Москвы признал председателя правления компании ЮКОС Михаила Ходорковского и бывшего руководителя МФО МЕНАТЕП Платона Лебедева виновными в уклонении от уплаты налогов и мошенничестве в крупном размере и приговорил к девяти годам лишения свободы с отбыванием наказания в колонии общего режима. 22 сентября Мосгорсуд подтвердил приговор, уменьшив при этом срок наказания до

¹ Анализ дела в статье приводится по состоянию на 2008 год, до дальнейшего развития дела и вынесения новых решений.

восьми лет. 15 октября Ходорковский был этапирован в исправительную колонию, которая находится в 550 км от Читы на окраине города Краснокаменска. Затем он был перемещен в читинский следственный изолятор в связи с предъявлением ему новых обвинений.

Нарушения прав участников процесса, непосредственно влияющие на ход следствия и судебного разбирательства (ход производства по делу)

Ограничение свиданий адвокатов с подзащитным — нарушение права на защиту

Для посещения подзащитного адвокату не требуется никакого специального разрешения от кого бы то ни было, включая следователя, дознавателя или начальника следственного изолятора¹. В нарушение этого начальник СИЗО «Матросская тишина» Ф. Тагиев неоднократно требовал предоставить специальное разрешение суда на свидание и количество свиданий ограничивалось под предлогами ремонта соответствующих помещений и карантина. Наконец, в 2005 году в СИЗО не пустили даже известнейшего адвоката Генриха Падву, одного из защитников Ходорковского, имевшего на руках специальное разрешение суда на свидание с подзащитным.

Согласно статье 18 Федерального закона от 15 июля 1995 года № 103-ФЗ «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений», «свидания предоставляются наедине и конфиденциально без ограничения их числа и продолжительности, за исключением случаев, предусмотренных Уголовно-процессуальным кодексом Российской Федерации. Свидания предоставляются защитнику по предъявлении удостоверения адвоката и ордера. Истребование у адвоката иных документов запрещается».

Решение о достаточности удостоверения и ордера было принято еще в 2001 году Конституционным Судом РФ²: «...выполнение адвокатом, имеющим ордер юридической консультации на ведение уголовного дела, процессуальных обязанностей защитника *не может быть поставлено в зависимость от усмотрения должностного лица или органа, в производстве которых находится*

¹ Конституционный Суд РФ в Постановлении от 25.10.2001 № 14-П разъяснил, что выполнение адвокатом своих процессуальных обязанностей защитника, имеющего ордер на право ведения защиты, «не может быть поставлено в зависимость от усмотрения должностного лица или органа, в производстве которого находится уголовное дело».

² Постановление от 25.10.2001 № 14-П по делу о проверке конституционности положений, содержащихся в статьях 47 и 51 УПК РСФСР и пункте 15 части 2 статьи 16 Федерального закона «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений» в связи с жалобами граждан А.П. Голомидова, В.Г. Кислицина и И.В. Москвичева.

уголовное дело (здесь и далее в цитатах курсив мой. — Ю. С.), основанного на не перечисленных в уголовно-процессуальном законе обстоятельствах, исключающих участие этого адвоката в деле». Тем самым Конституционный Суд отменил третий документ, который ранее был необходим для допуска адвоката к подзащитному, — ордер следователя или прокурора, и подтвердил, что адвокат не должен зависеть от усмотрения лиц, которые в силу своего должностного положения будут необъективно подходить к решению вопроса о том, допустить адвоката на свидание с подзащитным или нет. В деле Ходорковского усмотрение следователя вернулось в практику без законных на то оснований.

Жалоба на действия сотрудников уголовно-исполнительной системы, поданная в Преображенский суд, Судебную коллегию Мосгорсуда, осталась без ответа.

Этапирование в колонию с нарушением процедуры

Статья 17 Уголовно-исполнительного кодекса (УИК) РФ «Уведомление о месте отбывания наказания» гласит: «О прибытии осужденного к месту отбывания наказания администрация учреждения или органа, исполняющего наказания, обязана не позднее 10 дней со дня прибытия направить уведомление одному из родственников осужденного по его выбору».

В октябре 2005 года Ходорковский и Лебедев были этапированы из СИЗО «Матросская тишина» в неизвестном направлении. Адвокатам информация об их местонахождении предоставлена не была. Спустя неделю с момента исчезновения подзащитных адвокаты и родственники по-прежнему не имели этой информации. Начальник СИЗО сообщил, что уведомление родственникам было выслано по почте.

Формально процедура была соблюдена. И виновной при этом оказывается почта, а не уголовно-исполнительная система. Через полторы недели после исчезновения, т.е. уже спустя 10 дней, жена Михаила Ходорковского сама пришла в СИЗО, где место отбывания наказания ее мужем ей сообщить отказались. Сотрудники СИЗО заявили, что соответствующее уведомление было отправлено по почте 11 октября на имя Инны Ходорковской и назвали исходящий номер заказного письма с уведомлением.

О неинформированности защитников и родственников, конечно, стало известно общественности, поскольку дело Ходорковского имеет высокий общественный резонанс. Однако, несмотря на это, достаточной информации о ходе дела и действиях правоохранительных органов не было ни у кого. «У нас по-прежнему нет официальной информации, куда был этапирован Ходорковский», — делился с прессой адвокат Антон Дрель. И это притом, что осужденных обязаны проинформировать о том, куда они отправляются, и предоставить краткосрочное свидание с родными (такое право есть у осужденных в

соответствии со статьей 75 УИК РФ). Ни то ни другое сделано не было. Таким образом, этапирование Ходорковского было проведено чуть ли не тайно. Не похоже на благое и всячески публично выражавшееся намерение не выделять осужденного Ходорковского среди других!

Взыскания

За время пребывания в колонии Ходорковский неоднократно подвергался взысканиям: за хранение приказов Минюста в тумбочке, за запрещенные продукты в сумке (10 суток ШИЗО), чаепитие в неподобающем месте (7 суток ШИЗО) и не заложенные за спину после прогулки руки. Однако продолжительными стараниями адвокатов первые три взыскания были сняты, что вновь открыло Ходорковскому дорогу к условно-досрочному освобождению. Последнее из них, кстати, было наложено за неделю до истечения срока, когда Ходорковский мог ходатайствовать о досрочном освобождении.

Читинский этап следствия

Дело Ходорковского получило развитие на читинском этапе следствия. В связи с чем возникают новые споры, в частности о территориальной подсудности дела. Территориальная подсудность уголовных дел регулируется двумя статьями Уголовно-процессуального кодекса (УПК) РФ (статьи 32 и 35). В УПК РФ прямо сказано, что «уголовное дело подлежит рассмотрению в суде по месту совершения преступления». Возможность рассмотрения дела по месту отбывания наказания законом не предусмотрена, перенесение было бы возможно лишь по ходатайству стороны, в частности обвиняемого, в определенных случаях. Но изюминка ситуации в том, что председатель Верховного Суда Вячеслав Лебедев публично заявляет иное. «Конечно, дела могут быть рассмотрены судом и по месту совершения преступления, и по месту отбывания наказания. Так указано в нашем Уголовно-процессуальном кодексе», — сообщил он журналистам в январе 2008 года. И это говорит председатель Верховного Суда, который по должности должен являться эталоном профессионализма!

Нападение

При неясных обстоятельствах происходит инцидент с ночным нападением на Ходорковского в колонии. В ночь с 13 на 14 апреля 2006 года один из заключенных порезал ему лицо сапожным ножом. Вину за это досадное происшествие тогда недвусмысленно возложили на чью-то политическую волю, хотя на его основании нельзя делать столь широких выводов о состоянии уголовно-исполнительной системы — можно лишь говорить о невозможности

обеспечить безопасность заключенных. Тем не менее такие случаи бывают везде, не только в России.

Право на защиту, равенство сторон, справедливый и беспристрастный суд

В период рассмотрения дела высшие должностные лица прокуратуры заявляли в СМИ о вине подсудимых и сроке наказания, наличии новых обвинений и тем самым оказывали давление на суд. Адвокаты неоднократно отмечали это в кассационных жалобах, как и то, что не обеспечивалась конфиденциальность общения с подзащитным и немотивированно отклонялись ходатайства о медицинском обследовании.

Реакция, преследование адвокатов

Воспрепятствование реализации права обвиняемых на защиту — передача дела по новым обвинениям для рассмотрения в Читу с нарушением правил территориальной подсудности — произошло в декабре 2006 года. До этого наиболее характерными мерами воздействия было воспрепятствование общению Ходорковского с адвокатами, последующее преследование самих адвокатов вплоть до угрозы лишения адвокатского статуса. Тем более что в 2007 году в связи с учреждением Следственного комитета упростился порядок привлечения к уголовной ответственности адвокатов. Теперь дело против него может быть возбуждено руководителем следственного органа Следственного комитета, в то время как в соответствии с прежней редакцией статьи 448 УПК РФ для этого требовалось заключение судьи районного суда по месту совершения деяния. Новыми открывшимися возможностями представители правоохранительных органов активно пользовались. Но и до этого к адвокатам Ходорковского проявлялся повышенный интерес со стороны прокуратуры, МВД и ФСБ (незаконный обыск адвоката Ю. Шмидта и изъятие документа, вызов на допрос в Генпрокуратуру адвокатов А. Дреля и В. Алексаняна, изъятие адвокатского удостоверения у И. Хруновой).

Поведение следствия

В обстоятельствах затрудненного общения адвокатов с подзащитным (так как были нарушены правила подследственности¹ по территориальному при-

¹ Вообще, статья 152 УПК РФ о месте производства предварительного расследования предусматривает возможность его проведения по месту нахождения обвиняемого, но только если это необходимо для обеспечения полноты и объективности расследования и соблюдения процессуальных сроков.

наку — расследование дела читинской прокуратурой) новый следователь по делу Ходорковского В. Альшев направлял в адрес адвоката Ю. Шмидта официальные письма с «разъяснением» адвокату его права в соответствии со статьями 53 и 217 УПК РФ ознакомиться с материалами предварительного следствия. Причем следователь трактовал это право как соответствующую обязанность адвоката прийти и ознакомиться с материалами дела, связывая само право с обязанностью осуществления защиты обвиняемого, предусмотренной статьей 49 УПК РФ. Иными словами, неиспользование адвокатом права на ознакомление с материалами дела почему-то трактовалось следователем как отказ от выполнения обязанности по защите обвиняемого. Действия следствия в лице представителя юридической профессии — рядовой факт поучительно-назидательного поведения. Но факт остается фактом.

Препятствование поездкам адвокатов в Читу

Под предлогом обеспечения авиационной безопасности адвокатов задерживали, требовали предъявить перед полетом вещи и документы для осмотра, производили съемку имеющихся документов с использованием средств видеозаписи. Оперативная видеосъемка проводилась и в отношении самих адвокатов.

7 февраля 2007 года в аэропорту Читы следователь генеральной прокуратуры, сопровождаемый неизвестными лицами, потребовал, чтобы адвокат К. Москаленко дала подписку о неразглашении данных следствия по новому делу в отношении Ходорковского (№ 18/432766-07), с которым она не была знакома вообще (в связи с чем была вынуждена давать объяснения в квалификационной комиссии Адвокатской палаты г. Москвы). В случае неподчинения ее угрожали снять с рейса Чита — Москва. Здесь важно учесть то обстоятельство, что как раз накануне в Басманный суд адвокатами была подана жалоба на нарушения, допущенные прокуратурой в ходе предварительного следствия.

Утверждения следствия ложного характера

До В. Альшева следователь С. Каримов настойчиво вменял адвокатам Ходорковского в обязанность подписание протоколов следственных действий. Например, в его письме от 6 февраля 2007 года содержится утверждение, что адвокаты отказывались от подписания протоколов следственных действий (хотя все протоколы были подписаны, вне зависимости от согласия или несогласия адвокатов с их содержанием).

Кроме того, даже если бы защита и заняла такую позицию, в ней не было бы ничего противозаконного. Закон допускает возможность для защитника, равно как и для других лиц, участвующих в следственном действии, отказать-

ся от подписания протокола следственного действия (часть 1 статьи 167, часть 9 статьи 190 УПК РФ). Это является одним из не запрещенных законодательством способов защиты прав клиента.

Обыски

При обыске адвокатской конторы А. Дреля, когда изымались документы по делу Ходорковского, сотрудники правоохранительных органов во главе со следователем С. Каримовым отказались пропустить в помещение конторы самого адвоката. Попытка обжаловать в суд приобщение полученных таким (незаконным) образом материалов к делу результатов не дала, невзирая на заявление сразу 20 депутатов из разных фракций Государственной Думы, направленное в адрес президента.

А в марте 2004 года у адвоката Ю. Шмидта была изъята записка с проектом обращения правозащитников к общественности, которая была квалифицирована следователем С. Каримовым как инструкция по противодействию следствию через средства массовой информации.

Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ) неоднократно в своих решениях обосновывал и подтверждал необходимость безукоризненности судебного решения об обыске адвоката: информации о характере расследования, предметах, подлежащих изъятию, назначении обыска только в случае, когда нет иных способов найти доказательства, кроме как изъять нечто у адвоката (решения ЕСПЧ по делам «Жан-Пьер ван Россем против Бельгии»¹, «Нимитц против Германии», «Ремен и Шмит против Люксембурга»²).

Меж тем по этому вопросу имеется и решение Конституционного Суда РФ, в котором содержится толкование права, предоставленного адвокатам Федеральным законом от 31 мая 2002 года № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»: «Данным Федеральным законом определяется понятие адвокатской тайны и устанавливаются гарантии ее сохранения, в частности в виде превентивного судебного контроля: в силу пункта 3 его статьи 8 проведение следственных действий, включая производство всех видов обыска, в отношении адвоката (в том числе в жилых и служебных помещениях, используемых им для осуществления адвокатской деятельности) допускается только по судебному решению, отвечающему, как следует из части четвертой статьи 7 УПК Российской Федерации, требованиям законности, обоснованности и мотивированности, — в нем должны быть указаны конкретный объект обыска и данные, служащие основанием для его проведения, с тем чтобы обыск не приводил к получению ин-

¹ См.: Бюллетень Европейского Суда по правам человека. [Российское изд.]. 2005. № 5.

² См.: Бюллетень Европейского Суда по правам человека. [Российское изд.]. 2003. № 7.

формации о тех клиентах, которые не имеют непосредственного отношения к уголовному делу».

Совершенно очевидно, что обыски адвокатов М. Ходорковского, в частности упомянутый выше обыск кабинета А. Дреля, проводились с нарушением требований, уточненных в решении Конституционного Суда и ЕСПЧ. Обыск производился без указания конкретных предметов поиска, а как-то «вообще». Адвокат в помещение допущен не был. Полученные таким образом доказательства стали поводом для вызова адвоката в Генпрокуратуру, что поставило под удар его адвокатский статус (которого адвокат лишается за разглашение профессиональной тайны). На тот момент Федеральная палата адвокатов была настроена крайне недоверчиво: Дрелю прямо угрожало лишение статуса.

Иск о защите чести, достоинства и деловой репутации к адвокатам

В 2006 году Хамовническим судом был рассмотрен иск о защите чести, достоинства и деловой репутации Управления Федеральной службы исполнения наказаний (УФСИН) по Москве к лицу канала Ren TV Марианне Максимовской и адвокатам Михаила Ходорковского и Платона Лебедева. Сотрудники УФСИН утверждали, что экс-глава ЮКОСа не объявлял голодовку, о которой Максимовская сообщила со ссылкой на адвокатов.

В декабре 2005 года УФСИН по Москве предъявило претензии к сюжету программы «Неделя с Марианной Максимовской» канала Ren TV от 27 августа 2005 года, посвященному обстоятельствам содержания Платона Лебедева и Михаила Ходорковского в следственном изоляторе «Матросская Тишина». Претензии УФСИН по Москве возникли после того, как адвокаты Ю. Шмидт и Е. Бару заявили в аналитической программе М. Максимовской о шестидневной голодовке Михаила Ходорковского в «Матросской Тишине». По мнению истца, Е. Бару приписал «противоправные действия работникам СИЗО», сказав о «так называемом "шмоне"» в изоляторе и о том, что при этом «была задета печень Платона Лебедева». А Ю. Шмидт заметил, что все свидания с адвокатами происходили «не только под открытым видеонаблюдением, но и под скрытым подслушиванием» и что в камере, куда перевели Ходорковского, «могут быть специально посланные негодяи, которые могут иметь задание причинить ему вред». От телеведущей М. Максимовской УФСИН требовало опровержения произнесенной ею фразы «Кстати, поначалу УФСИН факт голодовки отрицало». По заявлению ведомства, голодовки не было, «так как официального заявления в УФСИН об этом не поступало».

Судья обязал канал Ren TV опровергнуть «как не соответствующие действительности» слова адвоката Е. Бару о «шмоне» и «задетой печени Платона Лебедева» и слова Ю. Шмидта о «прослушивании». Об остальных выска-

званиях суд не упомянул, то есть, видимо, не счел их ни ложными, ни оскорбительными.

Была ли это попытка защитить репутацию органов государственной власти или акт воздействия, направленный непосредственно на личности адвокатов? В принципе, Федеральная служба исполнения наказаний наделена правом отстаивать свою деловую репутацию. В то же время ее активность в обжаловании, вполне возможно, связана с повышенной значимостью дела Ходорковского, к которому относились «порочащие высказывания». В любом случае это уже не попытка непосредственно повлиять на судьбу подзащитного. Указанное дело должно бросать тень на репутацию самих адвокатов. Вообще, если возникает вероятность подпасть под законодательство о диффамации — о защите чести, достоинства и деловой репутации (как правило, сопряженных со свободой слова и СМИ), адвокатам необходимо соблюдать повышенные меры предосторожности. В особенности по «скользким» темам. Потому что можно быть уверенным — в отношении независимых адвокатов и СМИ закон будет применен как минимум со всей строгостью.

Попытка лишения адвокатского статуса

Ходатайство Генеральной прокуратуры и определения Мосгорсуда, направленные в Минюст для обращения в Адвокатскую палату г. Москвы с представлением о лишении адвокатского статуса трех адвокатов — Е. Левиной, Д. Дятлева и А. Дреля, а также в Санкт-Петербургскую коллегию адвокатов с представлением о лишении адвокатского статуса всемирно известного адвоката и правозащитника Ю. Шмидта (первоначально Генпрокуратура предлагала лишить статуса всех защитников, кроме Г. Падвы). Советами адвокатских палат Москвы и Санкт-Петербурга было принято решение о невозможности лишения адвокатов их статуса.

Подробнее об обвинениях адвокатов можно прочесть в докладе Центра действия международной защите «О преследовании адвокатов М. Ходорковского и П. Лебедева».

Устойчивые правовые практики

С делом Ходорковского связано введение в общественно-правовую жизнь некоторых примечательных практик применения норм права, а также изменения этих норм. Нормы, измененные по ходу и для (предположительно) дела ЮКОСа, теперь «успешно» применяются и в других, не столь громких делах.

Во-первых, с 1 января 2004 года Федеральным законом от 8 декабря 2003 года № 161-ФЗ «О приведении Уголовно-процессуального кодекса Российской

Федерации и других законодательных актов в соответствии с Федеральным законом «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Российской Федерации» внесены изменения в статью 198 УК РФ, отменившие примечание к данной статье, которое давало право освобождать от уголовной ответственности лицо, впервые совершившее преступления, предусмотренные статьями 194, 198, 199 УК РФ, если оно способствовало раскрытию преступления и полностью возместило ущерб. Соответственно, к моменту принятия окончательного решения по делу Михаил Ходорковский уже не имел такой возможности освобождения.

Во-вторых, нормы об ответственности избирательно применяются по отношению к разным субъектам ответственности в аналогичных обстоятельствах. Внутрикorporативные (трансфертные) цены не только широко использовались в тот период, когда их применял ЮКОС, но и продолжают использоваться в настоящее время, в том числе государственными компаниями. Так называемая практика внутренних офшоров законно использовалась для оптимизации налогообложения практически всеми крупными (и не только крупными) компаниями в конце 1990-х — начале 2000-х годов, вплоть до внесения изменений в законодательство, это общеизвестные факты. Однако именно в отношении ЮКОСа такие действия были признаны вначале налоговыми нарушениями, а затем и преступлениями, причем по отношению к прошлому периоду — с приданием закону обратной силы, что само по себе уже противоправно. К слову, Газпром в своей деятельности использует ту же самую практику.

В-третьих, статья 73 УИК РФ обязывала органы, исполняющие наказание, направлять лиц для отбывания наказания в ближайшие исправительные учреждения, расположенные на территории субъекта РФ по месту жительства осужденного или по месту его осуждения. С принятием Федерального закона от 19 июля 2007 года № 142-ФЗ «О внесении изменений в статью 73 Уголовно-исполнительного кодекса Российской Федерации» служба исполнения наказания получила возможность направлять лиц для отбывания наказания в любой субъект РФ по своему усмотрению.

Это лишь некоторые примеры, показывающие, что правоприменительная (правотворческая) практика пошла по пути «настройки» и толкования законодательства в соответствии с текущими потребностями общего анти-Ходорковского плана. Который, будучи апробированным, стал применяться в других делах.

Политико-социальная реакция

Если отвлечься от темы политических мотивов возбуждения дела Ходорковского, то все равно нельзя умолчать о том политическом эффекте, который оно произвело.

Международное сообщество

Не секрет, что крупнейшие европейские газеты подняли шум вокруг разбирательства, выступив с обвинениями в предвзятости судей и избыточном применении кремлевско-телефонного права. Но, как известно, журналисты склонны преувеличивать, гнаться за сенсацией, судить, основываясь на своих эмоциях, — иначе резонанса не получится...

В Страсбургский суд по правам человека адвокатами Ходорковского и Лебедева было подано несколько жалоб. До рассмотрения жалобы Михаила Ходорковского в Европейском суде дело еще не дошло, зато была рассмотрена и удовлетворена жалоба еще одного фигуранта дела — Платона Лебедева (жалоба на несоблюдение процессуальных гарантий). Председателю суда вменяется включение в обоснование приговора значительного числа формулировок обвинительного заключения. Также в жалобах указывается, что к юридическим правам человека относится право на защиту самого себя или на защиту самостоятельно выбранным адвокатом. И хотя у Ходорковского было много адвокатов, они сообщают о серьезном ограничении их деятельности. Кстати, напоминаем, что решения Страсбургского суда (Европейского суда по правам человека, ЕСПЧ) обязательны к исполнению в России — в части выплаты компенсации и устранения нарушений¹. Более того, в дальнейшей правоприменительной практике Россия обязана учитывать ранее принятые ЕСПЧ решения — как в отношении себя самой, так и по делам других государств. Иными словами, нельзя понести ответственность за одно нарушение прав, но при этом впоследствии совершить такое же правонарушение безнаказанно. Ранее принятое по аналогичному делу решение упростит процесс привлечения государства к ответственности в дальнейшем.

«Поразительно, как Россия не боится быть осужденной Европейским судом по правам человека за тот процесс, который был организован против Ходорковского», — писала *Frankfurter Allgemeine Zeitung* в июне 2005 года.

Что касается отношения к делу национальных лидеров, то президент Дмитрий Медведев продолжает сдержанно отзываться о проблеме Ходорковского — по крайней мере, пока — в рамках выбранного курса на укрепление законности и правового государства. На пресс-конференции в Берлине после переговоров с канцлером Германии Ангелой Меркель (2008 год) он сообщил,

¹ Из Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10.10.2003 № 5-П «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации» следует, что выполнение постановлений ЕСПЧ, касающихся Российской Федерации, предполагает в случае необходимости *обязательство со стороны государства принять меры частного характера, направленные на устранение нарушений прав человека, а также меры общего характера с тем, чтобы предупредить повторение подобных нарушений*. Суды в пределах своей компетенции должны действовать таким образом, чтобы обеспечить выполнение обязательств государства, вытекающих из участия Российской Федерации в Конвенции о защите прав человека и основных свобод (при этом ухудшение положения по сравнению с принятым ранее решением российского суда допускается только в крайних случаях).

что «все уголовные исполнительные процедуры должны покоиться на внутреннем законодательстве». Президент подчеркнул, что в нашей стране прошли те времена, когда решения по тем или иным судебным делам принимало политбюро. «Нынешняя жизнь именно тем и отличается, что такого рода процедуры должны проходить в государственных рамках и за них несет ответственность судебная система, а в некоторых случаях глава государства», — считает Дмитрий Медведев. Таким образом, если, скажем, Европейский суд укажет на нарушения в ходе производства по делу, то ответственность за это будет возложена на судебную систему России. Однако морально-политическая ответственность ляжет на главу государства — ему будет приписана соответствующая политическая воля и неспособность отделить политику от права. В особенности это относится к президенту, имеющему юридическую специальность. Впрочем, возможно, ответственность возлагается на предшествующего президента, тоже, кстати, имеющего юридическую специальность?

Насколько это может дискредитировать профессию, будет видно только по принятии Европейским судом соответствующих решений. Тем более что принятие решения ЕСПЧ еще, как правило, не означает его немедленного исполнения. Иногда бывает необходимо придать это решение широкой огласке, потребовать от власти устранить нарушения, если она не делает это по собственной воле. В зависимости от ситуации подобные действия осуществляются адвокатами, правозащитными организациями, СМИ.

Учебники истории

Любое событие, имеющее существенное значение, получает право на место в истории. Уже с 2007 года авторы школьных учебников и пособий для учителей озаботились «правильным» историческим подходом к «делу ЮКОСа». Разрушение нефтяной компании ЮКОС и осуждение ее главы Михаила Ходорковского, пишет британская *The Times*, описывается как «недвусмысленный сигнал» бизнесу о необходимости «соблюдать закон, платить налоги и не пытаться поставить себя выше правительства». «Они приняли сигнал», — считают авторы одного из таких пособий.

The Times приводит слова одного из идеологов «суверенной демократии», проект-менеджера Фонда эффективной политики Павла Данилина, который, отвечая в своем блоге на критику учителей, считающих, что большая часть учебника — это просто кремлевская пропаганда, выразил свои намерения следующим образом: «Учить детей вы будете по тем книгам, которые вам дадут, и так, как нужно России». Данилин также заявил, что «российским школам надо очищаться от скверны. А если не получается, то очищать насильно». Положим, это всего лишь мнение человека, которого далеко не все воспринимают всерьез. Но коль скоро он занимает не последнюю должность, а по этим учеб-

никам учиться будут дети, которым надо разбираться в истории, а не в политике, эффекта следует ожидать соответствующего. Тогда, может, и утверждение о «культурной матрице» сознания российского народа не так уж безнадежно — если она накладывается грамотно на нужное сознание и в нужное время.

Общественное мнение

По данным опроса, проведенного Левада-Центром, большинство участников событий, развернувшихся вокруг «дела ЮКОСа», в меньшей степени были склонны связывать его исход с собственно судебной системой России — скорее с системой политической. Однако судебная система гораздо более удобная мишень для критики, поскольку выпады в сторону государственного устройства дают повод записать недовольных в оппозиционеры, радикалы или любую другую группу официальных «врагов». «Показательный» процесс, несмотря на массовые дежурства «противников Ходорковского» у здания суда, отнюдь не укрепил граждан России в доверии к суду.

Проведенный Центром Левады еще до оглашения приговора опрос показал, что репутация судебной системы выглядит далеко не лучшим образом. Вопрос о возможности защитить права в суде в этой ситуации и впрямь был бы смешон, поэтому социологи просили респондентов, к примеру, оценить возможность восстановить свои права, судом нарушенные. О существовании такой возможности предполагают чуть менее четверти россиян («скорее да»), твердую уверенность выразили лишь 3,9% респондентов.

Большинство участников опроса (94%) также уверены в том, что власти используют правоохранительные органы для противодействия политическим противникам.

В июне 2005-го ВЦИОМ по заказу радиостанции «Маяк» также провел экспресс-исследование с целью выяснить отношение российского общества к приговору по делу Лебедева — Ходорковского — Крайнова. В опросе участвовали 1600 человек из 153 населенных пунктов в 46 регионах России — репрезентативная общенациональная выборка. Как показал опрос, только 4% считают, что Ходорковского не за что было судить. Практически треть россиян (37%) уверены, что обвинение и приговор, который был вынесен, вполне соответствуют содеянному, даже «можно было бы и построже».

Во время социологического опроса, проводившегося институтом «Общественная экспертиза» в июне 2004 года, респондентам было предложено выразить свою позицию в отношении возможных вариантов итогов процесса над бывшим руководителем НК ЮКОС, ответив на вопрос «Если бы Вам пришлось выносить решение, то какое из них сочли бы более правомерным?». 43% поддержали вариант «пусть откупится, вернет деньги государству» и только 28% предложили осудить Ходорковского. То есть из предложенных вариантов

ответа «победило» внесудебное решение проблемы, что показательно в смысле отношения к судебной системе вообще — с помощью нее проблему не решить.

Регулярный социологический опрос «Отношение населения России к делу компании ЮКОС», проведенный Левада-Центром в октябре 2007 года, показал, что лишь 14% считают, что новое дело против Ходорковского и Лебедева, инициированное Генпрокуратурой, связано с вновь открывшимися обстоятельствами их финансовых преступлений. 12% полагают, что оно было инициировано с целью не дать Ходорковскому возможности получить условно-досрочное освобождение в 2007 году и предотвратить его влияние на общественно-политическую жизнь страны. 11% объясняют этот шаг стремлением властей не позволить Ходорковскому выйти на свободу и предъявить свои претензии по поводу отнятой у него собственности. 9% уверены, что новое дело имеет своей целью помешать начавшемуся рассмотрению дела Ходорковского в Страсбургском суде по правам человека. В любом случае в правовом основании дела уверены лишь 14% российских граждан. Так что ситуация с доверием системе правоохранительных органов в связи с делом Ходорковского и по мере его развития с течением времени в целом не изменилась.

Примечательно, что процесс коснулся даже духовного сообщества. Отца Сергия, краснокаменского священника, выразившего несогласие с отношением к Ходорковскому в колонии и отказавшегося освящать помещения колонии, чуть не лишили сана и отправили нести службу в глухое таежное село.

Очередной день рождения Михаила Ходорковского в заключении и 45-й в его жизни снова напомнил общественности об этом деле. Впрочем, общественный интерес к нему уже не так высок, как и к любой «избитой в СМИ» теме. В поддержку Ходорковского продолжают собираться митинги, но обывателям, как показывают опросы, по большей части уже все равно.

Однако дело Михаила Ходорковского возбудило повышенный интерес к процессуальному законодательству вообще. Например, к законодательной инициативе Павла Крашенинникова об изменении правил зачета сроков пребывания в СИЗО, что касается не только Ходорковского, но и десятков тысяч других людей, как отмечает адвокат Юрий Шмидт.

Действительно, для всех нас, независимо от отношения к фигурантам этого дела, оно стало как минимум поводом задуматься о реальном соблюдении правовых норм в ходе судебного разбирательства. О состоянии судебной и уголовно-исполнительной системы, о ценности и независимости юридической профессии в России. О том, что при желании закон может быть истолкован в соответствии с сиюминутными политическими амбициями. А если невозможно истолковать закон в нужном ключе — его можно просто не применять. Без объяснения причин. И так будет до тех пор, пока спрос на справедливое разрешение дел и требования общества к правоохранителям не дотягивают до критической массы.

ДЕЛО ПЛАТОНА ЛЕБЕДЕВА

Вместо предисловия

В этом коротком вступлении к статье прежде всего хотелось бы отметить тот факт, что корень проблем, которые будут рассмотрены ниже, лежит, возможно, даже не в области права, а скорее в области философии. Предваряя наше исследование, необходимо задать себе один принципиально важный вопрос: если человек и гражданин нарушает права своих сограждан, совершая преступление, вправе ли государство нарушать права преступника? Вопрос далеко не однозначный.

На первый взгляд, положительный ответ на поставленный вопрос может привести нас к принципу талиона «око за око, зуб за зуб», характерного еще для законов Хаммурапи, датированных XVIII веком до н. э. Однако подчас, наблюдая за судебным процессом в отношении, скажем, маньяка, сознавшегося и не раскаившегося в 30 убийствах, совершенных с особой жестокостью, начинаешь ловить себя на мысли, что такой представитель рода человеческого вообще не может претендовать на какие-либо права. Можно сказать, что в этот момент юридическое и человеческое вступают между собой в острейшее противоречие.

Однозначного ответа на предложенный вопрос нельзя дать потому, что, с одной стороны, существуют принципы верховенства права, а с другой — естественное стремление человека к некой высшей справедливости. Категории эти, как видим, настолько расплывчаты, что не позволяют нам занять однозначную жизненную (подчеркиваем — не юридическую) позицию. Однако следует признать, что преступления против личности и преступления в сфере экономики — совершенно разные вещи.

Мы ни в коей мере не пытаемся представить дело Платона Лебедева как образец неправосудности и предвзятости. Как в ходе предварительного расследования, так и на стадии судебного следствия было установлено, что руководители ЮКОСа, наряду со многими другими олигархами эпохи 1990-х, использовали незаконные схемы приватизации и построения своего бизнеса (ярким примером служит покупка банком МЕНАТЕП компании ЮКОС в 1995 году по цене, в 10 раз меньшей рыночной стоимости активов компании), а также занимались недобросовестным устранением конкурентов с рынков

добычи нефти и газа¹. Скорее оно стало образцом нарушения процессуальных, процедурных моментов уголовного дела, без соблюдения которых осуществление правосудия немыслимо. Журналисты и политики называли этот процесс «политическим заказом», однако нельзя не отметить, что в любых судебных делах (в том числе и с потенциально «политическим» окрасом) государство в целом и органы правоохранительной и судебной систем в частности обязаны стремиться соблюсти все процессуальные тонкости, чтобы хотя бы формально не допустить каких-либо претензий в свой адрес. В деле же Платона Лебедева подобные нарушения были настолько существенны, что привели к многочисленным жалобам адвокатов подсудимого в Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ), вызвали широкий общественный резонанс и в очередной раз заставили усомниться в независимости российской судебной системы (доверие к которой и так не было слишком высоким).

Конечно, обстоятельства совершения Лебедевым преступлений, подробнейшим образом описанные в обвинительном заключении прокуратуры, не кажутся такими уж нереальными, как пытается их представить защита подсудимого. Организация десятков подставных юридических лиц (в том числе за границей), перевод незаконно полученных акций в так называемые офшорные зоны с целью неисполнения вступившего в законную силу решения суда о признании сделки по отчуждению данных акций недействительной, введение в заблуждение судебных и регистрирующих органов путем подлога документов, махинации по обмену фальшивых векселей на реальные деньги и акции — все это было характерно для российского бизнеса периода первоначального накопления капитала. Нелогично было бы утверждать, что наших героев, организаторов одной из ведущих нефтегазовых компаний РФ, миновала чаша сия (однако в то же самое время следует отметить, что, согласно предварительным оценкам Счетной палаты России², все сделки по приватизации 140 предприятий в середине 1990-х годов были совершены с тем или иным отступлением от требований норм закона³).

Разумеется, весьма похвальным было стремление руководства ЮКОСа легализовать свои доходы не только с помощью их прохождения через «офшор», но и путем благотворительности и обширных инвестиций в исследовательские проекты, посвященные развитию гражданского общества в России. Однако эти факты не могут служить оправданием тех методов, которые господа Ходорковский и Лебедев использовали при ведении своего бизнеса. Тем не менее в нашу

¹ Все материалы приведены по данным, содержащимся в обвинительном заключении прокуратуры г. Москвы.

² См.: Анализ итогов приватизации Счетной палаты РФ, 2003. URL: <http://rusref.nm.ru/priv00.htm>.

³ Или, вернее, даже не закона, а указов президента РФ, которые в то время, ввиду отсутствия законодательного регулирования, восполняли пробелы российского законодательства в области приватизации.

задачу не входит субъективная оценка морально-нравственных качеств подсудимых, защитников, представителей обвинения, судей и других участников уголовного процесса. Суждение о подобных вещах таит в себе изрядную долю субъективизма, и проведение анализа подобного рода означало бы, что мы безоговорочно принимаем сторону государственного обвинения либо сторону защиты осужденных Лебедева и Ходорковского. Нашей же задачей является *беспристрастный комплексный анализ правовых аспектов данного судебного разбирательства*.

Мы, как юристы, должны проанализировать процессуальные нарушения и ошибки, допущенные в данном деле, с целью доказать, что уважающее себя государство не вправе применять в ходе расследования методы, противоречащие процессуальному законодательству. К тому же бремя последствий этих ошибок ложится не только на подсудимых, но и на государственную казну (о чем будет сказано ниже). Дмитрий Медведев в своей инаугурационной речи подчеркнул важность «верховенства права в Российской Федерации» и прямо указал на то, что «закон должен быть не только фикцией на бумаге, но и реальным инструментом обеспечения прав и свобод граждан». Не согласиться с главой государства в этом отношении трудно. Однако нельзя закрывать глаза и на факты: дело Ходорковского — Лебедева является одним из ярких примеров несовершенства... нет, не российского законодательства (тем более что новый УПК по своим формальным критериям заслужил одобрение многих ведущих западных специалистов), а скорее российской специфики применения этих норм судами на практике.

Увы, данная специфика состоит в том, что нормы законодательства у нас применяются не в комплексе, а по отдельности, избирательно, согласно принципу удобства (разумеется, для государства). Путем такого избирательного применения норм достигаются одновременно две цели: 1) защищаются интересы государства, 2) формально не нарушаются нормы законодательства. Здесь следует отметить, что ряд норм уголовного (впрочем, как и гражданского и арбитражного) процесса переводят многие отношения в область судейского усмотрения. Следовательно, суд при желании может и не использовать ту или иную норму (разумеется, должным образом обосновав такое решение). Что и говорить, такая «свобода усмотрения» судов нередко работает в ущерб процессу осуществления правосудия.

Приведенный далее правовой анализ дела Лебедева будет содержать в себе в том числе описание как тех процессуальных норм, что принадлежат к категории отнесенных на судейское усмотрение (и которые трактовались в суде не в пользу подсудимого), так и тех, что прямо нарушались в ходе процесса.

Разумеется, в ходе исследования будут затронуты и некоторые спорные моменты, сопутствующие делу Лебедева. Прежде всего это касается правомерности проведения налоговых экспертиз МВД, на основании результатов которых и было возбуждено уголовное дело по статьям 198, 199 УК РФ («Ук-

лонение физического лица от уплаты налога или страхового взноса в государственные внебюджетные фонды, совершенное в особо крупном размере» и «Уклонение от уплаты налогов с организации в особо крупном размере, группой лиц по предварительному сговору, неоднократно»).

Итак, обозначив основные аспекты нашего небольшого исследования, перейдем непосредственно к делу Платона Лебедева.

Краткое описание основных обстоятельств привлечения Лебедева к ответственности

Герой нашего рассказа Платон Леонидович Лебедев родился 29 ноября 1956 года в Москве. Закончил Московский институт народного хозяйства имени Плеханова. Потом возглавлял отдел экономического планирования внешнеторговой структуры Министерства геологии СССР. В 1987 году он уже познакомился с Михаилом Ходорковским и вместе они организовали Центр межотраслевых научно-технических программ при Фрунзенском райкоме ВЛКСМ. В том же году было создано государственно-кооперативное объединение МЕНАТЕП. Позже Лебедев стал одним из соучредителей банка МЕНАТЕП. А в 1991–1995 годах был его президентом.

В следующем году Лебедев стал заместителем председателя правления нефтяной компании ЮКОС, занимал пост председателя совета директоров международной финансовой группы МЕНАТЕП и управляющего акциями ОАО «НК ЮКОС». В 2002 году Платон Лебедев был избран председателем совета банковского холдинга, созданного на базе международной финансовой группы МЕНАТЕП.

В феврале 2003 года Лебедев был включен журналом Forbes в список самых богатых людей мира, где занимал 13-е место. В журнале указывалось, что к 2003 году личное состояние Лебедева достигло 1 млрд долларов. В то время ему принадлежали 7% акций группы МЕНАТЕП, а это соответствовало 4,25% акций ЮКОСа; кроме того, он управлял личными пакетами акций топ-менеджеров нефтяной компании, а они составляли около 61% ее уставного капитала. Несмотря на то что Платон Лебедев не был публичной фигурой, на нем всегда лежала большая ответственность.

2 июля 2003 года Лебедев был задержан в госпитале имени Вишневского. Он подозревался в хищении 20% акций мурманского ОАО «Апатит», которые принадлежали государству. Формальным поводом для действий прокуратуры стало заявление депутата Государственной Думы Владимира Юдина, входящего в группу «Регионы России». Он рассказал газете «Коммерсант», что написал заявление в Генеральную прокуратуру и оно касалось «неверной приватизации ОАО "Апатит"».

«Время новостей» рассказывает, что в 1994 году на инвестиционном конкурсе 20% акций «Апатита» за 415,8 млн руб. купила фирма «Волна», за которой стоял МЕНАТЕП. В то время в банке уже работал Платон Лебедев, и именно он курировал эту сделку. Согласно условиям конкурса, помимо покупки акций «Волна» должна была инвестировать в «Апатит» 283 млн долл. Как позже заявила администрация Мурманской области, деньги эти так и не были получены, и от «Волны» через суд потребовали вернуть акции. Однако к тому времени «Волна», как выяснилось, продала их другим структурам, подконтрольным МЕНАТЕПУ. Этой эпопеей в разное время занимались разные структуры — от правительства до прокуратуры и ФСБ, но до громких арестов и разоблачений дело не доходило. Казалось, эта тема исчерпана¹. Однако Басманный суд Москвы выдал санкцию на арест Лебедева, и он был отправлен в СИЗО «Лефортово».

Лебедеву предъявили обвинение по трем статьям УК РФ (статья 159 «Хищение чужого имущества, путем обмана, в составе организованной группы, в крупном размере», статья 315 «Злостное неисполнение вступившего в законную силу решения суда представителями коммерческой организации» и статья 165 «Причинение имущественного ущерба собственникам путем обмана, при отсутствии признаков хищения, совершенное организованной группой, в крупном размере»). Кроме того, позже ему были предъявлены еще обвинения по статье 199 «Уклонение от уплаты налогов с организации в особо крупном размере, группой лиц по предварительному сговору, неоднократно», статье 198 «Уклонение физического лица от уплаты налога или страхового взноса в государственные внебюджетные фонды, совершенное в особо крупном размере», статье 327 «Подделка официальных документов, совершенная неоднократно», а также статье 160 «Присвоение или растрата чужого имущества организованной группой, в крупном размере».

Адвокатами Лебедева на разных этапах следствия стали Евгений Бару, Антон Дрель, Тимофей Гриднев, Константин Ривкин, Елена Липцер и Владимир Краснов. После объединения дел Лебедева, Ходорковского и Андрея Крайнова (бывшего главы АОЗТ «Волна») в единое производство защита осуществлялась уже 17 юристами.

Несмотря на усилия адвокатов, Басманный суд Москвы отказал в освобождении Лебедева под залог. Не помог и протест против подобного решения суда — Мосгорсуд тоже решил оставить Лебедева под стражей. Кроме того, было отказано в замене прокурора, и отвод следственной группе также не был принят судом.

Судебный процесс по объединенному делу начался в июне 2004 года. Почти через год, 31 мая 2005 года, Лебедев был приговорен к девяти годам лише-

¹ См.: В чем прокуроры подозревают ЮКОС // Время новостей. 2003. 3 июля.

ния свободы с отбыванием наказания в колонии общего режима, однако следует отметить, что он не признал себя виновным и адвокаты обжаловали приговор. Стало ясно, что основные надежды Лебедев возлагает на Верховный Суд и Европейский суд по правам человека.

В сентябре 2005 года Мосгорсуд, рассмотрев кассационную жалобу на приговор, сократил срок наказания Лебедеву до восьми лет, а в конце октября 2005 года он был переведен в колонию поселка Харп (Ямало-Ненецкий автономный округ) и позже этапирован в Читу.

О возможном предъявлении новых обвинений Лебедеву стало известно уже в июле 2005 года, когда Генпрокуратура известила адвокатов о необходимости явиться в связи с предъявлением их подзащитным новых обвинений, но так эти обвинения и не предъявила. Новые обвинения были предъявлены Лебедеву 5 февраля 2007 года по двум статьям УК РФ (статья 160 «Хищение путем присвоения» и статья 174 «Легализация денежных средств или иного имущества»). Ему вменялось хищение крупной суммы через нефтяные компании «Фаргойл» и «Ратибор». Расследование Генпрокуратурой дел ЮКОСа, «Фаргойла» и «Ратибора» привело к результатам уже в декабре 2004 года, и тогда же были арестованы первые подозреваемые — заместитель директора дирекции внешнего долга НК ЮКОС Владимир Переверзин и глава «Ратибора» Владимир Малаховский.

Через четыре дня после предъявления новых обвинений Генеральная прокуратура конкретизировала их. Лебедеву вменялось хищение акций дочерних организаций ОАО «Восточная нефтяная компания», а также участие в хищении нефти ОАО «Самаранефтегаз», ОАО «Юганскнефтегаз» и ОАО «Томскнефть». Уголовный процесс по вышеуказанным обвинениям длится до сих пор (точнее, до момента подготовки к печати настоящей статьи, а это ноябрь 2009 года).

Основные нарушения в ходе процесса и исполнения наказания

Анализируя особенности уголовного процесса и исполнения решения суда по делу Ходорковского — Лебедева, можно отметить следующие основные нарушения.

1. Целую неделю, с 31 марта по 6 апреля 2004 года, Платон Лебедев находился под стражей без решения суда. Это совершенно несовместимо со стандартами законности и ставит под угрозу гарантии правовой защиты любого человека. Создается реальная опасность распространения подобной «практики». С неправомерностью содержания Лебедева единогласно согласился ЕСПЧ, выявив целых пять нарушений статьи 5 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. В этой статье речь идет о праве на свободу и безопасность.

Жалобу о нарушении данных прав Платона Лебедева его адвокаты направили в ЕСПЧ еще в январе 2004 года, до начала рассмотрения его дела по существу в Мещанском суде. 25 октября 2007 года ЕСПЧ признал нарушенными права Лебедева в период содержания его под стражей в период с 31 марта по 6 апреля 2004 года. Хотя срок содержания Лебедева под стражей на тот момент уже истек, новый назначен не был, а освобождать бизнесмена не стали. Противоречие данного факта пункту 2 статьи 22 Конституции РФ также представляется очевидным.

2. ЕСПЧ признал нарушенными права Лебедева и при содержании его под стражей в период с 3 июля по 28 августа 2003 года из-за того, что в зал Басманного суда не пустили защитников (что является прямым нарушением пункта 1 части 1 статьи 51 УПК РФ, согласно которому «участие защитника в уголовном судопроизводстве обязательно, если: подозреваемый, обвиняемый не отказался от защитника», а Лебедев, разумеется, подобного отказа не заявлял). ЕСПЧ отметил, что отстранение адвокатов отрицательно сказалось на возможностях Лебедева защитить свою позицию.

3. Кроме того, Европейский суд признал нарушенным право Лебедева на своевременное рассмотрение жалоб на избрание в качестве меры пресечения содержания под стражей¹. Рассмотрение многих жалоб на постановления (например, указанной жалобы на постановление об аресте от 6 апреля 2004 года) было неправомерно затянуто. Были случаи, когда суд рассматривал жалобу защиты более 40 дней (!), притом что максимальный срок рассмотрения подобной жалобы, согласно части 1 статьи 406 УПК РФ, составляет 30 суток со дня ее поступления.

4. ЕСПЧ установил², что по отношению к Лебедеву систематически проявлялась необоснованная жесткость. Его защита неоднократно подавала ходатайства об изменении меры пресечения в связи с плохим состоянием здоровья подсудимого (напомним, что на момент своего ареста Лебедев находился в госпитале имени Вишневого, где лечился от дистонии, и был направлен в тяжелом состоянии из госпиталя напрямиком в СИЗО, а в дальнейшем к нему часто не допускались врачи³). Состояние здоровья подсудимого, согласно статье 99 УПК РФ, «должно учитываться при решении вопроса о необходимости избрания меры пресечения в отношении подозреваемого или обвиняемого», однако суд не только не освободил Лебедева из-под стражи, но и неоднократно отказывал ему в квалифицированной медицинской консультации и помощи. Здесь следует отметить, что подобное обращение суда с подсудимым прямо противоречит части 1 статьи 41 Конституции РФ, которая гласит, что

¹ По материалам российского сайта Европейского суда по правам человека — www.espch.ru.

² См. там же.

³ URL: <http://www.hodorkovskiy.ru>.

«каждый (в том числе находящийся под следствием или подсудимый, равно как и осужденный. — Д. З., Б. Т.) имеет право на охрану здоровья и медицинскую помощь».

5. Согласно выводам ЕСПЧ¹ при исполнении решения суда о направлении осужденного Лебедева в колонию общего режима была грубо нарушена статья 73 УИК РФ. Согласно указанной норме, «осужденные к лишению свободы отбывают наказание в исправительных учреждениях в пределах территории субъекта Российской Федерации, в котором они проживали или были осуждены». Исключение делается лишь для лиц, совершивших особо опасные преступления (террористический акт, похищение человека, торговля людьми, организация незаконного вооруженного формирования, диверсия и некоторые другие), исчерпывающий перечень которых дан в части 4 статьи 73. Ни одна из статей УК РФ, по которым был осужден Лебедев, в этот перечень не входит, следовательно, он по общим правилам должен был быть направлен в колонию, находящуюся либо на территории Москвы (где он был осужден), либо на территории Московской области (где он преимущественно проживал на момент ареста).

Однако вместо этого тяжело больной Платон Лебедев был этапирован за полярный круг в колонию строгого режима поселка Харп Ямало-Ненецкого автономного округа, а затем в Читинскую область, где и содержится до сих пор. УИК РФ также предусматривает, что «в исключительных случаях по состоянию здоровья осужденных или для обеспечения их личной безопасности либо с их согласия осужденные могут быть направлены для отбывания наказания в соответствующее исправительное учреждение, расположенное на территории другого субъекта Российской Федерации», однако ясно, что этапирование Лебедева в колонию Ямало-Ненецкого АО не было вызвано заботой о его здоровье или личной безопасности. Согласие Лебедева на данное этапирование, разумеется, также отсутствовало.

Основные нарушения прав адвокатов Лебедева

В то время как один из адвокатов Лебедева, Антон Дрель, находился в суде, в его офисе провели обыск, нарушая адвокатскую тайну и изымая дела подзащитных, в нарушение статьи 8 Федерального закона от 31 мая 2002 года № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», согласно которой «проведение оперативно-розыскных мероприятий и следственных действий в отношении адвоката (в том числе в жилых и служебных помещениях, используемых им для осуществления адвокатской деятель-

¹ URL: <http://www.hodorkovskiy.ru>.

ности) допускается только на основании судебного решения» (при этом никакого судебного решения на этот счет не выносилось).

Помимо этого с начала процесса и до настоящего момента адвокатам Лебедева и Ходорковского всячески затрудняется доступ к материалам дела их подзащитных. Следователи ограничивают время ознакомления с документами (хотя в УПК подобные лимиты не установлены), устанавливают для этого место, плохо приспособленное для такой работы (как правило, это малоосвещенные комнаты при колонии, где отбывает наказание подзащитный), запрещают копировать документы — словом, всячески ограничивают возможности адвокатов по осуществлению полноценной защиты (что актуально в условиях предъявления Лебедеву и Ходорковскому новых обвинений).

Решение Европейского суда по правам человека

Как видим, нарушений в ходе данного процесса было допущено немало. Адвокаты Лебедева, как уже отмечалось, начали подавать многочисленные жалобы в ЕСПЧ практически сразу же после начала процесса.

Первая поступила туда еще в начале 2005 года и касалась в основном вышеупомянутого длительного содержания Лебедева под стражей до приговора и запрета прокуратуры и суда на проведение ему независимого медицинского обследования. В апреле того же 2005 года ЕСПЧ сообщил, что первую жалобу решено было рассматривать в приоритетном порядке.

25 октября 2007 года Палата Страсбургского суда признала Россию виновной в незаконном содержании Лебедева под стражей. Рассмотрев обстоятельства, изложенные в жалобе, Суд отметил, что «содержание под стражей без судебного ордера или других четких оснований несовместимо со стандартами законности», а содержание господина Лебедева под стражей с 3 июля по 28 августа 2003 года «стало результатом процедуры, которая была признана судом не соответствующей минимальным процессуальным гарантиям, необходимым при избрании ареста и заключения под стражу в качестве мер пресечения при проведении предварительного расследования»¹.

Суд присудил выплатить Лебедеву компенсацию в размере 3 тыс. евро за нарушение указанных прав, предусмотренных Европейской конвенцией по защите прав человека и основных свобод и 7 тыс. — на компенсацию расходов по представительству жалобы в Страсбурге. Однако российская сторона опротестовала решение в Большой палате ЕСПЧ. 2 июня 2008 года пять судей Большой палаты отказались рассматривать представление правительства России о пересмотре октябряского решения, и, таким образом, как это преду-

¹ URL: <http://www.espch.ru>.

смотрено пунктом 2 статьи 44 Европейской конвенции по защите прав человека и основных свобод, решение окончательно вступило в законную силу. Присужденную ему по решению Страсбургского суда денежную компенсацию Платон Лебедев решил направить на благотворительные цели. Ее поделят между музеем Сахарова и подмосковным лицеем-интернатом, основанным Михаилом Ходорковским.

Некоторые спорные обстоятельства, сопутствующие рассмотрению дела Лебедева

Помимо указанных выше нарушений, которые прямо противоречили российскому законодательству и Европейской конвенции по защите прав человека и основных свобод, в деле Лебедева и Ходорковского было и несколько таких моментов, которые до сих пор вызывают неоднозначное толкование.

Прежде всего, нам хотелось бы заострить внимание на факте проведения органами внутренних дел налоговых экспертиз в отношении ЮКОСа. Собственно, по итогам налоговых проверок (т.е. проверок, которые осуществлялись не органами внутренних дел, а налоговыми органами в порядке, предусмотренном Налоговым кодексом) никаких претензий к хозяйственной деятельности компании ЮКОС не предъявлялось. Однако после этого органы МВД (а именно налоговая полиция) провели собственную проверку, в ходе которой проверялась абсолютно вся налоговая документация (в том числе и так называемая черная). По итогам такой проверки МВД и было возбуждено уголовное дело об уклонении от налогов. Вопрос в том, имело ли право МВД проводить подобную проверку (которая в приказе МВД России от 29 июня 2005 года получила название «налоговой экспертизы»). Путаницу породила очередная реструктуризация некоторых государственных органов, которая пришлось как раз на 2003 год. Проведение данных проверок до 2003 года входило в компетенцию налоговой полиции, с ликвидацией же последней все ее полномочия были переданы Комитету по борьбе с финансово-экономическими преступлениями МВД. А поскольку указанный комитет в скором времени также был ликвидирован, стало неясно, кто вправе проводить такие проверки.

Интересно, что помимо указанного приказа МВД термин «налоговая экспертиза» больше не содержался ни в одном законе или нормативном акте. В связи с этим в 2007 году бухгалтер одной из московских фирм Виктория Дедаева подала в Верховный Суд РФ заявление об оспаривании указанного приказа МВД, мотивировав его тем, что по результатам проведения налоговой экспертизы МВД (не упомянутой ни в одном законе) против нее было возбуждено уголовное дело по статье 199 УК РФ.

26 марта 2008 года Верховный Суд решил вопрос о таких экспертизах в пользу МВД, отказавшись признать вышеупомянутый приказ противоречащим закону. То обстоятельство, что проведение таких проверок закреплено не на законодательном уровне, а на уровне приказа отдельного министерства, является весьма тревожным, тем более что данный приказ вносит путаницу в понятийный аппарат (термин «налоговая экспертиза», кроме приказа МВД, нигде не встречается, более того, его можно легко спутать с «экспертизой при налоговой проверке», предусмотренной статьей 95 Налогового кодекса РФ). Необходимость законодательного урегулирования данного вопроса была признана даже представителями МВД России в данном деле.

Второе спорное обстоятельство касается возможности условно-досрочного освобождения Лебедева. Данное обстоятельство весьма активно обсуждается в прессе и именно ему уделяется основное внимание правозащитников. По мнению последних¹, Лебедев и Ходорковский должны быть освобождены в самое ближайшее время в связи с тем, что они уже отбыли половину срока наказания за совершение тяжкого преступления (согласно пункту «б» части 3 статьи 79 УК РФ). Однако осужденный подлежит условно-досрочному освобождению лишь тогда, когда «судом будет признано, что для своего исправления он не нуждается в полном отбывании назначенного судом наказания». Решение этого вопроса, как видим, целиком отдано на усмотрение суда, который по закону не обязан освобождать Лебедева, если не считает нужным. Вместе с тем, если в ближайшее время Государственная Дума РФ примет поправки к статье 72 Уголовного кодекса, предложенные председателем Комитета по гражданскому, уголовному и процессуальному законодательству Павлом Крашенинниковым, места лишения свободы смогут покинуть порядка 50 тысяч осужденных, а еще для 100 тысяч сроки существенно уменьшатся. По данным газеты «Ведомости», Крашенинников предлагает засчитывать один день пребывания в СИЗО до суда за полтора дня в случае, если человека приговаривают к заключению в колонии общего режима. Изменение правил зачета сроков заключения могло бы повлиять на судьбы Михаила Ходорковского и Платона Лебедева, но этого не произошло: бывшим руководителям ЮКОСа предъявлено обвинение по новым основаниям. Одним словом, дальнейшая судьба главных фигурантов «дела ЮКОСа» видится весьма туманной.

Заключение: проблемы судебной системы РФ

Итак, мы рассмотрели основные нарушения процесса в этом деле. Они очевидны. Можно ли было их избежать? Безусловно. Нарушения Лебедевым

¹ URL: <http://www.hodorkovskiy.ru>.

закона явные, обвинение обширное (в 2005 году Мещанский суд Москвы признал его виновным по семи статьям УК РФ, а во втором уголовном деле, предварительное слушание по которому началось 3 марта 2009 года, он вместе с Ходорковским обвиняется в присвоении акций Восточной нефтяной компании стоимостью 3,6 млрд руб. и похищении нефти на сумму около 900 млрд руб.). Однако допущение подобных процессуальных нарушений крайне отрицательно сказывается на авторитете судебной власти независимо от дела, в котором они были допущены.

Почему Лебедева неделю держали под стражей без решения суда? Неправомерность подобного содержания очевидна. Зачем нужно было провоцировать обращение в Европейский суд по правам человека? В Конституции РФ в статье 22 четко прописывается, что арест, заключение под стражу и содержание под стражей допускаются только по судебному решению. Неужели нам необходимо решение международного органа по защите прав и свобод человека, чтобы разобраться, был ли нарушен наш собственный Основной закон или нет. И ведь Страсбургским судом эти нарушения были признаны (как и нарушение права Лебедева на защитника). Если человек обращается в ЕСПЧ, что требует немалых усилий, в том числе материальных (напомним, что расходы Лебедева по представительству жалобы в ЕСПЧ составили 7 тыс. евро), это означает, что на отечественное правосудие у него надежд уже нет.

Подобные случаи (и не только по делу Лебедева) могут подрывать гарантии государственной защиты прав и свобод человека и гражданина в Российской Федерации. Предусмотренное в Конституции РФ право каждого на обращение в межгосударственные органы для защиты своих прав и свобод на практике должно быть редким исключением, крайним обстоятельством, так как права и свободы гарантируются и защищаются самим государством, а распространение практики подобных обращений, особенно на такие очевидные нарушения, свидетельствует о неспособности правовой системы государства обеспечивать права человека. Ведь для создания определенного общественного мнения достаточно одного-двух громких нарушений, а в делах Страсбургского суда с участием России их гораздо больше. Так, согласно итоговому отчету ЕСПЧ за 2008 год против России было подано 27 246 исков — это почти треть всех исков, рассмотренных Европейским судом по правам человека в 2008 году. По этому показателю наша страна занимает первое место, за ней следуют Турция, Румыния и Украина. Причем только в 2008 году по 233 из 244 не отклоненных жалоб Страсбургский суд вынес решение не в пользу РФ. Неужели Российская Федерация не может справедливо разрешить все эти дела самостоятельно? Безусловно, может.

Почему же допускаются подобные процессуальные нарушения? Почему в деле Лебедева появились и нарушения прав на свободу, защитника, своевременное рассмотрение жалоб на избрание ареста в качестве меры пресечения, и нару-

шение правил отбывания наказания, и прочие проблемные моменты? Возникает сомнение в беспристрастности суда. В этом контексте интересно Постановление Конституционного Суда РФ от 25 марта 2008 года по делу о проверке конституционности части 3 статьи 21 АПК РФ. В нем говорится, что суд должен быть субъективно беспристрастным, т.е. ни один из его членов не может проявлять пристрастие и личное предубеждение, личная беспристрастность предполагается, пока не доказано иное (своеобразная презумпция беспристрастности). Этот критерий отражает личные убеждения судьи по конкретному делу.

Что же порождает проблему судейского усмотрения, почему в ситуации, которая подлежит неоднозначному толкованию, судьи выбирают определенное толкование? Есть позиция обвинения и позиция защиты, и в определенных случаях они одинаково убедительны, но почему судья склоняется именно к той, а не иной позиции, что это — профессиональная деформация сознания, моральная внутренняя убежденность или приказ? Суд мог удовлетворить ходатайства защиты Лебедева об изменении меры пресечения в связи с плохим состоянием здоровья подсудимого, тем более что основания действительно были, но не удовлетворил. Занял позицию «против». И в первый день предварительного слушания (3 марта 2009 года) суд также отказал по всем ходатайствам стороны защиты (ходатайство об отводе представителям Генпрокуратуры, ходатайство о возможности подсудимых участвовать в процессе, сидя за столом адвокатов, ходатайство об обеспечении конфиденциального общения с подзащитными). На некоторые из этих ходатайств суд мог ответить как положительно, так и отрицательно, но ответил отрицательно. И в первом процессе были такие моменты, когда у суда имелись основания удовлетворить ходатайства защиты, однако этого сделано не было. Могло состояться и условно-досрочное освобождение Лебедева, но не состоялось, а после предъявления новых обвинений об этом речь вообще не идет. Конечно, никаких нарушений тут нет, о нарушениях мы говорили выше. Тем не менее интересно, почему суд по всем этим вопросам занимает именно позицию против обвиняемого. Что влияет на мотивацию судей? Возникает ощущение, что суд хочет не рассудить, а покарать подсудимого, показать ему, что никаких уступок и «поблажек» не будет.

Кто-то скажет, что это политический приказ, что на мнение судей оказывается колоссальное давление со стороны органов власти. Что ж, некоторые нарушения, допущенные в ходе процесса, дают веские основания для возникновения такой точки зрения. Ни для кого не секрет, что приравнивание третьей ветви власти к инструментам политики губительно для нее и крайне отрицательно сказывается на всей правовой системе государства. Даже не так — скорее это свидетельствует об уровне развития правовой системы государства и правосознания или о специфике такого развития, хотя слово «специфика» в данном контексте следует понимать как «отклонение» или «нарушение», а не как «особенность» или «исключительность». Сила и справедливость любого

закона зависят не только от того, что в нем написано, но в не меньшей степени от того, как его применяют, и это ясно абсолютно всем. Любое посягательство на судебную власть, как и на любую другую власть, вносит дисбаланс во взаимоотношения государственных органов, взаимоотношения общества и государства, посягает на конституционные основы.

Но независимости судебной власти очень трудно достичь, и едва ли в истории России можно насчитать много стабильных, продолжительных периодов ее развития, когда суд был действительно полноценным, самодостаточным и независимым. Разве что суды присяжных, введенные по Судебной реформе 1864 года. Да, они были независимы и самостоятельны, и громкие дела тех лет (дело Протопопова, дело Веры Засулич, дело рабочих Морозовской фабрики) — лишнее тому подтверждение. Но в те времена суды присяжных имели совсем другое значение, в их ведении находились три четверти всех уголовных дел, на них была возложена основная нагрузка; сегодня же уголовные дела, рассмотренные судами присяжных, составляют лишь несколько десятых долей процента.

Обладает ли судебная власть независимостью сейчас? Однозначно ответить на этот вопрос трудно, и это плохо.

Условия здорового функционирования системы разделения властей понятны каждому, но не каждому близки. Этот принцип может соблюдаться и функционировать только при наличии сбалансированной системы сдержек и противовесов. Демократические институты не могут эффективно работать, если нет конкуренции политических сил, если политическая система не открыта. При отсутствии всех этих условий неизбежно доминирование одной ветви власти над другими, ведь каждая ветвь должна не только иметь свою компетенцию, но и обладать механизмами ограничения других властных институтов. Очевидно, что таких механизмов у судебной власти сейчас нет. Но почему так получилось?

Уже первоначальный импульс судебной реформы, начавшейся в 1990-е годы, почти сразу же натолкнулся на сопротивление части законодателей, правозащитников да и самих судей. Некоторые новации искажались, старая практика и правосознание брали верх. Далеко не все преобразования способствовали укреплению независимости и самостоятельности судей (условия и процедура назначения на судейские должности, сверхполномочия председателей судов, трехлетний испытательный срок). Реформе удалось многое, но до конца она доведена не была. Любые серьезные преобразования должны оканчиваться конструктивной доработкой деталей и выявившихся недостатков, а не игнорированием наметившихся проблем. В таких случаях говорят, что преобразование постепенно «угасло».

По прошествии 18 лет судебной реформы можно сказать, что судебная власть в России не является подлинно самостоятельной и независимой (если

полная независимость вообще возможна), хотя это конечно же не означает, что суды повсеместно не имеют возможности принимать решения, основываясь исключительно на своей воле. Соответственно, степень доверия общества к правосудию крайне низка.

В подтверждение вывода об отсутствии независимости рассмотрим конкретные отношения, сложившиеся в сфере организации судебной власти. Так, любой кандидат на должность судьи, помимо экзамена, собеседований в квалификационных коллегиях судей, деятельность которых организуется Судебным департаментом при Верховном Суде, и прочих проверок, должен обязательно получить согласие на свое назначение от большого количества руководителей судов, заканчивая председателем Верховного Суда РФ. Затем его кандидатура рассматривается в кадровой комиссии при Администрации Президента РФ, причем критерии отбора никому, даже самому кандидату, не известны. При таком большом количестве мест, где нужно получить одобрение, при такой сильной зависимости будущего судьи от каждого «отбирающего» вероятность того, что независимый, самостоятельный, а возможно, и строптивый кандидат получит все эти одобрения невелика. Да и став судьей, по прошествии трех лет человек может быть не назначен на эту должность пожизненно, без каких-либо объяснений. Идет ли речь о карьере и статусе судьи, или о привлечении его к ответственности, или об обеспечении жильем, или о том, кто какое дело будет рассматривать, — главную роль играет мнение председателя суда. Судьи зависимы от этого мнения, а председатели судов зависимы от шестилетнего срока полномочий и переназначения.

Поэтому некоторые основания опасаться за свои должности, гарантии, обеспечение и высокое социальное положение у судей есть, а значит, в этом смысле ими можно манипулировать.

При этом не исключено, что правопонимание судей совпадает с правопониманием политического руководства. Находясь в рамках той логики, что суд кругом зависим, мы упускаем из виду, что, быть может, суд и хочет быть зависимым, что для него зависимость — благо, что он чувствует себя не как зависимый орган, а как орган, проводящий политику государства и, главное, призванный это делать, как орган, являющийся неотъемлемой частью политической власти. Мнения самих судей на этот счет разделяются. Одни считают, что это нормально, другие — что подобное положение судов противоречит их предназначению, приводит к потере независимости и политизации, ведь суд должен защищать права и свободы граждан, а не проводить государственную политику — для этого есть другие органы.

Однако кто сказал, что независимость судей гарантирует правосудность приговора? Сами судьи, имея гарантии «независимости и подчинения только Конституции Российской Федерации и федеральному закону», неприкосновенны и неподконтрольны обществу. Граждане не могут поддерживать пре-

тензии к судье на заседании квалификационной комиссии, не могут вносить обвинение, это может сделать только председатель суда или совет судей, и в этом плане судья действительно защищен. Конечно, нарушения не остаются незамеченными, они накапливаются и превращаются в дамоклов меч над головой судьи: если председатель захочет — даст ход делу, не захочет — не даст, судью могут наказать даже за то, что он сделал три года назад. Ответственность судей зависит от усмотрений внутри самой ветви власти. Судьи защищены от общества, но перед председателем суда они полностью беззащитны.

Поэтому у граждан нет никаких гарантий того, что конкретный судья в конкретном деле будет судить только по закону.

Но разве в российской конституции ради красивого словца сказано, что цель правосудия — обеспечение прав и свобод каждого, что государство обязано уважать самостоятельность и независимость судебной власти, что доступ к суду для защиты прав и свобод должен быть беспрепятственным и каждый может рассчитывать на объективное рассмотрение дела независимым компетентным судом, действующим на основе закона, что должна быть обязательно обеспечена состязательность процесса и т.д.? Права граждан в сфере правосудия регламентированы подробнейшим образом (охрана достоинства личности, свободный доступ, равенство перед законом и судом, допустимость ареста только по судебному решению, право рассмотрения дела судом в соответствии с подсудностью и право на суд присяжных, получение квалифицированной юридической помощи и т.д.). И такая подробная регламентация прав на конституционном уровне неслучайна.

Конституция отражает важнейшие, основополагающие принципы, на которых строится жизнь государства и общества. Она устанавливает гарантии стабильности и защищенности. Сама природа конституции такова, что, принимая ее, люди осознают реальную необходимость установления гарантов и правил экономического, социального и политического взаимоотношения, понимают всю важность норм, обеспечивающих их стабильность, являющихся защитой, барьером, отделяющим законность от произвола. И любое отступление от этих правил, пренебрежение нормами болезненно сказывается на каждом человеке, подрывая стабильность его положения, лишая гарантий, а значит, и уверенности в будущем. Механизм защиты государства и общества от их собственных пороков должен работать. А для этого у власти и общества должна быть объективная мотивация создать настоящую судебную власть.

Безусловно, потребность в правосудии осознается всеми слоями нашего общества, невозможно отрицать, что большинство людей хотят иметь справедливый суд, — это выгодно каждому в отдельности и всему обществу в целом. Ведь была же воля гарантировать права и свободы, была воля прекратить тиранию и отказаться от культа личности, была воля перейти к рыночной экономике — так почему же нет воли обрести настоящую судебную власть?

ПРОФЕССИЯ — АДВОКАТ: ДЕЛО ВАСИЛИЯ АЛЕКСАНИЯНА

В данном исследовании мы пытаемся проанализировать громкое дело Василия Алексаняна с точки зрения юриста. Рассмотрим нарушения как российского, так и международного законодательства, которые были допущены в ходе данного процесса, а также попробуем оценить последствия этого еще не законченного уголовного дела для российской Фемиды и всего российского общества.

Дело Василия Алексаняна вызвало общественный резонанс по нескольким причинам. Во-первых, это уголовное дело возникло и расследовалось в контексте «дела ЮКОСа», известного рядом процессуальных нововведений (в частности, осуждением за убийство при отсутствии трупа¹), а также серьезной политической подоплекой. Характерно, что именно «дело ЮКОСа» оказалось крайне «успешным», в отличие от других громких уголовных дел, в частности дела «Трех китов», нашумевших заказных убийств Влада Листьева, Дмитрия Холодова, при раскрытии которых у следственных органов возникло немало проблем. В этой серии дел государственное обвинение сработало профессионально и не позволило суду усомниться в правильности своих доводов.

Во-вторых, в ходе этого процесса выяснилось, что подсудимый смертельно болен: ему был поставлен страшный диагноз — синдром приобретенного иммунодефицита, а также попутно стало известно, что у Алексаняна рак лимфатических узлов и туберкулез (приобретенный за время заключения). Данные факты привлекли внимание Европейского суда по правам человека, части российского общества и средств массовой информации.

Поскольку уголовное дело еще не закрыто и процесс не закончен, большая часть материалов дела до настоящего времени недоступна. Также в связи с подпиской о неразглашении участники дела как со стороны защиты, так и со стороны обвинения не смогли предоставить нам материалы, необходимые для полноценного и независимого исследования. Однако данное уголовное дело широко освещалось в средствах массовой информации, и мы постараемся по возможности беспристрастно изучить все факты, доступные по материалам СМИ и интернет-ресурсам.

¹ Имеется в виду дело А. Пичугина, который был осужден за убийство при отсутствии в материалах дела сведений о трупе и, соответственно, о необходимой составляющей состава преступления.

Особо хотим отметить, что в рамках данной работы мы не оцениваем доводы сторон и не стараемся определить виновность либо невиновность Василия Алексаняна, однако даем возможность читателям познакомиться с теми обстоятельствами этого громкого дела, что вызвали к нему интерес со стороны как юристов-профессионалов, так и общества в целом. Нашей целью является изучение доступной по открытым источникам фактической стороны дела, мнений общественности, а также оценка влияния этого дела на судебную систему в России.

Биография

Василий Георгиевич Алексанян родился в 1972 году в Москве. Окончил юридический факультет Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова и Школу права Гарвардского университета, получив в последней степень магистра права.

В 1992–1994 годах работал в американской адвокатской фирме Cleary, Gottlieb, Steen & Hamilton. В 1995–1996 годах был начальником юридического департамента британской инвестиционно-промышленной группы компаний SUN Group.

В октябре 1996 года Алексанян упоминался в прессе как представитель «М.А.Г.С. Консалтинг», включенный в список арбитров третейского суда Профессиональной ассоциации участников фондового рынка (ПАУФОР). А в декабре он начал работать в нефтяной компании ЮКОС, председателем совета директоров которой в июне того же года стал Михаил Ходорковский. Алексанян впоследствии возглавил правовое управление компании.

После возбуждения уголовных дел против руководителей НК Алексанян стал выступать в качества защитника Лебедева, Шахновского и Ходорковского и одновременно ушел из ЮКОСа, как того требовал Федеральный закон «Об адвокатской деятельности и адвокатуре».

Начиная с 2004 года Алексанян на протяжении двух лет регулярно являлся в Генеральную прокуратуру на допрос в качестве свидетеля. Его вызывали несмотря на то, что он имел статус адвоката Адвокатской палаты Москвы и вправе был не давать показания против своих подзащитных и клиентов.

В конце марта 2006 года Алексанян согласился занять пост исполнительного вице-президента ЮКОСа. Так как согласно вышеупомянутому федеральному закону запрещалось совмещать адвокатскую практику и другую оплачиваемую деятельность (за исключением научной, преподавательской и иной творческой деятельности), 30 марта 2006 года Алексанян подал заявление о прекращении своего адвокатского статуса. Заявление было принято к рассмотрению и в апреле 2006 года Алексанян был лишен статуса адвоката.

О семейном положении Алексаняна не сообщалось, однако отмечалось, что у него на иждивении находится малолетний сын 2002 года рождения.

Уголовное дело: ход процесса

В настоящее время Василий Алексанян обвиняется в присвоении или растрате чужого имущества (статья 160 УК РФ) и легализации, отмывании денежных средств или иного имущества, приобретенных другими лицами преступным путем (статья 174 УК РФ), а также в уклонении от уплаты налогов с физического лица (статья 198 УК РФ). Генпрокуратура обвиняет Алексаняна в том, что в период 1998–1999 годов в составе организованной группы лиц он совершил хищение имущества ОАО «Томскнефть ВНК» и акций нефтеперерабатывающих предприятий, принадлежащих ОАО «Восточная нефтяная компания», на общую сумму около 12 млрд руб.

Обвинение, выдвинутое в адрес Василия Алексаняна, схоже с обвинением, предъявленным в свое время Светлане Бахминой: замначальника правового управления ЮКОСа получила по приговору суда шесть с половиной лет лишения свободы за хищение средств Томскнефти¹ и неуплату налогов. На суде Светлана Бахмина говорила, что не принимала решения, а выполняла поручения, поступавшие от руководителей правового управления ЮКОСа и своих начальников Василия Алексаняна и Дмитрия Гололобова. Последний проживает в Лондоне и в настоящее время объявлен Генпрокуратурой в розыск. По данным следствия, Алексанян легализовал имущество, полученное в результате совершения им преступления. По данным прокуратуры, обвиняемый совместно с Дмитрием Гололобовым, Леонидом Невзлиным и другими руководителями НК ЮКОС в составе организованной группы совершил легализацию имущества. В результате действий Алексаняна участники организованной группы присвоили имущество ОАО «Томскнефть» на сумму 8 млрд 60 млн руб.

По неуплате налогов — более 3 млн руб. (по данным следствия, Алексанян задолжал государству налог на доходы физических лиц за 2000–2002 годы). В связи с тем что детали обвинения нам неизвестны, возможно только предположить, что Алексаняну инкриминируется использование той же схемы, что и Михаилу Ходорковскому, — использование офшорных юрисдикций для

¹ Стоит заметить, что Томскнефть отправила в Генпрокуратуру письмо, в котором заявила, что ни ЮКОС, ни его корпоративный юрист Светлана Бахмина не причиняли компании ущерба в ходе ее реструктуризации. Согласно заявлению, подписанному представителем Томскнефти — ВНК Евстигнеевым, «при анализе материалов уголовного дела можно сделать вывод, что активы из "Томскнефти" ни фактически, ни юридически не выведены, а потому собственно хищения акций или имущества нет». Кроме того, «материалами уголовного дела по состоянию на 1 сентября не подтвержден факт причинения "Томскнефти" — ВНК ущерба вследствие работы в совете директоров общества Бахминой», говорится в заявлении (Ведомости. 2005. 19 сент.).

уменьшения налогооблагаемого дохода в целях уплаты налога на доходы физических лиц.

В основу предъявленных Александяну обвинений легли показания Светланы Бахминой. В апреле 2006 года, выступая в суде с последним словом, Бахмина фактически возложила вину за инкриминированные ей преступления на своих непосредственных руководителей — Александяна и Гололобова. По мнению прокуратуры, Александян действовал в составе организованной группы, одним из участников которой являлся совладелец ЮКОСа Леонид Невзлин.

7 апреля 2006 года решением уже Басманного районного суда исполнительный вице-президент НК ЮКОС был арестован и отправлен в специальный следственный изолятор — спецблок 99/1 «Матросской Тишины», где он сразу же отказался проходить медосмотр и на 10 суток был помещен в карцер. В тот же день Александян объявил о начале бессрочной голодовки в связи с незаконным решением суда, прекратив ее лишь 27 апреля.

Адвокаты Александяна пытались обжаловать решение Басманного районного суда в Московском городском суде.

В январе 2008 года было объявлено об окончании процедуры ознакомления адвокатов Александяна с материалами дела. В том же месяце адвокаты обжаловали в Верховном суде решение Мосгорсуда от 15 ноября 2007 года, однако решение вынесено не было и слушания были перенесены.

В ходе заседания суда 22 января 2008 года подсудимым было сделано заявление о том, что следователи предлагали ему сделку — свободу и нормальное лечение в обмен на показания против Ходорковского и Лебедева. Он также опроверг утверждения следствия о своем отказе от лечения ВИЧ-инфекции в условиях СИЗО. Тем не менее, несмотря на все аргументы защиты, Верховный суд оставил Василия Александяна в следственном изоляторе. При этом в судебном решении указывалось, что следствие по делу вице-президента ЮКОСа было завершено, а само дело направлено в суд.

Дело Василия Александяна вызвало международный резонанс и, по сообщению его адвоката Геворга Дангяна, в июне 2008 года было признано приоритетным в Европейском суде по правам человека в Страсбурге. Адвокат пояснил, что иск, о котором идет речь, был подан не в июне, а задолго до того, как Александяна перевели из «Матросской Тишины» в больницу в связи с плохим состоянием здоровья. Рассматриваемое дело касается условий содержания под стражей: состояние здоровья Александяна стремительно ухудшалось и при этом он был практически лишен медицинской помощи.

Теперь, спустя полгода после предварительных решений, дело Александяна может быть рассмотрено по существу. Адвокат Дангян считает, что, хотя его подзащитный и помещен сейчас в больницу, жалоба, поданная в суд осенью 2007 года, не должна утратить актуальности к моменту рассмотрения дела в Страсбурге, потому что Александяна по-прежнему содержат под стражей, а для

такой меры пресечения, по мнению защиты, сегодня оснований нет. По словам защитника Алексаняна, во время продления судом срока пребывания под стражей были допущены ошибки и проигнорированы важные обстоятельства, которые по закону исключают такую меру пресечения, поскольку, «при решении вопроса о необходимости избрания меры пресечения в отношении подозреваемого или обвиняемого в совершении преступления, должно учитываться его... состояние здоровья» (статья 99 УПК РФ).

Уголовное дело Василия Алексаняна: медицинские показания

Выступая на судебном заседании 1 июня 2006 года, сам подследственный заявил, что состояние его здоровья не позволяет находиться под стражей, и пояснил, что у него есть проблемы со зрением, а раньше были черепно-мозговые травмы. Однако Мосгорсуд оставил Алексаняна под стражей, несмотря на то, что заболевание по зрению освобождает его от нахождения в тюрьме, так как, по словам защиты, попадает в утвержденный Федеральной службой исполнения наказаний перечень заболеваний, носителям которых не может быть назначено наказание, связанное с лишением свободы.

В ноябре 2006 года в результате судебно-медицинской экспертизы было официально зафиксировано, что Алексанян ВИЧ-инфицирован. Адвокаты отмечали, что до июля 2007 года Алексаняну не назначалось лечение, равно как и не проводилось ежемесячное освидетельствование в московском центре СПИДа, как того требует закон.

В 2007 году сообщалось, что за время нахождения в следственном изоляторе Алексанян практически ослеп. По словам адвоката Елены Львовой, на протяжении 2007 года следователи сами были вынуждены зачитывать обвиняемому материалы дела, поскольку читать их самостоятельно он уже не мог. В том же году у Алексаняна обнаружили признаки туберкулеза.

Уже в октябре 2007 года врачебный консилиум вынес решение, согласно которому Алексанян, переведенный в инфекционное отделение СИЗО «Матросская тишина», должен быть помещен в специализированную клинику. В ноябре 2007 года Европейский суд по правам человека вынес аналогичное постановление. Однако вопреки ему 15 ноября 2007 года Мосгорсуд по ходатайству следствия продлил Алексаняну срок содержания под стражей до 2 марта 2008 года. По словам адвоката Львовой, следователи сами вышли в Басманный суд с предложением выпустить ее подзащитного под залог, однако суд в удовлетворении ходатайства отказал.

Также по словам Львовой, в декабре 2007 года Страсбургский суд по правам человека дважды напомнил российским властям о необходимости исполнения своего указания. 6 декабря Европейский суд повторил свое указание,

установив конкретный срок помещения Алексаняна в клинику — до 10 декабря. Подследственного оставили в камере. Европейский суд в третий раз потребовал от властей России госпитализировать Алексаняна в срок до 27 декабря.

5 февраля 2008 года начались слушания по делу Алексаняна в Симоновском суде. Подсудимый заявил, что осмотревшие его врачи онкологического центра при Боткинской больнице и Центра помощи больным туберкулезом и ВИЧ-инфицированным, подтвердили наличие у него СПИДа, туберкулеза и рака лимфатической системы — лимфомы (об этом заболевании Алексаняна СМИ впервые сообщили в конце января 2008 года).

Смертельный диагноз подследственного на процессе в Верховном суде был озвучен прокурором Владимиром Хомутовским. На заседании рассматривалась жалоба защиты Алексаняна на решение о продлении срока его ареста до 2 марта 2008 года. Комментируя документы, переданные суду адвокатами, прокурор зачитал вслух диагноз Алексаняна. По мнению адвоката Львовой, разглашение диагноза представляет собой наказуемое деяние. Насколько мы можем судить, адвокат говорит о статье 137 части 2 УК РФ «Нарушение неприкосновенности частной жизни», а именно о «распространении сведений, составляющих личную тайну лица в средствах массовой информации с использованием своего служебного положения». В связи с тем что Василий Алексанян не давал разрешения на разглашение сведений о своем диагнозе, действия прокурора могут быть квалифицированы как нарушение закона о врачебной тайне¹.

Сам Алексанян, находившийся к этому моменту в следственной тюрьме «Матросская Тишина» уже 21 месяц, неоднократно заявлял, что страдает смертельно опасным заболеванием и не получает необходимого лечения. Его диагностировали более года назад в результате судебно-медицинской экспертизы. Уже тогда Алексаняну требовалась высокоактивная химиотерапия, которая сама по себе обладает побочными эффектами, опасными для жизни, и требует соблюдения особых условий, не совпадающих с условиями содержания в СИЗО. Несмотря на обращения и жалобы, Алексаняна из тюрьмы не выпустили, курс лечения не начали и доступ к врачам гражданской клиники, куда больного поставили на учет, закрыли.

Со слов самого Василия Алексаняна, к октябрю 2007 года состояние его здоровья стало угрожающим. А с 16 октября медперсонал СИЗО начал фиксировать ежедневную лихорадку с повышением температуры выше 38°C. В это время следствие, по словам обвиняемого, пришло к выводу об удовлетвори-

¹ «Лица, которым в установленном законом порядке переданы сведения, составляющие врачебную тайну, наравне с медицинскими и фармацевтическими работниками с учетом причиненного гражданину ущерба несут за разглашение врачебной тайны дисциплинарную, административную или уголовную ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации» (статья 61 Основ законодательства РФ об охране здоровья граждан).

тельном состоянии фигуранта и его возможности участвовать в судебном процессе. В истории болезни Алексаняна в этот день зафиксирована температура 39°C.

По мнению медиков, Алексанян нуждался в лечении в специализированном гражданском стационаре. Однако прокурор Николай Власов заявил, что не видит оснований для освобождения подсудимого из-под стражи. Тем не менее 6 февраля суд приостановил процесс над Алексаняном и разрешил ему пройти лечебный курс в СИЗО.

В июне 2008 года адвокат Алексаняна сообщил, что клиническая картина очень сложная и только сейчас, по окончании длительного обследования, врачам удалось ее окончательно прояснить. По словам Геворга Дангяна, в конце июня состоялся консилиум, на котором присутствовали привлеченные специалисты, и врачи приняли решение о курсе терапии, направленной на лечение лимфомы. До сих пор терапия велась только против ВИЧ и не касалась заболеваний, спровоцированных этой инфекцией.

Уголовное дело: мнения юристов и общественных деятелей

Генри Резник, Леонид Рошаль, Николай Сванидзе и Анатолий Кучерена инициировали посещение в клинике находящегося под арестом бывшего вице-президента ЮКОСа в связи с расхождением позиций Алексаняна и руководства службы исполнения наказаний. Членов Общественной палаты интересовали условия содержания Василия Алексаняна в больнице. В частности, они намеревались проверить слова адвоката арестованного Геворга Дангяна, что Василия Алексаняна содержат в больнице на цепи. По словам адвоката, наручники отсоединяли от кровати, только когда Алексанян шел в туалет. По мнению адвоката Генри Резника, при таких заболеваниях человек не может содержаться под стражей.

Уполномоченный по правам человека в РФ Владимир Лукин, который побывал в клинике вместе с представителями Общественной палаты, однако, заявлял, что условия содержания Василия Алексаняна можно признать удовлетворительными. Он также отметил, что пока не готов детально рассказывать об итогах своего посещения, сославшись на договоренность с членами Общественной палаты.

Совет Общественной палаты в феврале 2008 года принял решение о создании рабочей группы на базе комиссии по общественному контролю за деятельностью правоохранительных органов, которая будет заниматься изучением ситуации с болезнью бывшего вице-президента ЮКОСа. За Алексаняна заступались различные организации и частные лица.

Петербургские юристы из бюро «Григорьев и Партнеры» выступили за

проведение всеобщей акции протеста в поддержку Василия Алексаняна. Они призвали потребовать в дни проведения суда изменения меры пресечения смертельно больному Алексаняну на подписку о невыезде.

Юристы Межрегиональной ассоциации правозащитных организаций АГОРА обратились с просьбой к правоохранительным органам опубликовать ходатайство следователя о продлении содержания под стражей бывшего вице-президента компании ЮКОС Василия Алексаняна, а также более подробную информацию о состоянии здоровья обвиняемого. Кроме того, правозащитники призвали российских юристов — ученых и практиков инициировать дискуссию в юридическом сообществе об обоснованности действий следствия и суда по этому делу.

Группа известных правозащитников, политических и общественных деятелей 5 февраля обнародовала совместное заявление в поддержку бывшего вице-президента ЮКОСа. Авторы обращения потребовали от российских властей «немедленного выполнения указаний Европейского суда по правам человека о госпитализации Алексаняна в стационар, специализирующийся на лечении СПИДа и сопутствующих заболеваний, и о создании независимой медицинской комиссии». Кроме того, в обращении содержалось требование о немедленной проверке заявлений Алексаняна о том, что следователи вымогали у него признательные показания, шантажируя возможностью предоставления квалифицированной медицинской помощи. Под документом подписи председателя Московской Хельсинкской группы Людмилы Алексеевой, писателя и правозащитника Владимира Буковского, представителей движения «За права человека» Евгения Ихлова и Льва Пономарева, лидеров «Другой России» Гарри Каспарова и Эдуарда Лимонова, одного из лидеров СПС Бориса Немцова, лидера Республиканской партии Владимира Рыжкова, президента фонда ИНДЕМ Георгия Сатарова, главы петербургского отделения партии «Яблоко» Максима Резника, лидера молодежного «Яблока» Ильи Яшина, правозащитника Сергея Ковалева, бывшего депутата Госдумы, генерал-майора КГБ СССР Алексея Кондаурова, журналистов Евгения Киселева и Александра Рыклина, писателей Виктора Шендеровича и Юлии Латыниной.

Заключение

Дело Василия Алексаняна еще не закончено, и мы не можем сейчас делать выводы о тех или иных решениях суда и сторон защиты и обвинения. Однако, как представляется, данный процесс войдет в историю российской юстиции по нескольким причинам.

Во-первых, следует отметить наличие в данном деле явных процессуальных нарушений (в частности, разглашение диагноза подсудимого, что прямо

запрещено УПК РФ, а также нарушает Европейскую конвенцию о правах человека в части положений о недопустимости бесчеловечного обращения¹). Кроме того, позиция суда в отношении обеспечения лечения Василия Алексаняна косвенно затрагивает интересы огромного числа ВИЧ-положительных и больных СПИДом подсудимых, осужденных, которые содержатся в учреждениях уголовно-исполнительной системы России и, не получая необходимой медпомощи, медленно умирают.

Во-вторых, в данном деле мы видим поражающее пренебрежение к позиции Европейского суда по правам человека: даже трехкратное обращение европейской Фемиды не оказало практически никакого действия на российских судей. Можно спорить о том, являются ли решения Европейского суда вмешательством во внутренние дела государства, однако в силу закона они обязательны для Российской Федерации как страны, ратифицировавшей Конвенцию о правах человека и Статут данного суда. Поэтому явное неуважение к решению ЕСПЧ, по крайней мере, удивляет.

В-третьих, данное дело представляет собой один из ярких примеров перевода процессуального соперничества прокурора и адвоката в плоскость обвинителя и обвиняемого. У стороны обвинения появилась возможность «отомстить» адвокату, и, к сожалению, мы видим, что суд поддерживает ее в этом начинании. Серьезной проблемой нашей судебной системы является ее карательный уклон, что во многом связано с «происхождением» судейского сословия — в основном это бывшие прокуроры и следователи. Успешные адвокаты нередко раздражают прокуратуру, поскольку, отстаивая противоположные позиции, добиваются успеха именно потому, что лучше подготовлены к процессу, а также стараются честно отработать свой гонорар. Василий Алексанян как раз и представляет собой образчик успешного и квалифицированного юриста и адвоката.

В настоящее время в исправительно-трудовых учреждениях РФ находится более тысячи ВИЧ-инфицированных. Условия их содержания противоречат как международным нормам, так и российскому законодательству, регулирующему условия содержания под стражей лиц, обвиняемых и осужденных за совершение уголовных преступлений.

Международные нормы обращения с заключенными требуют, чтобы «все заключенные пользовались уважительным отношением ввиду присущего им достоинства и их значимости как людей. Не допускается никакой дискриминации по признаку расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических и других убеждений, национального или социального происхождения, имуще-

¹ «Никто не должен подвергаться ни пыткам, ни бесчеловечному или унижающему достоинство обращению или наказанию» (статья 3 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод).

ственного положения, рождения или по другому признаку. Заключенные пользуются медицинским обслуживанием, имеющимся в данной стране, без дискриминации в связи с их юридическим положением» (из резолюции 45-й сессии Генеральной Ассамблеи ООН № 45/111 от 14 декабря 1990 года «Основные принципы обращения с заключенными»).

ВИЧ-положительные заключенные в нашей стране практически не имеют доступа к квалифицированной медицинской и социальной помощи. Из-за нездоровых условий содержания, недостатка свежего воздуха и пищи для многих отбывание срока равносильно смертной казни, поскольку они не надеются дожить до своего освобождения. Кроме того, эти заключенные часто подвергаются жестокому обращению со стороны сотрудников правоохранительных органов. Все это может быть приравнено к пытке, которая квалифицируется как «любое действие, которым какому-либо лицу умышленно причиняется сильная боль или страдание, физическое или нравственное... по любой причине, основанной на дискриминации любого характера, когда такая боль или страдание причиняются государственным должностным лицом или иным лицом, выступающим в официальном качестве, или по их подстрекательству, или с их ведома или молчаливого согласия» (из Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, принятой резолюцией № 39/46 Генеральной Ассамблеи ООН от 10 декабря 1984 года).

Хочется подчеркнуть, что в России вообще весьма часто нарушаются права граждан при задержании и в местах заключения. Однако ВИЧ-инфицированным гражданам приходится сталкиваться с особо жестоким обращением — они бывают лишены элементарных прав, в том числе права на охрану своего здоровья.

Говоря о моральной составляющей дела Василия Алексаняна, можно только сожалеть о безразличии общества к сложившейся ситуации. Российская Фемида становится все более равнодушной к подсудимому, а судьи все более и более склоняются к применению карательных мер, что характеризует нашу правовую систему в целом как основанную на насилии и страхе перед его применением.

Е. Мишина,

заместитель директора Института правовых исследований ГУ — ВШЭ, доцент кафедры конституционного и муниципального права, канд. юрид. наук

М. Польникова,

студентка 5-го курса факультета права ГУ — ВШЭ

ИСТЕЦ ПОДАЕТ ИСК О ЛИКВИДАЦИИ АКЦИОНЕРНОГО ОБЩЕСТВА, АКЦИОНЕРОМ КОТОРОГО ОН ЯВЛЯЕТСЯ, ИЛИ ДЕЛО «ТВ-6 МОСКВА»

Если вы поставите перед собой задачу ознакомиться с материалами так называемого дела «ТВ-6 Москва», то столкнетесь с определенными проблемами. Например, в профессиональной версии одной из наиболее популярных среди юристов (и не только) баз данных отсутствует решение суда первой инстанции по данному делу, а именно решение Арбитражного суда города Москвы от 27 сентября 2001 года № А40-15139/01-65-91. Вам удастся найти решение ФАС Московского округа (подробный анализ которого приведен ниже), т.е. арбитражного суда кассационной инстанции, по данному делу, однако много ли в этом смысла, учитывая то обстоятельство, что Президиум ВАС РФ отменил постановление суда кассационной инстанции, оставив в силе акты первой и апелляционной инстанций...

Есть юристы в наших селеньях

И вот какая мысль не дает покоя: почему юристам «ТВ-6 Москва» не удалось предотвратить случившееся? Неужели для них не были столь же очевидными, как для нас с вами, возможные — серьезные по своим последствиям — проблемы? Сложно делать однозначные выводы, так как причины не ясны. Быть может, дело в особом характере мышления юриста, работающего в творческой среде, заразительно творческой для него. Или просто сама ситуация, в которой существовал и работал телеканал, была настолько неправомерной, что никто, даже собственно специалисты в области юриспруденции, не задумывался о необходимости грамотно оформлять любые отношения, так или иначе связанные с возникновением, изменением и прекращением прав и обязанностей.

Не исключено также, что в деятельность юристов «ТВ-6 Москва» вмешивались субъективные факторы в лице конкретных субъектов. Однако с уверенностью говорить об этом не будем, ибо не располагаем прямыми доказательствами на сей счет.

А может, вообще не стоит искать внешние причины такого поведения юридического структурного подразделения, может, это просто самонадеянность, доведшая до беды...

Несомненно одно: деятельность ОАО «Мостелеком» и участие московского правительства в этой деятельности заслуживают внимания. Поэтому постараемся вкратце объяснить читателю, какова была роль Мостелекома в деле «ТВ-6 Москва» и какой вид имело законодательное (в широком смысле этого слова) регулирование данной сферы отношений.

ОАО «Мостелеком», являющийся с момента основания в 1997 году и остающийся по сей день городской, уполномоченной правительством Москвы организацией по эксплуатации, строительству и развитию городских сетей кабельного телевидения (ГСКТ), оказывает москвичам услуги по трансляции телевизионных каналов через коллективные телевизионные антенны. На описываемый нами момент Мостелеком в своей деятельности руководствовался законодательством РФ и г. Москвы (сразу отметим тот факт, что и тогда и теперь телекоммуникационная деятельность не имеет надлежащего законодательного закрепления на федеральном уровне).

Регулирование деятельности Мостелекома, в том числе определение транслируемого на территории города пакета телевизионных программ, осуществлялось при самом активном участии мэрии. Этот факт был отражен в положениях Закона г. Москвы «О кабельном телевидении в г. Москве» (статья 10). Для установления единого порядка трансляции распоряжением правительства Москвы от 22 августа 1997 года № 917-РП «О совершенствовании телерадиовещания на территории Москвы» был рекомендован к распространению при наличии технической возможности пакет из семи телевизионных обязательных к распределению каналов. К их числу относился канал «ТВ-6», а также Первый канал, телеканал «Россия», «ТВ Центр», телеканал «Культура», «ТВ Столица», НТВ. Остальные, не упомянутые в данном распоряжении каналы («Дарьял-ТВ», СТС, «Муз-ТВ», ТНТ и иные дециметровые каналы) должны были заключать с ОАО «Мостелеком» договоры на ввод и трансляцию телеканала в городскую сеть кабельного телевидения и платить Мостелекому в соответствии с тем количеством абонентов, которое они желали «охватить». Подчеркнем: каналы, перечисленные в распоряжении, Мостелекому за услуги не платили — платили (и платят по сей день) абоненты, жители Москвы, на основании агентских договоров. Ежемесячная абонентская плата, составлявшая на тот момент около 28 руб., вносилась абонентом за возможность смотреть перечисленные в Распоряжении № 917-РП телеканалы (за возможность смотреть дециметровые каналы абоненты не платили, так как соответствующие вещательные компании сами решали, кто сможет смотреть их программы, а кто нет). При этом мало кто обращал внимание на содержащуюся в распоряжении лукавую формулировку «при условии технической

возможности», а это на самом деле означало, что если абонент проживает в округе, где старые сети или, не дай бог, зона неуверенного приема, то не факт, что ему удастся за свои кровные насладиться всеми семью телеканалами. Очень возможно, что всего двумя-тремя.

Таким образом, перечисленные в Распоряжении № 917-РП телеканалы получали услуги Мостелекома безвозмездно на основе указанного нормативного акта и никаких договоров с уполномоченным оператором ГСКТ не заключали. Разумеется, не было такого договора и у «ТВ-6 Москва».

Как только вокруг канала «ТВ-6 Москва» возник ощутимый запах жареного, текст распоряжения был подвергнут необходимому политическому upgrade и приобрел следующий вид:

ПРАВИТЕЛЬСТВО МОСКВЫ

ПРЕМЬЕР

РАСПОРЯЖЕНИЕ

от 22 августа 1997 г. N 917-РП

О СОВЕРШЕНСТВОВАНИИ ТЕЛЕРАДИОВЕЩАНИЯ НА ТЕРРИТОРИИ МОСКВЫ

(в ред. распоряжения Мэра Москвы от 15.12.2002 N 694-РМ)

В целях совершенствования телерадиовещания на территории Москвы:

1. Отнести государственное открытое акционерное общество «Мостелеком» (ГАО «Мостелеком») к организациям связи, оказывающим услуги по распространению программ телерадиовещательных организаций на территории Москвы.

2. Осуществлять распространение в городских сетях кабельного телевидения (ГСКТ) программ общероссийских и региональных государственных телерадиовещательных организаций в соответствии с Указом Президента Российской Федерации от 6 октября 1995 года N 1019 «О совершенствовании телерадиовещания в Российской Федерации» и постановлением Правительства Российской Федерации от 13 декабря 1995 года N 1234 «Об обеспечении распространения программ общероссийских и региональных государственных телерадиовещательных организаций».

3. Осуществлять обязательное распространение в ГСКТ при условии технической возможности, следующего пакета телевизионных программ: «Первый канал», «Телеканал "Россия"», «ТВ Центр», «Телеканал "Культура"», «ТВ — Столица», «НТВ» (п. 3 в ред. распоряжения Мэра Москвы от 15.12.2002 N 694-РМ).

4. Осуществлять распространение программ телерадиовещательных организаций, не упомянутых в п. 3 настоящего распоряжения, на основании договоров.

5. Поручить ГАО «Мостелеком» осуществлять контроль за техническим состоянием и выполнением пп. 2 и 3 настоящего распоряжения на неподде-

домственных городу системах кабельного телевидения и по результатам проверок вносить предложения на территориальную комиссию по вещанию.

6. Контроль за выполнением настоящего распоряжения возложить на первого заместителя Премьера Правительства Москвы Шанцева В.П.

Премьер Правительства Москвы
Ю.М. Лужков

Распоряжение № 694-РМ, посредством которого в текст Распоряжения № 917-РМ были внесены судьбоносные изменения, мы также считаем нужным воспроизвести полностью.

МОСКВА

МЭР

РАСПОРЯЖЕНИЕ
от 15 декабря 2002 г. N 694-РМ

О ВНЕСЕНИИ ИЗМЕНЕНИЙ В РАСПОРЯЖЕНИЕ ПРЕМЬЕРА
ПРАВИТЕЛЬСТВА МОСКВЫ ОТ 22.08.97 N 917-РП

В целях дальнейшего развития городских сетей кабельного телевидения (далее — ГСКТ) (Sic! — Е. М., М. П.):

1. Внести изменения в распоряжение Премьера Правительства Москвы от 22.08.97 N 917-РП «О совершенствовании телерадиовещания на территории Москвы», изложив пункт 3 в следующей редакции:

«3. Осуществлять обязательное распространение в ГСКТ при условии технической возможности, следующего пакета телевизионных программ: "Первый канал", "Телеканал "Россия", "ТВ Центр", "Телеканал "Культура", "ТВ — Столица", "НТВ».

2. Контроль за выполнением настоящего распоряжения возложить на министра Правительства Москвы по вопросам информации и общественно-политическим связям Музыкантского А.И.

И.о. Мэра Москвы
В.П. Шанцев

Итак, в целях дальнейшего развития городских сетей кабельного телевидения московская мэрия урезала обязательный к распределению пакет телеканалов, убрав оказавшееся в опале «ТВ-6 Москва». Обращаем внимание проницательного читателя на тот факт, что данный документ подписан первым вице-мэром Москвы Шанцевым, но в испостаси и.о. мэра. Проницательному читателю также небезынтересно будет узнать, что в тот период В.П. Шанцев возглавлял совет директоров ОАО «Мостелеком». После вступления в силу Распоряжения № 694-РМ произошло то, о чем В.С. Высоцкий не преминул

бы спеть: «И тогда главврач Моргулис телевизор отключил». Технические службы Мостелекома отключили телеканал «ТВ-6 Москва» от городских сетей кабельного телевидения. И сделать было ничего нельзя — никаких договоров, никаких правоустанавливающих документов, за исключением приведенных выше распоряжений, не было. А если нет документа — нет не только человека, как справедливо заметил один из персонажей «Мастера и Маргариты», но и целого телеканала. Обжаловать было нечего, биться в кабинеты чиновников мэрии Москвы бессмысленно. «ТВ-6 Москва» достигло точки невозврата, незавидная судьба его уже была предрешена. И утешаться оставалось только одним — может быть, эта циничная расправа над невезучим телеканалом хотя бы пошла на пользу дальнейшему развитию городских сетей кабельного телевидения, как и было указано в Распоряжении № 694-РМ?..

Внимание, которое привлекло к себе громкое дело о ликвидации ЗАО «Московская независимая вещательная корпорация» (далее — ЗАО МНВК) — «ТВ-6-Москва» породило и многочисленные упоминания в СМИ, и дискуссии среди юристов относительно грамотности судебного рассмотрения дела с точки зрения норм как материального, так и процессуально-го права.

Как известно, иск о ликвидации ЗАО МНВК был подан в связи с тем, что общество не приняло решение о ликвидации в соответствии с действовавшей на тот момент редакцией пункта 5 статьи 35 Федерального закона «Об акционерных обществах» (далее — ФЗ «Об АО»), несмотря на то что стоимость чистых активов общества по окончании второго финансового года и ряда следующих лет оказывалась меньше величины минимального уставного капитала, установленного законодательством, а именно статьей 26 ФЗ «Об АО».

Но что парадоксально в этом деле, что заставляет нас вновь обратиться к нему, так это то, что иск о ликвидации ЗАО МНВК был подан не кредиторами и даже не государственными органами, а акционером данного общества — некоммерческой организацией «Негосударственный пенсионный фонд "Лукойл-Гарант"» (действовавшая до 1 января 2002 года редакция пункта 6 статьи 35 ФЗ «Об АО» допускала такую возможность).

Возникает вполне резонный вопрос: а была ли у истца некая экономическая заинтересованность в ликвидации общества, акционером которого он являлся? Ведь при удовлетворении предъявленных им требований (что и имело место впоследствии) он заведомо получал значительно меньше, нежели мог бы приобрести за счет дивидендов от своих акций или от их продажи. Кроме того, не стоит забывать и о самих акциях как некоем инвестиционном проекте для их держателя. Отметим, что продать акции истцу предлагали неоднократно, этого не отрицали в том числе и его представители.

Думается, очень сложно даже вообразить себе ситуацию, когда бы акционер был экономически заинтересован в ликвидации общества, акциями кото-

рого он владеет (неслучайно с 1 января 2002 года законодатель исключил акционеров из числа лиц, имеющих право требовать ликвидации общества, осознав, видимо, абсурдность правового регулирования этого аспекта).

Впрочем, истец аргументировал свое обращение в суд несколькими причинами. Так, он указал, что, во-первых, в течение трех лет подряд не получал прибыли, «на которую фонд вправе рассчитывать на основании ст. 50 ГК РФ», а во-вторых, был недоволен тем, что состоялась дополнительная эмиссия акций, «в результате которой доля фонда "Лукойл-Гарант" в уставном капитале ЗАО на законных основаниях уменьшилась в 2000 раз».

Попробуем разобраться в первом из приведенных доводов.

Статья 50 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ), именуемая «Коммерческие и некоммерческие организации», говорит о следующем. Во-первых, «юридическими лицами могут быть организации, преследующие извлечение прибыли в качестве основной цели своей деятельности (коммерческие организации) либо не имеющие извлечение прибыли в качестве такой цели и не распределяющие полученную прибыль между участниками (некоммерческие организации)». Во-вторых, «юридические лица, являющиеся коммерческими организациями, могут создаваться в форме хозяйственных товариществ и обществ, производственных кооперативов, государственных и муниципальных унитарных предприятий». Далее, в пункте 3 статьи 50, речь идет о возможности создавать юридические лица, являющиеся некоммерческими организациями «в форме хозяйственных товариществ и обществ, производственных кооперативов, государственных и муниципальных унитарных предприятий». Здесь же подчеркивается, что «некоммерческие организации могут осуществлять предпринимательскую деятельность лишь постольку, поскольку это служит достижению целей, ради которых они созданы, и соответствующую этим целям». И наконец, пункт 4 статьи 50 говорит о том, что «допускается создание объединений коммерческих и (или) некоммерческих организаций в форме ассоциаций и союзов».

Какое же именно из приведенных положений истец имел в виду? По всей видимости, речь шла об извлечении прибыли в качестве основной цели деятельности коммерческой организации. Но если мы обратимся к многочисленной юридической литературе, посвященной классификации юридических лиц на коммерческие и некоммерческие организации, то в большинстве случаев встретим мнение, согласно которому извлечение прибыли, равно как и распределение прибыли, — признаки, способные в определенной мере характеризовать как некоммерческую, так и коммерческую организацию и порой отличить одну от другой можно лишь по организационно-правовой форме.

Нередко подчеркивается отсутствие в отечественном гражданском праве неких строгих критериев, позволяющих однозначно разграничивать коммерческие и некоммерческие юридические лица. В то же время отметим, что на-

звать подобное деление совершенно ненужным нельзя (о чем, к сожалению, иногда говорят и пишут специалисты в области цивилистики). Ведь так или иначе с помощью подобного разделения можно определять структуру, контр-роль и организационно-правовую форму юридических лиц.

И что же можно теперь сказать о приведенном истцом доводе? Согласимся, что он имеет право на существование. Тем более что от сторон судебного дела все-таки не приходится ждать особо глубоких познаний в области права. Но суд? Разве он не должен был воспринять аргументацию истца с учетом изложенных выше позиций? Разве не очевидно для него должно было быть, что эти объяснения не выдерживают квалифицированной критики? Как именно распорядились арбитражные суды предоставленными им полномочиями, мы поймем чуть позже, когда обратимся к конкретным актам, которые были вынесены по данному делу.

Шикана в мыслях и во плоти

По мнению многих юристов, дело о ликвидации телеканала «ТВ-6 Москва» является хрестоматийным примером злоупотребления субъективным правом, или шиканы. Шикана — это злоупотребление правом, состоящее в использовании своего субъективного права, данного в силу закона или договора, с целью причинить вред другому лицу либо с иной целью (в иной форме). Иной формой может быть, например, преследование цели обогащения либо сбережения своих средств за счет другого лица. Суть данной ситуации в том, что осуществление такого права наносит вред другим лицам, а преследует ли данную цель обладатель права, второстепенно. Данная норма в российском законодательстве описана в ст. 10 Гражданского кодекса РФ. Область ее применения исключительно судебная, поскольку указано прямо, что применить ее (отказать в защите права, используемого в целях, описанных выше) может только суд.

При анализе материалов данного дела, как отмечается в различных статьях, заслуживают внимания следующие обстоятельства.

По отношению к акционерному обществу у акционера имеется ряд прав, основными из которых являются два: участие в распределении прибыли (получение дивидендов) и участие в управлении делами общества (общее собрание акционеров, выдвижение кандидатур в органы управления обществом). Осуществление данных прав, безусловно, предполагает наличие самого акционерного общества, в отношении которого данные права могут осуществляться. Добившись в судебном порядке ликвидации общества, акционер, во-первых, утратит эти права, во-вторых, лишится удостоверяющих эти права ценных бумаг как ликвидного оборотного актива.

Есть все основания думать, что истец действовал с исключительным намерением причинить вред ответчику. Конечно, разумно предположить, что на самом деле у истца были некие «свои» интересы, и в СМИ высказывались главным образом два тезиса: либо истец выполнял «заказ» государственной власти, либо иск вызван личным конфликтом людей, стоящих за акционерами. Назвать эти мотивы правовыми не представляется возможным.

К сожалению, в актах судов по данному делу вопрос о наличии в действиях истца признаков шиканы рассмотрен самым неудовлетворительным образом. Представители ответчика в ходе первой и апелляционной инстанций выдвигали аргументы, пусть и не очень хорошо продуманные, по поводу того, что истец злоупотребляет принадлежащим ему правом. Решение суда первой инстанции устанавливает следующее: «Что касается довода ответчика о злоупотреблении истцом своим правом (ст. 10 ГК РФ), то суд не может согласиться с мнением ответчика, поскольку истец действовал в рамках ФЗ "Об акционерных обществах"». И все. Прочитанное мнение суда потрясает своей строгой лаконичностью.

При рассмотрении дела в апелляционной инстанции суд выдвинул уже несколько иные аргументы: «Данный довод ответчика (о том, что истец злоупотребляет правом. — *Е. М., М. П.*) является необоснованным и не может послужить основанием для отмены решения, поскольку осуществление ликвидации при наличии отрицательной величины активов на протяжении нескольких лет является в соответствии с законом прежде всего обязанностью самого общества. Истец является акционером ЗАО "Московская независимая вещательная корпорация", владеющим 15% обыкновенных акций, и обращение с иском акционера общества, не получающего прибыль в течение ряда лет, никак не может рассматриваться как злоупотребление правом в соответствии со ст. 10 ГК РФ».

Сложно понять логику таких рассуждений. Возможно ли в принципе ее понять? Связь между приводимыми судом аргументами и сделанными выводами так и остается загадкой. Непонятно, каким образом наличие обязанности общества самому принять решение о своей ликвидации может влиять на квалификацию действий истца как злоупотребление правом. Почему не могут рассматриваться как злоупотребление правом действия акционера, «не получающего прибыль в течение ряда лет»? Суд безмолвствует.

Для решения вопроса о квалификации действий истца и выявлении в них признаков злоупотребления субъективным правом необходимо было как минимум рассмотреть вопрос о том, с какими намерениями было предъявлено требование о ликвидации общества. Возможен единственный ответ-объяснение — намерение причинить вред данному обществу (о чем уже говорилось выше). Наличие обязанности ликвидироваться у самого общества, по всей видимости, никакого отношения к решению поставленного вопроса не имеет. Факт же неполучения акционером прибыли, пожалуй, лишь маленькая и не-

уверенная зацепка, позволяющая говорить о присутствии в планах истца неких иных целей, кроме причинения вреда ответчику. Но и здесь нельзя уйти от аргумента, согласно которому ликвидация общества по своей сути не приведет к желаемому, казалось бы, для истца результату — прибыль он получать тем более не начнет, если общество «не останется в живых».

Непостижимая противоречивость практики

Справедливости ради следует заметить, что по другому делу при схожих обстоятельствах акционеру было отказано в удовлетворении требования о ликвидации акционерного общества, которое истец, так же как и в деле о ликвидации «ТВ-6 Москва», основывал на пунктах 5 и 6 статьи 35 ФЗ «Об АО». И отказ в иске был мотивирован как раз квалификацией действий акционера в качестве злоупотребления правом — суд не стал уточнять, являлись ли действия истца шиканой или злоупотреблением правом в иной форме, о чем свидетельствует Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа (далее — ФАС МО) от 11 февраля 2002 года по делу № КГ-А41/195-02.

Суд первой инстанции посчитал, что «истец злоупотребляет правом миноритарного акционера обратиться в арбитражный суд с требованием о ликвидации общества, т.к. истец приобрел 26 акций ответчика, что составляет 0,01 процента уставного капитала общества, 26.09.2001 получил выписку из реестра и сразу обратился в суд 28.09.2001 с иском». Оставляя данное решение без изменения, ФАС МО указал, что судом первой инстанции приведены обоснованные «данные о правах истца с учетом срока пребывания его в акционерах, размерах его доли в уставном капитале и соотношения его прав, как миноритарного акционера, с действиями, подпадающими под признаки ст. 10 ГК РФ, характерными для случаев злоупотребления своими правами».

Некоротко о главном

Обратимся к Постановлению ФАС МО от 29 декабря 2001 года по делу № КГ-А40/7984-01.

Некоммерческая организация «Негосударственный пенсионный фонд "Лукойл-Гарант"» обратилась в Арбитражный суд города Москвы с иском к ЗАО МНВК о ликвидации ответчика по основаниям, предусмотренным статьей 35 ФЗ «Об АО».

В соответствии с пунктом 5 статьи 35 ФЗ «Об АО» (в действовавшей на момент рассмотрения дела редакции от 26 декабря 1995 года), если по окончании второго и каждого последующего финансового года в соответствии с годовым

бухгалтерским балансом, предложенным для утверждения акционерам общества, или результатами аудиторской проверки стоимость чистых активов общества меньше величины минимального уставного капитала, указанной в статье 26 ФЗ «Об АО», общество обязано принять решение о своей ликвидации.

В качестве правового обоснования исковых требований истец ссылаясь кроме пункта 5 статьи 35 ФЗ «Об АО» на статью 26 указанного закона. А также на статьи 61 («Ликвидация юридического лица») и 104 («Реорганизация и ликвидация акционерного общества») ГК РФ.

Статья 61 ГК РФ (в ред. от 15 мая 2001 года) гласит:

«1. Ликвидация юридического лица влечет его прекращение без перехода прав и обязанностей в порядке правопреемства к другим лицам.

2. Юридическое лицо может быть ликвидировано:

по решению его учредителей (участников) либо органа юридического лица, уполномоченного на то учредительными документами, в том числе в связи с истечением срока, на который создано юридическое лицо, с достижением цели, ради которой оно создано, или с признанием судом недействительной регистрации юридического лица в связи с допущенными при его создании нарушениями закона или иных правовых актов, если эти нарушения носят неустранимый характер;

по решению суда в случае осуществления деятельности без надлежащего разрешения (лицензии) либо деятельности, запрещенной законом, либо с иными неоднократными или грубыми нарушениями закона или иных правовых актов, либо при систематическом осуществлении общественной или религиозной организацией (объединением), благотворительным или иным фондом деятельности, противоречащей его уставным целям, а также в иных случаях, предусмотренных настоящим Кодексом.

3. Требование о ликвидации юридического лица по основаниям, указанным в пункте 2 настоящей статьи, может быть предъявлено в суд государственным органом или органом местного самоуправления, которому право на предъявление такого требования предоставлено законом.

Решением суда о ликвидации юридического лица на его учредителей (участников) либо орган, уполномоченный на ликвидацию юридического лица его учредительными документами, могут быть возложены обязанности по осуществлению ликвидации юридического лица.

4. Юридическое лицо, являющееся коммерческой организацией либо действующее в форме потребительского кооператива, благотворительного или иного фонда, ликвидируется также в соответствии со статьей 65 настоящего Кодекса вследствие признания его несостоятельным (банкротом).

Если стоимость имущества такого юридического лица недостаточна для удовлетворения требований кредиторов, оно может быть ликвидировано только в порядке, предусмотренном статьей 65 настоящего Кодекса.

Положения о ликвидации юридических лиц вследствие несостоятельности (банкротства) не распространяются на казенные предприятия».

Статья 104 (в ред. Федерального закона от 8 июля 1999 года № 138-ФЗ) гласит:

«1. Акционерное общество может быть реорганизовано или ликвидировано добровольно по решению общего собрания акционеров.

Иные основания и порядок реорганизации и ликвидации акционерного общества определяются настоящим Кодексом и другими законами.

2. Акционерное общество вправе преобразоваться в общество с ограниченной ответственностью или в производственный кооператив, а также в некоммерческую организацию в соответствии с законом».

Решением суда первой инстанции от 27 сентября 2001 года, оставленным без изменения постановлением суда апелляционной инстанции от 26 ноября 2001 года, исковые требования о ликвидации были удовлетворены с возложением ликвидации ответчика на его учредителей, а также установлен шестимесячный срок для ликвидации с момента вступления в силу решения суда.

Суд первой инстанции посчитал доказанными факты, подтверждающие отрицательную величину стоимости чистых активов ответчика на протяжении 1998–2000 годов, и сделал вывод, что деятельность ответчика не соответствует требованиям действовавшего на тот момент законодательства, а именно статьи 26 ФЗ «Об АО» («минимальный уставный капитал открытого общества должен составлять не менее тысячекратной суммы минимального размера оплаты труда, установленного федеральным законом на дату регистрации общества, а закрытого общества — не менее стократной суммы минимального размера оплаты труда, установленного федеральным законом на дату государственной регистрации общества») и статьи 61 ГК РФ, и поэтому ответчик подлежит ликвидации.

Делая выше указанные выводы, суд первой инстанции также руководствовался упомянутыми ранее статьей 35 ФЗ «Об АО» и статьей 104 ГК РФ, а также статьей 99 ГК РФ «Уставной капитал акционерного общества». В последней говорится:

«1. Уставный капитал акционерного общества составляет номинальную стоимость акций общества, приобретенных акционерами.

Уставный капитал общества определяет минимальный размер имущества общества, гарантирующего интересы его кредиторов. Он не может быть менее размера, предусмотренного законом об акционерных обществах.

2. Не допускается освобождение акционера от обязанности оплаты акций общества, в том числе освобождение его от этой обязанности путем зачета требований к обществу.

3. Открытая подписка на акции акционерного общества не допускается до полной оплаты уставного капитала. При учреждении акционерного общества все его акции должны быть распределены среди учредителей.

4. Если по окончании второго и каждого последующего финансового года стоимость чистых активов общества окажется меньше уставного капитала, общество обязано объявить и зарегистрировать в установленном порядке уменьшение своего уставного капитала. Если стоимость указанных активов общества становится меньше определенного законом минимального размера уставного капитала (пункт 1 настоящей статьи), общество подлежит ликвидации.

5. Законом или уставом общества могут быть установлены ограничения числа, суммарной номинальной стоимости акций или максимального числа голосов, принадлежащих одному акционеру».

Суд апелляционной инстанции признал обоснованными выводы суда первой инстанции о том, что за период с 1 января 1999 года по 1 января 2001 года чистые активы ответчика имели отрицательное значение с ежегодным их уменьшением, вызванным убыточной финансово-хозяйственной деятельностью, недостаточностью собственных средств для покрытия убытков и постоянно увеличивающихся обязательств ответчика.

И в связи с этим суд апелляционной инстанции согласился с выводами суда первой инстанции о том, что ответчик подлежит ликвидации в соответствии со статьей 61, пунктом 4 статьи 99 и статьей 104 ГК РФ, а также в соответствии со статьями 21, 35 ФЗ «Об АО». Отдельно приведем содержание статьи 21, чтобы показать, какими именно нормами материального права руководствовался арбитражный суд первой инстанции при принятии своего решения:

«1. Общество может быть ликвидировано добровольно в порядке, установленном Гражданским кодексом Российской Федерации, с учетом требований настоящего Федерального закона и устава общества. Общество может быть ликвидировано по решению суда по основаниям, предусмотренным Гражданским кодексом Российской Федерации.

Ликвидация общества влечет за собой его прекращение без перехода прав и обязанностей в порядке правопреемства к другим лицам.

2. В случае добровольной ликвидации общества совет директоров (наблюдательный совет) ликвидируемого общества выносит на решение общего собрания акционеров вопрос о ликвидации общества и назначении ликвидационной комиссии.

Общее собрание акционеров добровольно ликвидируемого общества принимает решение о ликвидации общества и назначении ликвидационной комиссии.

3. С момента назначения ликвидационной комиссии к ней переходят все полномочия по управлению делами общества. Ликвидационная комиссия от имени ликвидируемого общества выступает в суде.

4. В случае, когда акционером ликвидируемого общества является государство или муниципальное образование, в состав ликвидационной комиссии включается представитель соответствующего комитета по управлению иму-

ществом, или фонда имущества, или соответствующего органа местного самоуправления. При невыполнении этого требования орган, осуществивший государственную регистрацию общества, не вправе давать согласие на назначение ликвидационной комиссии».

В кассационной жалобе, поданной в ФАС МО, ответчик указывал на неправильное применение норм материального права и нарушение норм процессуального права судами первой и апелляционной инстанций, просил отменить решение от 27 сентября 2001 года и постановление от 26 ноября 2001 года и принять новое решение об отказе в иске.

Суд кассационной инстанции посчитал, что указанные решение и постановление подлежат отмене, а дело — передаче на новое рассмотрение в суд первой инстанции. Рассмотрим доводы суда кассационной инстанции, на основании которых было принято подобное решение.

На момент рассмотрения дела «ТВ-6 Москва» деятельность арбитражных судов регулировалась в том числе действовавшей тогда редакцией Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее — АПК РФ) от 5 мая 1995 года с изменениями от 14 января 2000 года.

Одной из наиболее важных с точки зрения определения общих принципов регулирования арбитражного судопроизводства являлась норма статьи 174 АПК РФ «Пределы рассмотрения дела в кассационной инстанции». Именно она в сочетании с другими положениями кодекса позволяет выделить особенности кассации в сфере арбитражного судопроизводства.

Данная статья гласила, что «при рассмотрении дела в кассационной инстанции арбитражный суд проверяет правильность применения норм материального права и норм процессуального права арбитражным судом первой и апелляционной инстанций». Отсюда, как указывается в постановлении кассационной инстанции ФАС МО, следует, что суд кассационной инстанции не связан доводами кассационной жалобы и обязан проверить законность обжалуемых судебных актов в полном объеме.

Сейчас аналогичная норма АПК РФ звучит несколько иначе. Статья 268, именуемая «Пределы рассмотрения дела в арбитражном суде кассационной инстанции», содержит три части. Первая устанавливает, что «арбитражный суд кассационной инстанции проверяет законность решений, постановлений, принятых арбитражным судом первой и апелляционной инстанций, устанавливая правильность применения норм материального права и норм процессуального права при рассмотрении дела и принятии обжалуемого судебного акта и исходя из доводов, содержащихся в кассационной жалобе и возражениях относительно жалобы», если иное не предусмотрено АПК РФ. Другими словами, установленные полномочия арбитражного суда кассационной инстанции ограничены доводами, которые содержатся в кассационной жалобе и возражениях относительно этой жалобы.

Часть 2 статьи 286 АПК РФ устанавливает, что «независимо от доводов, содержащихся в кассационной жалобе, арбитражный суд кассационной инстанции проверяет, не нарушены ли арбитражным судом первой и апелляционной инстанций нормы процессуального права», являющиеся в соответствии с АПК РФ основанием для отмены решения арбитражного суда первой инстанции, постановления арбитражного суда апелляционной инстанции. Тем самым ограничения в полномочиях арбитражного суда кассационной инстанции, получившие свое отражение в части 1 статьи 286, нивелируются.

Еще больше свободы действия добавляет часть 3, которая дает арбитражному суду кассационной инстанции право при рассмотрении дела проверять, «соответствуют ли выводы арбитражного суда первой и апелляционной инстанций о применении нормы права установленным ими по делу обстоятельствам и имеющимся в деле доказательствам».

Делайте выводы и вы, дорогие читатели.

В анализируемом постановлении арбитражного суда кассационной инстанции указано, что обжалованные судебные акты «нельзя признать в полной мере соответствующими указанным нормам процессуального права». ФАС МО далее обращается к Постановлению Пленума ВАС РФ от 24 сентября 1999 года № 13 «О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел в арбитражном суде кассационной инстанции», где в пункте 11 указано, что если суд кассационной инстанции установил неполноту выясненных в первой и апелляционной инстанциях фактических обстоятельств, несоответствие выводов суда этим обстоятельствам и недостаточную обоснованность принятого в связи с этим решения, постановления, то суд кассационной инстанции передает дело на новое рассмотрение в инстанцию арбитражного суда, судебный акт которого отменен.

Отметим, что данная редакция Постановления ВАС РФ действовала до 27 января 2000 года. Нынешняя редакция Постановления № 19 от 28 января 2000 года не содержит в пункте 11 положения, согласно которому «при рассмотрении дела в кассационной инстанции арбитражный суд проверяет правильность применения норм материального права и норм процессуального права арбитражным судом первой и апелляционной инстанций».

Идем дальше.

Анализируя положения ГК РФ, суд пришел к выводу, что для установления обстоятельств, подтверждающих наличие или отсутствие оснований для ликвидации акционерного общества в соответствии с пунктом 5 статьи 35 ФЗ «Об АО», необходимо исследовать и оценить годовые бухгалтерские балансы или результаты аудиторских проверок начиная со второго финансового года, т.е. следующего за первым финансовым годом, следующего, соответственно, за годом создания общества — приобретения статуса юридического лица, поскольку только с момента приобретения этого статуса у общества воз-

никает право на осуществление деятельности, направленной на извлечение прибыли (пункт 3 статьи 49 и пункт 2 статьи 51 ГК РФ, статья 8 ФЗ «Об АО»).

На что указывает суд?

Из материалов дела следует, что ответчик (ЗАО МНВК) создан в качестве коммерческой организации и приобрел статус юридического лица 2 августа 1991 года (л. д. 1, т. 9). При этом в соответствии с пунктом 2 статьи 1 ФЗ «Об АО» упомянутый закон распространяется на все акционерные общества, созданные или создаваемые на территории Российской Федерации, если иное не установлено этим законом. Анализ норм ФЗ «Об АО» не позволяет утверждать, что его действие не распространяется на ЗАО МНВК — ответчика.

Введение в действие ФЗ «Об АО» с 1 января 1996 года согласно пункту 1 статьи 94 данного закона не исключает применение его норм к ЗАО МНВК (ответчику) в полном объеме, поскольку в данном законе отсутствуют положения, устанавливающие возможность в случае, предусмотренном уже не раз упоминавшейся статьей 35, ссылаться на годовые бухгалтерские балансы или результаты аудиторских проверок начиная не со второго финансового года, а с того, который выберет лицо, предъявляющее иск о ликвидации.

Однако, как указывает ФАС МО, предметом судебного разбирательства в судах первой и апелляционной инстанций не были годовые бухгалтерские балансы или результаты аудиторских проверок по окончании второго и каждого последующего финансового года с момента приобретения ЗАО МНВК (ответчиком) статуса юридического лица.

На основании изложенного суд кассационной инстанции посчитал выводы судов первой и апелляционной инстанций относительно того, что имеются основания для ликвидации ответчика в соответствии с пунктом 4 статьи 99 ГК РФ и пунктом 5 статьи 35 ФЗ «Об АО», недостаточно обоснованными, поскольку ни суд первой инстанции, ни суд апелляционной инстанции не установил всех обстоятельств, имеющих значение для дела.

Также недостаточно, по мнению ФАС МО, был обоснован и вывод судов первой и апелляционной инстанций о наличии оснований для ликвидации ответчика в соответствии с пунктом 2 статьи 61 ГК РФ, поскольку не выяснены все обстоятельства, имеющие значение для дела, и, кроме того, пункт 3 статьи 61 не предоставляет право на предъявление иска по основаниям, указанным в пункте 2, акционеру акционерного общества.

На основе принципиально важных выводов, сделанных судом кассационной инстанции, решение от 27 сентября и постановление от 26 ноября 2001 года были признаны недостаточно обоснованными, принятыми с нарушением требований норм материального права (статьи 61, 99 ГК РФ, статья 35 ФЗ «Об АО»), норм процессуального права (статьи 124, 153, 155 АПК РФ), и, следовательно, подлежали отмене по основаниям, предусмотренным частями 1 и 2 статьи 176 АПК РФ.

А поскольку указанные нарушения норм права можно было устранить только при новом рассмотрении дела в суде первой инстанции, дело подлежало передаче на новое рассмотрение в первую инстанцию Арбитражного суда г. Москвы в соответствии с пунктом 3 статьи 175 АПК РФ.

Суду первой инстанции при новом рассмотрении дела при этом было необходимо учесть изложенное и установить в полном объеме наличие или отсутствие обстоятельств, являющихся основанием для ликвидации ответчика в соответствии с пунктом 4 статьи 99 ГК РФ и пункта 5 статьи 35 ФЗ «Об АО», в том числе определить уровень минимального уставного капитала, который соответствовал требованиям правовых актов, действовавшим на дату регистрации ответчика в качестве акционерного общества (пункт 5 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 2 апреля 1997 года № 4/8).

Основательные основания: мнение Президиума ВАС РФ

Обратимся к Постановлению Президиума ВАС РФ от 11 января 2002 года № 32/02 по делу № А40-15139/01-65-94 Арбитражного суда г. Москвы. В протесте заместителя председателя ВАС РФ предлагалось постановление суда кассационной инстанции отменить, судебные акты первой и апелляционной инстанций оставить в силе. Президиум ВАС РФ протест удовлетворил. Наша задача — проанализировать аргументацию, приведенную судом.

1. Отменяя судебные акты, суд кассационной инстанции исходил из того, что для ликвидации акционерного общества в соответствии с пунктом 5 статьи 35 ФЗ «Об АО» необходимо исследовать и оценить годовые бухгалтерские балансы или результаты аудиторских проверок начиная со второго финансового года деятельности общества, т.е. следующего за первым финансовым годом, когда общество приобрело статус юридического лица. Этому судами первой и апелляционной инстанций сделано не было.

По мнению Президиума ВАС РФ, данное утверждение суда кассационной инстанции является ошибочным, так как «указанная норма означает, что к окончанию второго года общество должно иметь чистые активы в размере не ниже установленного законом минимального размера уставного капитала. По истечении этого периода общество не вправе действовать, имея чистые активы ниже установленного уровня. В случае же снижения уровня чистых активов по итогам любого года (начиная со второго) ниже минимального уровня уставного капитала, предусмотренного ст. 26 Федерального закона от 26 декабря 1995 года № 208-ФЗ "Об акционерных обществах", общество подлежит ликвидации. Основанием для принятия соответствующего решения является годовой бухгалтерский баланс или результаты аудиторской проверки за соот-

ветствующий год. Анализа данных бухгалтерских отчетов за предыдущие годы или результатов аудиторских проверок в этих случаях не требуется».

2. Президиум ВАС РФ в своей аргументации вновь обращается к пункту 5 статьи 35 ФЗ «Об АО» (в редакции 1995 года) и говорит об имеющихся в материалах дела данных по состоянию на 1 января 2001 года, согласно которым акционерное общество имело отрицательные показатели своей деятельности и не располагало чистыми активами, необходимыми для обеспечения минимального размера уставного капитала, предусмотренного статьей 26 ФЗ «Об акционерных обществах». Это обстоятельство подтверждалось данными бухгалтерской отчетности ответчика, а также заключением бухгалтерской экспертизы от 30 августа 2001 года. Аналогичное положение складывалось, как отмечено в анализируемом постановлении, у акционерного общества и по состоянию на 1 января 1999 и 2000 годов, однако общество, в нарушение требований законодательства, не приняло решения о своей ликвидации.

А далее следует очередное упоминание пунктов 6 и 5 статьи 35 ФЗ «Об АО», содержание которых по совокупности дает акционерам право требовать ликвидации акционерного общества в судебном порядке в случае несоблюдения этим акционерным обществом своей обязанности принять решение о ликвидации в случае, указанном в законе.

3. В постановлении ФАС МО имелась также ссылка на пункт 3 статьи 61 ГК РФ, согласно которому акционерам не предоставлено право на предъявление иска о ликвидации юридического лица по основаниям, предусмотренным пунктом 2 статьи 61 ГК РФ, а в данном случае иск предъявлен акционером, владеющим акциями общества-ответчика.

Впрочем, Президиум ВАС РФ в привязке к тезисам о первом из приведенных утверждений суда кассационной инстанции говорит, что право истца на предъявление иска о ликвидации общества при таких обстоятельствах основано на пункте 6 статьи 35 ФЗ «Об АО».

Ссылка суда кассационной инстанции на пункт 3 статьи 61 ГК РФ, в силу которого акционер не наделен таким правом, также не может служить основанием для отмены судебных актов. Статья 61 ГК РФ устанавливает общие основания и порядок ликвидации юридических лиц. Пункт 3 статьи 96 ГК РФ предусматривает, что правовое положение акционерного общества и права и обязанности акционеров определяются в соответствии с Гражданским кодексом и ФЗ «Об АО». Поскольку последний в редакции, действовавшей на момент предъявления иска и вынесения решения по делу, наделял акционеров соответствующим правом, истец имел основания для предъявления данного иска, а суд первой инстанции обоснованно удовлетворил его требования.

Да, конечно, ФЗ «Об АО» выступает по отношению к ГК РФ как *lex specialis* к *lex generalis*. Впрочем, само наличие такой рассогласованности в регулировании принципиального вопроса о ликвидации юридического лица,

имевшее место буквально несколько лет назад, недопустимо. И претензии следует предъявлять законодателю. Но почему мудрости ВАС РФ хватило только на признание подобной ссылки на нормы ГК РФ неправомерной? Почему не был избран уже хорошо опробованный (даже по состоянию на 2001 год) метод толкования норм. Вопрос так вопрос.

В итоге Президиум ВАС РФ пришел к следующему:

- постановление ФАС МО от 29 декабря 2001 года по делу № А40-15139/01-65-94 Арбитражного суда города Москвы отменить;
- решение от 27 сентября 2001 года и постановление апелляционной инстанции от 26 ноября 2001 года Арбитражного суда города Москвы по тому же делу оставить в силе.

Попытка не пытка

Рассмотрим Постановление ФАС МО от 23 сентября 2002 года № КГ- А40/6319-02, которое было принято в связи с обращением ЗАО МНВК в Арбитражный суд г. Москвы с заявлением о пересмотре по вновь открывшимся обстоятельствам решения от 27 сентября 2001 года Арбитражного суда г. Москвы по делу № А40-15139/01-65-94.

В удовлетворении данного заявления Арбитражный суд г. Москвы определением от 8 июля 2002 года, оставленным без изменения постановлением апелляционной инстанции того же суда от 16 августа 2002 года, отказал.

Как было установлено судами первой и апелляционной инстанций, ответчик-заявитель считал вновь открывшимися обстоятельствами выявившиеся, по его мнению, судебные ошибки в решении от 27 сентября 2001 года по данному делу, а именно: судом первой инстанции не рассматривался вопрос о законности и обоснованности применения норм статьи 35 ФЗ «Об АО»; в основу принятого решения о ликвидации ЗАО МНВК положен акт экспертизы № 672/15-8 от 30 августа 2001 года, при проведении которой эксперты руководствовались Приказом Минфина России № 71 и ФКЦБ России № 149 от 5 августа 1996 года, тогда как этот приказ не прошел регистрацию в установленном законом порядке и не мог применяться при проведении экспертизы. Кроме того, ответчик-заявитель считал, что решение по делу не может быть исполнено, поскольку ни один из учредителей ЗАО МНВК на момент обращения не являлся его акционером, а также считал судебной ошибкой непривлечение к участию в деле учредителей ЗАО.

Как же аргументировали суды первой и апелляционной инстанций отказ в удовлетворении поданного ответчиком заявления?

Указывалось на постановление Конституционного Суда Российской Федерации (далее — КС РФ) от 3 февраля 1998 года, в соответствии с которым

обнаружившаяся судебная ошибка может являться основанием для пересмотра постановления Президиума ВАС РФ.

Однако для пересмотра вступивших в законную силу судебных актов, принятых судами первой, апелляционной и кассационной инстанций, частью 2 статьи 192 АПК РФ предусмотрен исчерпывающий перечень оснований. Выявившаяся судебная ошибка к числу этих оснований, как сказано в постановлении, не относится.

В кассационной жалобе ответчик-заявитель просил отменить определение от 8 июля и постановление от 16 августа 2002 года и принять новое решение об удовлетворении заявления.

Однако ФАС МО счел, что кассационная жалоба удовлетворению не подлежала, поскольку, «рассматривая заявление о пересмотре по вновь открывшимся обстоятельствам решения от 27 сентября 2001 г., суды первой и апелляционной инстанций установили все имеющие значение для дела обстоятельства, сделали правильные выводы об отсутствии оснований для удовлетворения заявления и не допустили при этом нарушений норм процессуального права».

Доводы кассационной жалобы о неправильном применении судами первой и апелляционной инстанций норм процессуального права суд кассационной инстанции не признал правомерными, поскольку эти доводы были направлены на переоценку обстоятельств, установленных судами первой и апелляционной инстанций, чего суд кассационной инстанции делать не вправе исходя из положений части 2 статьи 287 АПК РФ.

Еще одна попытка

Перейдем к определению о возвращении кассационной жалобы, принятому ФАС МО 25 марта 2003 г.

Акционером ЗАО МНВК К. была подана кассационная жалоба на решение от 27 сентября 2001 года по делу № А40-15139/01-65-94 Арбитражного суда г. Москвы по иску НО «Негосударственный пенсионный фонд "Лукойл-Гарант"» к ЗАО МНВК о ликвидации.

ФАС МО в своем определении указал, что в соответствии с пунктом 1 части 1 статьи 281 АПК РФ может вернуть кассационную жалобу, если при рассмотрении вопроса о принятии кассационной жалобы к производству установит, что она подана лицом, не имеющим права на обжалование судебного акта в порядке кассационного производства, или подана на судебный акт, который в соответствии с АПК РФ не обжалуется в порядке кассационного производства.

Дальше следует вполне логичное возвращение жалобы заявителю.

Кассационная жалоба подана лицом, не имеющим права на обжалование Решения от 27 сентября 2001 года по делу № А40-15139/01-65-94 Арбитражного суда г. Москвы, поскольку К. не является лицом, участвующим в деле, и обжалуемым судебным актом не принято решение о его правах и обязанностях.

Решение от 27 сентября 2001 года по делу № А40-15139/01-65-94 Арбитражного суда г. Москвы пересматривалось в порядке кассационного производства и Постановлением ФАС МО от 29 декабря 2001 года по делу № КГ-А40/7984-01 было отменено с направлением дела на новое рассмотрение. Постановлением Президиума ВАС РФ от 11 января 2002 года Постановление ФАС МО от 29 декабря 2001 года по делу № КГ-А40/7984-01 отменено. Решение Арбитражного суда г. Москвы от 27 ноября 2001 года по делу № А40-15139/01-65-94 оставлено в силе.

Поскольку Решение Арбитражного суда г. Москвы от 27 сентября 2001 года по делу № А40-15139/01-65-94 проверено и оставлено в силе высшей судебной инстанцией, оно не может быть обжаловано в порядке кассационного производства.

Пересмотр по вновь открывшимся обстоятельствам — эпизод второй

На этот раз обратимся к постановлению ФАС МО от 28 марта 2003 года.

ЗАО МНВК 29 октября 2002 года обратилось в Арбитражный суд г. Москвы с заявлением о пересмотре решения по делу № А40-15139/01-65-94 от 27 сентября 2001 года по вновь открывшимся обстоятельствам.

В обоснование поданного заявления ЗАО МНВК ссылалось на то, что решением от 1 августа 2002 года Воскресенского районного суда Московской области балансы ЗАО МНВК за период с 1998 по 2001 год включительно в части оценки чистых активов признаны недействительными, а действия органов управления ЗАО МНВК за тот же период по применению Приказа Минфина России от 5 августа 1996 года № 71/149 — неправомерными.

Определением от 3 декабря 2002 года по делу № А40-15139/01-65-94 Арбитражного суда г. Москвы ЗАО МНВК было отказано в удовлетворении заявления о пересмотре решения по вновь открывшимся обстоятельствам. Постановлением апелляционной инстанции от 23 января 2003 года данное определение оставлено без изменения.

В кассационной жалобе ЗАО МНВК просило вышеупомянутые определение и постановление отменить, удовлетворить заявление ЗАО МНВК, отменить решение Арбитражного суда г. Москвы от 27 сентября 2001 года № А40-15139/01-65-94 о ликвидации ЗАО МНВК и направить дело для пересмотра в первую инстанцию.

В обоснование своих требований, изложенных в кассационной жалобе, ЗАО МНВК указывало на то, что судом первой и апелляционной инстанции сделан неправильный вывод о невозможности признания вышеуказанных обстоятельств вновь открывшимися, как не обладающих признаками, указанными в статье 311 АПК РФ.

Отметим, что негосударственный пенсионный фонд «Лукойл-Гарант» своих представителей в заседание кассационной инстанции не направил и письменный отзыв на кассационную жалобу не представил.

Что произошло дальше? Суд кассационной инстанции не нашел оснований для отмены обжалуемых судебных актов.

Как говорится в постановлении ФАС МО, «отказывая ЗАО "Московская независимая вещательная корпорация" в удовлетворении заявления о пересмотре решения по вновь открывшимся обстоятельствам, суд первой и апелляционной инстанции исходил из того, что основанием для принятия решения о ликвидации ЗАО "Московская независимая вещательная корпорация" явилось наличие отрицательной величины чистых активов Общества в 1998—2000 годах, а также то, что деятельность ЗАО "Московская независимая вещательная корпорация" не соответствовала требованиям действовавшего на момент вынесения решения законодательства (ст. 26 Федерального закона "Об акционерных обществах"). Признание судом недействительности балансов ЗАО "Московская независимая вещательная корпорация" за период с 1998 по 2002 год, а также признание неправомерным применения Приказа Минфина России № 71 и Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг РФ № 149 от 05.08.96 г. не свидетельствует о том, что величина чистых активов имела положительное значение, а деятельность ЗАО "Московская независимая вещательная корпорация" соответствовала требованиям действовавшего законодательства»¹.

Суд первой инстанции указал также на то, что методика составления балансов не являлась предметом оценки при рассмотрении дела и принятии решения.

Данные выводы суда, по мнению ФАС МО, являются правильными.

ФАС МО в постановлении пишет: «Перечень обстоятельств, являющихся основанием для пересмотра вступившего в законную силу решения, принятого арбитражным судом, установлен статьей 311 АПК РФ. К ним, в частности, относятся существенные для дела обстоятельства, которые не были и не могли быть известны заявителю, а также установленные вступившим в законную силу приговором суда фальсификация доказательств и заведомо ложное заключение эксперта».

В пункте 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 15 октября 1998 года № 17 указано, что перечень оснований для пересмотра решения, постановления по

¹ URL: <http://www.fasmo.arbitr.ru>.

вновь открывшимся обстоятельствам, указанный в АПК РФ, является исчерпывающим.

То обстоятельство, что совместный приказ Минфина России и ФКЦБ, устанавливающий порядок определения размера чистых активов, который был применен при оценке чистых активов ЗАО МНВК, не являлся нормативным правовым актом в силу отсутствия регистрации в Минюсте, как указывает ФАС МО, могло быть известно заявителю до принятия решения по спору о ликвидации ЗАО МНВК, и доказательств обратного не представлено.

И какую интересную аргументацию подбирает далее Суд: «Более того, учитывая, что баланс предприятия не является актом органа управления Обществом, непосредственно устанавливающим какие-либо права и обязанности для Общества или его участников, сам факт признания его недействительным в силу применения при его составлении методики, не утвержденной нормативным правовым актом, не позволяет сделать вывод о заведомой недостоверности сведений, содержащихся в этом балансе, и положительной величине чистых активов ЗАО "Московская независимая вещательная корпорация" в рассматриваемый период».

Не было признано вновь открывшимся и то обстоятельство, что при проведении экспертизы РФЦСЭ применялся Приказ Минфина и ФКЦБ № 71/149, поскольку вновь открывшимся обстоятельством в соответствии со статьей 311 АПК РФ является установленное вступившим в законную силу приговором суда заведомо ложное заключение эксперта, повлекшее за собой принятие незаконного или необоснованного судебного акта по данному делу.

А так как в силу статьи 68 АПК РФ обстоятельства дела, которые согласно закону должны быть подтверждены определенными доказательствами, не могут подтверждаться в арбитражном суде иными доказательствами, то при непредоставлении заявителем предусмотренных законом доказательств заведомо ложного заключения эксперта обстоятельства, которые, по его мнению, безусловно подтверждают порочность заключения эксперта, не могут рассматриваться как вновь открывшиеся.

При принятии судебных актов, пересмотра которых требовало ЗАО МНВК, суд руководствовался нормами ГК РФ и ФЗ «Об АО». А совместный Приказ Минфина России и ФКЦБ № 71/149 как нормативный правовой акт судом при рассмотрении дела и принятии решения не применялся.

Следовательно, вывод Воскресенского районного суда Московской области, что Приказ № 71/149 не является актом нормативного характера, с точки зрения ФАС МО также не может рассматриваться как основание для пересмотра решения по делу № А40-15139/01-56-94 по вновь открывшимся обстоятельствам.

С учетом изложенного кассационная инстанция посчитала вывод суда первой и апелляционной инстанции об отсутствии обстоятельств, которые,

исходя из положений статьи 311 АПК РФ, могут быть признаны вновь открывшимися, обоснованным.

А поскольку судом при рассмотрении заявления ЗАО МНВК о пересмотре по вновь открывшимся обстоятельствам решения по делу № А40-1539/01-65-94 нормы процессуального права не были нарушены, кассационная жалоба ЗАО МНВК удовлетворению не подлежала.

И здесь, по всей видимости, стоит отдельно сказать, что неверное толкование норм, в том числе процессуального законодательства, приводит к концептуальным ошибкам, к непониманию сути нормы.

Дальше была жалоба

Развитие истории имело вполне ожидаемое продолжение: ЗАО МНВК обратилось в Конституционный Суд РФ с жалобой.

Постановление КС РФ от 18 июля 2003 года № 14-П «По делу о проверке конституционности положений ст. 35 ФЗ "Об акционерных обществах"», статей 61 и 99 ГК РФ, статьи 31 Налогового кодекса РФ и статьи 14 АПК РФ в связи с жалобами гражданина А.Б. Борисова, ЗАО "Медиа-Мост", ЗАО "Московская независимая вещательная корпорация"» и станет предметом нашего изучения.

Жалоба рассматривалась в том числе с участием представителя ЗАО МНВК П.В. Черновалова и была обращена к нарушению конституционных прав и свобод положениями пунктов 3, 5 и 6 статьи 35 ФЗ «Об АО».

Основанием к рассмотрению дела явилась обнаружившаяся неопределенность в вопросе о том, соответствуют ли Конституции РФ оспариваемые законоположения, касающиеся ликвидации юридического лица по решению арбитражного суда, вынесенному в том числе по иску налогового органа.

Поскольку все жалобы касаются одного и того же предмета, КС РФ, руководствуясь статьей 48 ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации», соединил дела по этим жалобам в одном производстве.

В жалобе ЗАО МНВК оспаривалась конституционность примененных в его деле пунктов 3, 5 и 6 статьи 35 ФЗ «Об АО». На основании содержащихся в них норм Арбитражный суд г. Москвы, рассматривавший дело в первой и апелляционной инстанциях, удовлетворил иск некоммерческой организации «Негосударственный пенсионный фонд "Лукойл-Гарант"», являющейся акционером ЗАО МНВК, о ликвидации ЗАО МНВК, сославшись на то, что стоимость его чистых активов в течение трех лет подряд была существенно меньше величины минимального уставного капитала, предусмотренного для закрытого акционерного общества. Эти решения, отмененные постановлением ФАС МО, оставлены в силе Президиумом ВАС РФ.

Заявитель утверждал, что оспариваемыми нормами нарушаются свобода предпринимательской деятельности, права владения, пользования и распоряжения имуществом, а также гарантии государственной защиты этих прав, и просил признать их не соответствующими статьям 8, 15, 18, 34, 35, 45 и 55 Конституции РФ.

Оспаривая конституционность положения пункта 6 статьи 35 ФЗ «Об АО», согласно которому предъявлять в суд иски о ликвидации акционерного общества вправе его акционеры, ЗАО МНБК (как и его представитель в судебном заседании) не указывал, как отмечает в своем постановлении КС РФ, какие именно конституционные права и свободы нарушаются данным положением. В обоснование своей позиции заявитель ссылаясь на статью 2 Конституции РФ и утверждал, что положение пункта 6 статьи 35 ФЗ «Об АО» противоречит статьям 31, 47–63 того же федерального закона, а также статье 2 Федерального закона от 22 апреля 1996 года № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг», из которых, по его мнению, вытекает, что акционер свое право на управление ЗАО МНБК может реализовывать только через участие в принятии решений на общем собрании акционеров.

Как поступил Конституционный Суд? Он сослался на статью 125 Конституции РФ и статью 3 ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации», определяющие его компетенцию, и указал, что не вправе устанавливать соответствие одних законоположений другим законоположениям, а потому производство по жалобе ЗАО МНБК в этой части подлежит прекращению.

Безусловно, с формальной точки зрения, Конституционный Суд абсолют-но прав. Его компетенция действительно не предполагает подобных полномо-чий. Впрочем, не стоит забывать, что в Германии, например, подобных «проб-лем» с компетенцией не возникло бы.

Кроме того, Федеральным законом от 7 августа 2001 года № 115-ФЗ «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступ-ным путем, и финансированию терроризма», как отмечал КС РФ, в пункт 6 статьи 35 ФЗ «Об АО» внесены изменения: данный пункт в новой редакции не называет акционеров в числе субъектов обращения с соответствующими тре-бованиями. Все верно. Но вот вопрос: как заявителю воспринимать это заме-чание о внесенных в законодательство изменениях? Как благоприятный прог-ноз на будущее в случае столкновения с аналогичными проблемами или как своего рода издевку, не несущую для данного постановления никакой смыс-ловой и правовой нагрузки?

И кроме того, если в данный закон были внесены изменения, значит, на то были причины. Ведь существует некая логика в деятельности законодательных органов. Впрочем, этот аспект Конституционный Суд РФ уже не анализировал.

Все свое внимание он сконцентрировал исключительно на несоответствии размера уставного капитала ЗАО тому, что был предусмотрен действовавшим

на тот момент законодательством. Разве это единственный аспект для рассмотрения? Разве именно он носил ключевой характер? Главное было понять, кто именно обладает правом инициировать процедуру ликвидации акционерного общества и почему наличие такого права у акционеров этого ЗАО существенно неверно.

Нормальное финансовое состояние акционерного общества предполагает, что его чистые активы, стоимость которых представляет собой разницу между балансовой стоимостью активов (имущества) и размером обязательств акционерного общества, с течением времени растут по сравнению с первоначально вложенными в уставный капитал средствами. Уменьшение стоимости чистых активов без тенденции их увеличения свидетельствует о неудовлетворительном управлении делами общества. Если оно начинает больше тратить, чем зарабатывает, стоимость чистых активов падает, и в этом случае уставный капитал должен быть уменьшен вплоть до минимального размера, установленного законом, с тем чтобы кредиторы могли оценить минимальный размер имущества, гарантирующего их интересы. Если же стоимость чистых активов принимает отрицательное значение, это означает, что средств, полученных от продажи имущества общества, может не хватить для того, чтобы расплатиться со всеми кредиторами.

Взаимосвязанные положения пункта 4 статьи 99 ГК РФ и пунктов 5 и 6 статьи 35 ФЗ «Об АО» не предполагают, что акционерное общество подлежит незамедлительной ликвидации, как только его чистые активы стали уменьшаться, а позволяют акционерам принять необходимые меры по улучшению его финансового состояния. Отрицательное значение чистых активов является чрезвычайным событием для акционерных обществ, в том числе осуществляющих деловые проекты с длительными сроками окупаемости, и свидетельствует об их возможной несостоятельности.

Наверное, именно об этом следовало говорить ответчику при рассмотрении дела в суде первой инстанции. Надо было выяснить, пытались ли акционеры до инициирования процедуры ликвидации принять необходимые меры по улучшению финансового состояния общества, и на этом строить объяснение того, почему в действиях истца присутствуют признаки злоупотребления правом по статье 10 ГК РФ.

Конституционный Суд РФ указал, что «отсутствие организационно-правовых механизмов, предусматривающих возможность осуществить по решению суда принудительную ликвидацию акционерного общества в условиях, когда общество не принимает мер по улучшению своего финансового положения, а стоимость его чистых активов, неуклонно снижаясь, приобретает отрицательное значение и оказывается меньше определенного законом минимального размера уставного капитала, создает возможность злоупотреблений, введения контрагентов в заблуждение относительно финансовой устойчивости

общества, ведет к нарушению прав и законных интересов других лиц (в том числе кредиторов и потребителей)».

Взаимосвязанные положения части второй пункта 4 статьи 61 и статьи 65 ГК РФ предусматривают, что, если стоимость имущества юридического лица недостаточна для удовлетворения требований кредиторов, оно может быть ликвидировано только в результате признания его банкротом. При этом статьей 9 ФЗ от 26 октября 2002 года «О несостоятельности (банкротстве)» установлена обязанность общества-должника обратиться в суд с соответствующим заявлением, если удовлетворение требований одного или нескольких кредиторов приведет к невозможности исполнения денежных обязательств должника в полном объеме перед другими кредиторами. Следовательно, акционеры должны принять решение об обращении в суд с заявлением о признании акционерного общества банкротом в случае, если стоимость чистых активов акционерного общества оказывается меньше величины минимального уставного капитала и имеются предусмотренные законом основания для возбуждения процедуры банкротства. Признание акционерного общества банкротом влечет за собой его ликвидацию.

Таким образом, норма, содержащаяся во взаимосвязанных положениях пункта 4 статьи 99 ГК РФ и пунктов 5 и 6 статьи 35 ФЗ «Об АО», не может рассматриваться как чрезмерное ограничение прав юридических лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность в организационно-правовой форме акционерных обществ, и не противоречит Конституции РФ, поскольку (по своему конституционно-правовому смыслу в системе норм гражданского законодательства) предполагает, что отрицательное значение чистых активов, как формальное условие ликвидации акционерного общества, призвано адекватно отображать его фактическое финансовое состояние, а именно отсутствие доходности, неспособность исполнять свои обязательства перед кредиторами и обязанности по уплате обязательных платежей, — притом что акционеры имели возможность предпринять меры по улучшению финансового положения общества или принять решение о его ликвидации в надлежащей процедуре.

Согласно пункту 3 статьи 35 ФЗ «Об АО», стоимость чистых активов акционерного общества оценивается по данным бухгалтерского учета в порядке, устанавливаемом Министерством финансов Российской Федерации и федеральным органом исполнительной власти по рынку ценных бумаг (в первоначальной редакции данного федерального закона — Федеральная комиссия по ценным бумагам и фондовому рынку при Правительстве РФ; в соответствии с пунктом 2 Указа Президента РФ от 1 июля 1996 года № 1006 «О Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг» была преобразована в Федеральную комиссию по рынку ценных бумаг).

Именно конституционность данного пункта, во исполнение которого 5 августа 1996 года Приказом Минфина России № 71 и Приказом ФКЦБ № 149

был утвержден Порядок оценки стоимости чистых активов акционерных обществ, ставилась под сомнение в жалобе ЗАО МНВК в связи с тем, что на закрепленной в этом акте методике определения размеров чистых активов акционерных обществ были основаны вынесенные в отношении заявителя правоприменительные решения. По мнению ЗАО МНВК, данный нормативный акт, поскольку он не проходил регистрацию в Министерстве юстиции РФ и не был официально опубликован, не имеет юридической силы.

Как помнит читатель, об этом приказе речь уже шла. И ничего поделывать с его применением заявителю-ответчику не удалось. Вот и на этот раз теперь уже КС РФ «ничем не может помочь». В постановлении Президиума ВАС РФ сказано, что «разрешение вопроса о том, подлежал ли применению при соответствующих обстоятельствах Порядок оценки стоимости чистых активов акционерных обществ в деле заявителя, относится к компетенции арбитражных судов, которые, по смыслу ст. 120 (часть 2) Конституции РФ во взаимосвязи с ее статьями 118, 125, 126 и 127, осуществляют выбор норм, подлежащих применению в конкретном деле, Конституционному Суду РФ разрешение таких вопросов неподведомственно». О том, как рассмотрели данный вопрос арбитражные суды, мы уже говорили.

Конституционный Суд прибегнул и к дополнительной аргументации, указав, что «из представленных ЗАО "Московская независимая вещательная корпорация" материалов следует, что Арбитражный суд г. Москвы, принимая решение о ликвидации, при определении размеров его чистых активов на основании п. 3 ст. 35 Федерального закона "Об акционерных обществах" руководствовался не только Порядком оценки чистых активов акционерных обществ, но и заключением экспертизы данных бухгалтерских балансов, а также результатами собственного анализа бухгалтерской отчетности общества». Правда, какое отношение это имеет к отсутствию прохождения процедуры регистрации в Минюсте России упомянутого приказа, непонятно.

Производство по жалобе ЗАО МНВК в части, касающейся проверки конституционности положения пункта 6 статьи 35 ФЗ «Об АО», согласно которому акционеры вправе предъявлять в суд иски о его ликвидации, было прекращено.

**Невиноватые мы, или Ты сказал — я поверил,
ты повторил — я усомнился, ты сказал в третий раз —
и я понял, что ты лжешь (вместо заключения)**

Несложно представить реакцию общественности на рассмотренное выше постановление Президиума ВАС РФ. И в ответ, как было сказано в сообщении пресс-службы ВАС РФ, на «односторонние и необъективные коммента-

рии», появившиеся в СМИ, появилось и объяснение действий суда. Обратимся к нему.

Отрицая политический подтекст анализируемого дела, подчеркивалось, что все арбитражные суды рассматривали его не иначе, как обычный экономический спор между двумя частными структурами. По данным бухгалтерской отчетности ответчика, а также по заключению бухгалтерской экспертизы, акционерное общество работало с минусовыми чистыми активами. По итогам каждого из указанных трех лет акционерное общество должно было самоликвидироваться либо подлежало ликвидации в судебном порядке. При этом статья 35 ФЗ «Об АО» предоставляла право акционеру обратиться с иском о ликвидации акционерного общества. Именно этим правом и воспользовался истец, обратившись в суд с иском о ликвидации ответчика в начале 2001 года. Поскольку нормы о ликвидации юридического лица по указанным основаниям являются императивными, то суд другого решения, кроме решения о ликвидации юридического лица, вынести не мог.

Ссылка на то, что с 1 января 2002 года акционеры не могут возбуждать в суде дела о ликвидации акционерных обществ, не могла быть, по мнению ВАС РФ, принята судом во внимание, поскольку, естественно, данная норма не имеет обратной силы, так как это означало бы лишение акционера того права, которым он обладал ранее и которым уже воспользовался.

В сообщении пресс-службы также говорилось, что на момент вынесения судебных решений и даже вступления вынесенных решений в законную силу новая норма не существовала.

Решение о ликвидации ответчика вступило в законную силу с принятием постановления апелляционной инстанции от 26 ноября 2001 года. Кассационная инстанция в лице ФАС МО могла отменить вступившее в законную силу решение лишь при нарушении судами первой и апелляционной инстанций какого-либо закона. Однако мотивы, приведенные в постановлении кассационной инстанции, указывают на отсутствие установления таких нарушений закона со стороны суда первой инстанции или апелляционной инстанции. Наоборот, как считает ВАС РФ, сами эти мотивы не соответствовали закону. Следовательно, постановление ФАС МО об отмене ранее состоявшихся судебных решений и направлении дела на новое рассмотрение не только противоречило закону, но и исключало возможность принятия основанного на законе нового решения и в силу этого подлежало отмене Президиумом ВАС РФ как высшей судебной инстанцией.

«Для разрешения данного дела не имело юридического значения и то обстоятельство, что, по утверждению ответчика, его финансовое состояние на конец 2001 г. улучшилось. Следует иметь в виду, что основанием ликвидации юридического лица является факт уменьшения стоимости его чистых активов в сравнении с определенным законом минимальным размером уставного ка-

питала этого юридического лица. По исковому требованию и по судебному решению, вступившему в законную силу в 2001 г., основанием для ликвидации ответчика были итоги финансовой деятельности в 1998, 1999 и 2000 гг.» Ну что ж, в формализме ВАС РФ не откажешь.

А дальше ответ пресс-службы уже немного истеричен. Говорится, что «обвинения в адрес Президиума в части чрезмерной скорости рассмотрения дела в порядке надзора, во-первых, лишены каких-либо правовых оснований», а во-вторых, неверны, потому что обычной практикой в деятельности ВАС РФ является оперативное устранение очевидных нарушений закона, допущенных нижестоящей судебной инстанцией, особенно в тех случаях, когда без законных оснований дело направляется на новое рассмотрение и тем самым, кроме неустраненных нарушений закона, исключающих правильное рассмотрение дела, допускается еще и судебная волокита. Пожалуй, мы не станем искать примеров неоперативных устранений очевидных нарушений закона, наверняка их не существует.

«Судьи ВАС РФ в данном случае, как и во всех других, руководствовались исключительно законом, и в их действиях отсутствовали какие-либо иные мотивы. Они не имели в виду посягать на деятельность творческого коллектива, пользующегося уважением по профессиональному уровню его деятельности». Лучше не скажешь. Интересно только, каким образом творческий коллектив «ТВ-6 Москва» после решения, вынесенного ВАС РФ, мог продолжать осуществлять свою профессиональную деятельность, на которую конечно же никто не имел в виду посягать? Впрочем, это уже не забота суда...

Д. Шарафетдинова,

студентка 5-го курса экономико-правового отделения юридического факультета
Международного юридического института
при Министерстве юстиции Российской Федерации

ДЕЛО «ТРЕХ КИТОВ»

Универсальная цель судебной власти в современном мире состоит в обеспечении охраны прав и свобод человека, в том числе и прежде всего от антиправовых действий и решений властных структур. Если такие действия и решения нельзя оспорить перед независимой судебной инстанцией, то открыта дорога произволу. Признание самостоятельной и независимой судебной власти — это акт самоограничения государства, исходящего из приоритета такой ценности, как права и свободы человека¹.

Статья 10 Конституции Российской Федерации провозглашает принцип разделения властей на законодательную, исполнительную и судебную, каждая из которых является самостоятельной и независимой. Прошло 14 лет с тех пор, как Верховный Совет РСФСР одобрил Концепцию судебной реформы. За это время создан Конституционный Суд Российской Федерации и конституционные (уставные) суды субъектов Федерации, возрожден институт присяжных заседателей, мировых судей, введен судебный контроль над правоммерностью заключения граждан под стражу, существенному реформированию подверглось законодательство. Однако следует признать, что в ходе судебной реформы судебная власть в России так и не стала самостоятельной ветвью государственной власти.

Взглянув на историю России и историю Западной Европы, с которой Россию часто сравнивают, в том числе с точки зрения развития правовой системы и правовых институтов, становится очевидным, что уровень этого развития не может быть одинаковым. Согласно одному из основных постулатов учения о социалистическом государстве и праве, право и его институты были не более чем средством решения стоящих перед таким государством задач. Уничтожив в 1918 году Декретом № 1 «буржуазный» суд, правящая партия в 1922 году соз-

¹ *Морцакова Т.Г.* Кризис правосудия : Чему должна и кому не должна служить судебная власть // Политический журнал. 2004. № 8 (11).

дала «пролетарский» суд как тотально контролируемый и управляемый механизм, являющийся в свою очередь частью («винтиком») единой государственной машины диктатуры одной партии. Как отмечал В. Буков в работе «Суд и общество в советской России»: «...свое место в общем фронте борьбы судьи, а тем более руководители судебной системы, знали так же твердо, как и основную задачу классового пролетарского правосудия: оберегать общее, жертвуя частным»¹.

Интересно проследить, как в языке, словно на лакмусовой бумаге, отразилось отношение общества к тем или иным событиям и явлениям. В частности, применительно к нашей теме: «...до судебной реформы 1922 года использовались такие словосочетания (писавшиеся с прописных букв!) как "Народный Судья", "Судебный деятель", а сама деятельность судьи называлась "судейское поприще", а после упомянутой выше реформы повсеместно употребляемыми становятся словосочетания, несущие в себе совершенно иной смысл — судебный работник (судработник, судработа), а то и вообще нечто совершенно фантастическое: судмолодняк»².

Возможно, после длительного исторического периода отсутствия демократического государства прошло слишком мало времени для того, чтобы воплотить в жизнь теорию разделения властей, создать самостоятельную, независимую судебную власть, имманентно присущую правовому государству. Но при этом важно, в каком направлении продолжается эволюция государства и общества: совершенствуется ли независимая судебная власть либо имеет место «откат» и проводятся контрреформы. Понять это можно, исследуя действующее законодательство и правоприменительную практику, в том числе изучая конкретные судебные дела.

Как известно, судебной власти должны быть присущи такие необходимые признаки, как полнота, т.е. широкие полномочия по рассмотрению любых правовых конфликтов, независимость (не только от сторон в споре, но и от любых других государственно-властных и социальных инстанций), наконец — результирующий признак — высокий авторитет. Если данные характеристики отсутствуют, то невозможно гарантировать ни достижение цели, ради которой учреждаются суды, ни беспристрастность, ни правомерность, ни профессионализм при рассмотрении и разрешении дел в судах.

Для России, как члена мирового сообщества, в силу ее международных договоров и собственной конституции являются обязательными общепризнанные международные принципы и нормы, включая существующие в современном мире стандарты правосудия. Как отмечают исследователи, конституци-

¹ Буков В.А. Суд и общество в советской России: у истоков тоталитаризма. М.: Изд-во Российской правовой академии Минюста России, 1992. С. 119.

² Там же.

онная модель российского правосудия полностью соответствует международным стандартам демократических государств, в соответствии с которыми правосудие признается самым цивилизованным и надежным способом определения прав и обязанностей субъектов при разрешении правовых конфликтов, в том числе с государством. Конституция России формулирует в качестве цели правосудия обеспечение прав и свобод во всех сферах жизни, а не защиту каких-то абстрактных общественных и государственных интересов — последние признаются постольку, поскольку служат интересам людей. Конституция недвусмысленно требует от государства признания самостоятельности и независимости судебной власти, осуществляющей правосудие. Данный политико-правовой подход несовместим с «командованием» судами, и на конституционном уровне предусмотрены гарантии такого положения для судов и граждан в судах. Гарантии включают: особый правовой статус судей, в том числе их несменяемость и неприкосновенность с тем, чтобы судьи не были вынуждены реагировать на чьи-то указания и любое вмешательство со стороны; обособленность судов в организационном отношении от других институтов государственной власти; финансирование деятельности судов в полном объеме из федерального бюджета; запрет руководства и контроля по отношению к судам в каких бы то ни было формах, кроме предусмотренной процессуальным законом проверки их решений вышестоящими инстанциями с целью исправить судебную ошибку.

К сожалению, сегодня эти гарантии зачастую носят декларативный характер. Показательным в отношении того, как правовые принципы и нормы закона применяются на практике, является дело о контрабанде мебели в торговом центре «Три кита»¹.

Дело «Трех китов»: фабула

Это уникальное дело тянется с 2000 года, и чем глубже в него погружаешься, тем становится яснее — оно не просто о контрабанде, пусть даже в особо крупных размерах. Это дело о кризисе и бесконтрольности российских правоохранительных органов.

¹ При подготовке статьи автор использовал нормативно-правовую базу и комментарии к ней, содержащиеся в справочной правовой системе «Консультант Плюс»; новостные и аналитические источники: Российское агентство международной информации «РИА Новости», электронные средства массовой информации «Лента.ру», «Известия.RU», «Политический журнал», «Полит.РУ», а также электронные СМИ на www.kommersant.ru, юридический портал lawmix.ru, архивы передач радиостанции «Эхо Москвы», Compromat.Ru (домашняя библиотека компромата Сергея Горшкова), официальные сайты партий «Единая Россия» и «Яблоко», архив новостей сайта гуманитарного фонда «Байкал, Третье Тысячелетие» и др. (www.rian.ru; www.lenta.ru; www.Известия.ru; www.politjournal.ru; www.polit.ru; www.kommersant.ru; www.lawmix.ru; www.echo.msk.ru; www.compromat.ru; www.edinros.ru; www.yabloko.ru).

В свое время Юрий Щекочихин, будучи заместителем главного редактора «Новой газеты», писал: «Это не история о столах и стульях, это совсем другая история, напрямую указывающая на то, в каком пространстве жизни, современной истории, избранного президента и парламента и назначенных чиновников оказалась Россия. "Три кита" — знаковое дело для нашего времени! Знаковое для Государственной думы: Комитет по безопасности посвятил ему целое заседание, а сама Дума направила десятки писем в адрес Генеральной прокуратуры. Знаковое для Европы и Америки: там, у них, где арестовывают западных партнеров "Трех китов", все еще безуспешно ждут ответов на свои следственные поручения от наших МВД и Генеральной прокуратуры. Знаковое для нашего правосудия — только не повторяйте мне все эти сказки про независимость судей и про то, что "только суд может назвать человека виновным": пока дождешься этого настоящего суда, документы уголовного дела будут уничтожены, свидетели — запуганы или убиты, а сами следователи — или осуждены, или уйдут, отчаявшись пробить эту стену»¹.

«Мебельное дело» сопровождалось грандиозным коррупционным скандалом. Его закрывали и вновь возобновляли. Следователей, которые его вели, отстраняли, судили, оправдывали и вновь судили. На судей давили, их освобождали от должности. Более 20 руководителей и высокопоставленных сотрудников различных правоохранительных ведомств и чиновников исполнительной власти, заподозренных во вмешательстве в конфликт из корыстных соображений, лишились своих постов. Двое фигурантов этого дела были убиты. И вот почти восьмилетнее расследование завершено. Но было ли оно всесторонним и объективным, как того требует закон? Есть ощущение, что одни эпизоды дела выставлены на передний план (и широко освещены в СМИ), а другие теряются среди второстепенных деталей и отработанных версий. Напомним кратко фабулу дела.

Все начиналось с агентурной информации о том, что через Одинцовскую таможенную Московской области из Италии, Испании, Германии поступают контейнеры с мебелью, вес которых в таможенных декларациях неоправданно занижен. Например, контейнер на 20 тонн, а груз в нем заявлен на 2–4 тонны. В запрошенных у перевозчика мебели, известной в мире фирмы «Майерск», документах указывалось, что загрузка контейнера полная, 16–20 тонн. С декабря 1999 по август 2000 года из-за границы приходили крупные поставки мебели на адрес общества с ограниченной ответственностью «Лига Марс». При этом 7 апреля 2000 года Арбитражный суд г. Москвы постановил, что регистрация этого общества была незаконной. Оперативные службы таможни, выставив наружное наблюдение, выяснили, что свозят

¹ *Щекочихин Ю.П.* Дело о «Трех китах»: судье угрожают, прокурора изолировали, свидетеля убили. URL: http://www.yabloko.ru/Publ/2003/2003_06/030602_novg_schekoch.html.

мебель в огромное помещение, которое использовали под склады мебельных центров «Гранд» и «Три кита».

Правоохранительные органы Государственного таможенного комитета (ГТК) России начали расследование дела о ввозе контрабандной мебели на территорию Российской Федерации и завели уголовные дела. Было установлено: общество «Лига Марс» — подставная фирма. Ее реквизиты, а также нескольких других подобных компаний «Гранд» и «Три кита» использовали для контрабандных операций с перевозкой мебели. В «Трех китах» обнаружили таможенные декларации с поддельными сертификатами. Из Германии были привезены подтверждения того, что документы на поставляемую мебель подделывались. Была вскрыта целая система незаконных операций, в результате которых государство недополучило 20 миллионов рублей. После первых скандалов о «мебельном деле» надолго замолчали, хотя сам сюжет продолжал развиваться.

Дело «Трех китов»: следствие

В начале сентября 2000 года было возбуждено дело по факту контрабанды двух партий мебели. 20 октября 2000 года оно поступило в Следственный комитет при МВД России и попало к следователю Павлу Зайцеву. Подтвердилось не только использование изощренных контрабандных схем — появилась информация о десятках миллионов долларов сомнительного происхождения, полученных от зарубежных фирм. Эти деньги фигурировали в еще более заметном международном скандале с отмыванием денег крупных российских чиновников и бизнесменов через Bank of New York¹. После того как в деле появились документальные данные о причастности к этому скандалу высокопоставленных сотрудников центрального аппарата Федеральной службы безопасности (следы потянулись в президентскую администрацию и к торговле оружием), Генеральная прокуратура изъяла дело из ведения Следственного комитета. Впоследствии от пары сотен томов останутся только двадцать. Из дела исчезнут важнейшие документы, свидетельствующие против контрабандистов из высшего эшелона российских правоохранительных ведомств (в данном случае, правда, уместнее будет сказать «правоохранительных»).

Генеральной прокуратурой было прекращено уголовное дело о многомиллионной контрабанде мебели (!) и возбуждено уголовное дело по части 1 статьи 286 и части 1 статьи 301 УК РФ против следователя Зайцева. Вот что 28 июня 2001 года писал первый заместитель генерального прокурора Юрий

¹ URL: <http://www.compromat.ru>.

Бирюков Борису Грызлову, бывшему в то время министром внутренних дел: «Причастности руководителей ООО "Лига Марс" и торгового центра "Три кита" к совершению преступления не установлено. 07 мая 2001 года данное уголовное дело прекращено. Принятое решение является законным и обоснованным». А вот письмо Бирюкова от 30 августа 2001 года председателю Комитета Государственной Думы по безопасности Александру Гурову: «Уголовное дело прекращено на основании п. 2 ст. 5 УПК РСФСР, т.е. за отсутствием состава преступления. Решение принято законно и обоснованно». На запрос думской комиссии по борьбе с коррупцией Юрий Бирюков ответил: «В ходе расследования уголовного дела, возбужденного по признакам контрабанды, причастности руководителей ООО "Лига Марс" и торгового центра "Три кита" к совершению преступления не установлено. При этом выявлены факты превышения должностных полномочий со стороны следователя Зайцева П.В. Ему предъявлено обвинение. Обстоятельства дела Зайцева исследованы всесторонне, полно и объективно. Каких-либо нарушений уголовно-процессуального законодательства не допущено»¹.

Как отмечает депутат Государственной Думы, член президиума Российского национального антикоррупционного комитета Борис Резник, в простом и ясном деле Зайцева ярко высвечивается правовая и нравственная коррозия, основательно поразившая правоохранительные органы и судебную систему страны, включая их высшие сферы. Отчетливо обозначенный корыстный интерес вполне конкретных высоких должностных лиц Генеральной прокуратуры в «решении вопросов» по делу «Трех китов» и «Гранда» был настолько очевиден, что Грызлов открыто написал об этом бывшему генеральному прокурору Владимиру Устинову: «Активное проведение следственных действий и оперативно-розыскных мероприятий, изъятие документов, избобличающих членов организованного преступного формирования в совершении тяжких преступлений, привело к организации жесткого противодействия объективному расследованию дела. Как свидетельствуют результаты оперативно-технических мероприятий, для нейтрализации работы следователей и оперативных сотрудников члены преступного формирования использовали сотрудников центрального аппарата Генеральной прокуратуры Российской Федерации для прекращения расследования дела, искажения полученных доказательств с последующим увольнением сотрудников из органов внутренних дел и возбуждением в отношении них уголовного преследования»². Как говорить, комментарии излишни.

Хотелось бы подробнее остановиться на этом эпизоде дела «Трех китов», поскольку он является ярчайшей иллюстрацией произвола и кризиса в сфере

¹ URL: <http://3mill.ru> (Гуманитарный фонд «Байкал III тысячелетие»).

² URL: <http://www.eg-duma.ru> (сайт фракции «Единая Россия»).

правосудия, а также того, что публичные высказывания политиков высшего уровня о диктатуре и верховенстве закона мало соответствуют происходящему в реальной жизни.

Руководство Генеральной прокуратуры направило в процесс по пустому и сфабрикованному делу следователя Зайцева сразу двух своих представителей¹. Успех мог быть только в том случае, если суд закрыл бы глаза на подтасовку фактов, на бесчисленные процессуальные нарушения. Генеральная прокуратура однажды уже потерпела фиаско по делу Зайцева в Мосгорсуде. Тогда, в сентябре 2002 года, председательствующая в процессе судья Марина Комарова быстро разобралась в деле и оправдала Зайцева по всем пунктам обвинения. Генеральная прокуратура не без труда опротестовала приговор в Верховном Суде.

В связи с этим уместно заметить, что согласно имеющимся статистическим данным по уголовным делам практически нет оправдательных приговоров. Но даже в тех редчайших (менее одного процента) случаях, когда подсудимого оправдывают вопреки позиции прокуратуры, после обжалования в более чем в 50% случаев вышестоящий суд отменяет оправдательный приговор. Многие исследователи отмечают, что так называемый обвинительный уклон до сих пор остается проблемой для российского правосудия на всем постсоветском этапе его существования².

Дело Зайцева приняла к своему производству судья Мосгорсуда Ольга Кудешкина — федеральный судья с 20-летним стажем. В протоколе судебного заседания зафиксировано, что государственный обвинитель — представитель Генеральной прокуратуры предпринимал все меры к тому, чтобы представленные им доказательства были исследованы в суде только в выгодном для обвинения ракурсе. Когда государственный обвинитель убедился, что суд исследует доказательства объективно и беспристрастно, он стал срывать процесс: заявлять ходатайства об отложении дела под предлогом его участия в «более важных делах»; в нарушение требований закона отказался выполнять свои обязанности по предоставлению доказательств; по надуманным основаниям стал заявлять отводы судье Кудешкиной, народным заседателям, всему составу суда, причем, как отмечено, делал это в оскорбительной форме. При этом обстоятельства, на которые он ссылался, явно не соответствовали тому, что происходило в процессе (об этом заявили все участники судебного процесса, в том числе потерпевшие).

Но все же не поведение государственного обвинителя повлияло на ход процесса. Ведь согласно статье 258 УПК РФ в случае нарушения порядка в судебном заседании обвинителем и его неподчинения распоряжениям предсе-

¹ URL: <http://www.kompromat.flb.ru>.

² См.: *Хомяков. Г.А.* Судебная реформа в Российской Федерации. Роль и место суда в административном правовом регулировании ветвей государственной власти в Российской Федерации. М., 2001.

дательствующего суд может (если нельзя без ущерба для уголовного дела заменить обвинителя) отложить слушание уголовного дела. Одновременно суд должен сообщить об этом вышестоящему прокурору, указав на недопустимость подобного поведения. Во время судебного заседания по делу Зайцева совершенно безосновательно были заявлены отводы сначала председательствующему, потом народным заседателям, потом всему составу суда. Когда отводы были отклонены, Кудешкину вызвала к себе председатель Мосгорсуда О.А. Егорова.

Вот как об этом визите в кабинет председателя Мосгорсуда и о последующих событиях пишет сама Кудешкина в своем обращении в Высшую квалификационную коллегия судей: «Нарушая статью 120 Конституции РФ и статью 10 Закона "О статусе судей в Российской Федерации", Председатель Мосгорсуда потребовала от меня объяснений о причинах, по которым я и народные заседатели в ходе процесса задают потерпевшим те или иные вопросы, принимают именно такие, а не иные решения в связи с ходатайствами сторон. При мне Председатель вела телефонные переговоры, как я поняла с ее слов, с первым заместителем Генерального прокурора Бирюковым, утвердившим обвинительное заключение по делу Зайцева. Председатель информировала Бирюкова, что судья вызван ею для выяснения происходящего в процессе. Вернувшись к себе в кабинет, я рассказала о происшедшем народным заседателям. К этому времени они, доведенные до предела неоднократными немотивированными протестами, оскорбительными отводами со стороны гособвинения, сочли для себя невозможным далее участвовать в судебном заседании. В связи с ухудшением состояния здоровья народный заседатель Иванова вынуждена была обратиться за медицинской помощью. По этим причинам они приняли решение заявить себе самоотвод, а в заявлениях о самоотводе прямо указать, что причиной такого их решения служит оказание на них давления представителями Генеральной прокуратуры. На следующем судебном заседании такой самоотвод с вышеуказанной мотивировкой был ими заявлен, а письменные заявления по этому поводу народные заседатели передали мне для приобщения к делу, после чего суд удалился на совещание.

Из совещательной комнаты меня вновь вызвала Председатель. На сей раз она потребовала объяснений — почему мы находимся в совещательной комнате и какие решения собираемся принять. Главное же — она настаивала, чтобы в деле не было письменных заявлений народных заседателей о том, что причиной их самоотвода послужило оказываемое на суд давление. Председатель настаивала также и на том, чтобы в протоколе судебного заседания не было отражено поведение государственного обвинителя, которое народные заседатели расценили как давление на суд. По существу, она толкала меня на фальсификацию материалов дела. Кроме того, она предложила мне сделать

так, чтобы народные заседатели больше не являлись в процесс, мол, попросите их больше не приходиться в суд. Цель такого предложения ясна: народные заседатели не явятся — и процесс сорвется сам собой. Видимо, по каким-то причинам дальнейшее рассмотрение дела этим составом суда было ей не нужно. Противозаконность действий Председателя Мосгорсуда очевидна. Назначенная на должность с грубым нарушением требований закона, она попирает нормы законодательства и судебной этики, вмешиваясь в деятельность судей по осуществлению правосудия, рекомендует им принимать "правильные", на ее взгляд, решения, независимо от степени их законности. Есть все основания полагать, что такое поведение стало возможным благодаря покровительству некоторых должностных лиц из Администрации Президента. Собственно, она этого и не скрывает. Ни одно из ее указаний я не выполнила — заявления народных заседателей были приобщены к делу, суд вынес определение об удовлетворении их самоотвода, указав причину этого — давление со стороны Генпрокуратуры. Без объяснения причин, в нарушение требований закона Председатель изъяла дело из моего производства и передала на рассмотрение другому судье»¹. Перечисленные выше действия председателя Московского городского суда полностью противоречат статье 10 Закона «О статусе судей в Российской Федерации», которая гласит, что «всякое вмешательство в деятельность суда по осуществлению правосудия преследуется по закону».

Квалификационная коллегия судей Москвы досрочно прекратила полномочия судьи Кудешкиной и лишила ее 1-го квалификационного класса судьи за то, что она «распространяла заведомо ложные, надуманные и оскорбительные измышления в адрес судей и судебной системы Российской Федерации, умалив авторитет и подорвав престиж судебной власти».

В 2004 году, исчерпав все имеющиеся внутригосударственные средства правовой защиты, Кудешкина направила жалобу в Европейский суд по правам человека в Страсбурге. 26 февраля 2009 года ЕСПЧ официально подтвердил, что лишённая судебной полномочий судья Мосгорсуда Ольга Кудешкина выиграла процесс против России, и обязал Россию выплатить освобожденной от должности судье 10 тысяч евро². Страсбургский суд признал, что в отношении Кудешкиной была нарушена 10 статья Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, гарантирующая свободу выражения мнения.

¹ Кудешкина О.Б. Открытое письмо президенту РФ В.В. Путину «Есть ли в России независимый суд?» URL: <http://www.iamik.ru>.

² URL: <http://www.kommersant.ru>.

Дело «Трех китов»: судебное разбирательство

3 ноября 2003 года Московский городской суд осудил Зайцева по части 1 статьи 286 УК РФ (за превышение должностных полномочий) и назначил ему наказание в виде двух лет лишения свободы с испытательным сроком в один год. 10 августа 2004 года судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда приговор Московского городского суда в отношении Зайцева оставила без изменения, вместе с тем, как сообщалось в СМИ, судья Верховного Суда, председательствующий по делу, выразил особое мнение, в котором указал, что в действиях Зайцева нет состава преступления, предусмотренного частью 1 статьи 286 УК РФ¹.

В марте 2002 года дело о контрабанде мебели возобновляется на основании депутатского запроса президенту, инициированного Комитетом Госдумы по безопасности. Как сообщалось в СМИ, расследование под свой контроль взял президент В.В. Путин, а руководителем следственной группы был назначен Владимир Лоскутов — первый заместитель начальника отдела по расследованию особо важных дел прокуратуры Ленинградской области. Но даже тогда видимых успехов не наблюдалось несколько лет.

В июне 2006 года Басманный суд Москвы по ходатайству Генеральной прокуратуры выдает санкцию на арест пятерых фигурантов мебельного дела — фактического руководителя торговых центров Сергея Зуева и его партнеров Андрея Саенко, Андрея Латушкина, супругов Павла и Ирины Подсотских.

Защита Зуева подает кассационную жалобу на решение Басманного суда, в которой просит признать его незаконным и необоснованным и отменить, указывая на то, что суд принял его в отсутствие каких-либо оснований для избрания такой меры пресечения, как заключение под стражу. Отмечу, что в соответствии с УПК РФ заключение под стражу в качестве меры пресечения применяется только при невозможности применения иной, более мягкой, меры пресечения. В кассационной жалобе адвокаты резонно отметили, что Басманный суд не принял во внимание при выдаче санкции на арест сотрудничество Зуева со следствием, его возраст, наличие постоянного места жительства, а также несовершеннолетних детей и престарелых родителей, которые находятся на его иждивении (в соответствии со статьей 99 УПК РФ при решении вопроса о необходимости избрания меры пресечения и ее вида все это должно учитываться судом). Несмотря на это, Московским городским судом (вышестоящей инстанцией) было принято решение об оставлении решения Басманного суда об аресте без изменения, а жалобы — без удовлетворения².

¹ См.: Кудешкина О.Б. Открытое письмо президенту РФ В.В. Путину ...

² URL: <http://www.izvestia.ru>.

Более полутора лет Зуев находится в тюрьме, притом что вина его не доказана, остается лишь надеяться, что доказаны основания для избрания подобной меры пресечения...

Весной 2007 года Генеральная прокуратура предъявила обвиняемым материалы уголовного дела для ознакомления. Уголовное дело насчитывает 530 томов. Генпрокуратура настаивала на ограничении срока ознакомления Зуева с делом до 24 августа 2007 года (хотя для ознакомления они были предоставлены весной того же года), несмотря на то что на основании пункта 3 статьи 217 УПК РФ обвиняемый и его защитник не могут быть ограничены во времени, необходимом для ознакомления с материалами уголовного дела. Определенный срок может устанавливаться только в случае, если содержащийся под стражей обвиняемый и его защитник явно затягивают время ознакомления с материалами уголовного дела. Басманный суд 13 июля, руководствуясь положениями закона, отказался удовлетворить ходатайство Генеральной прокуратуры об ограничении сроков ознакомления с материалами дела. Однако Генеральная прокуратура обжаловала решение Басманного суда в Московском городском суде, который в свою очередь признал законным ограничение обвиняемого Зуева в сроках ознакомления с делом до 24 декабря. Зуев не стал подписывать протокол об ознакомлении с материалами дела, поскольку его защитники сочли решение Московского городского суда незаконным и необоснованным: ни один нормальный человек не в состоянии прочесть 100 тысяч страниц за такое короткое время. Они намерены оспорить это решение в международных судебных инстанциях, в том числе в Европейском суде по правам человека.

После того как следствие было окончено, возник спор о подсудности данного дела. Известно, что если преступления совершены в разных местах, то уголовное дело должно рассматриваться судом, юрисдикция которого распространяется на то место, где совершено большинство расследованных по данному уголовному делу преступлений. Большинство из вменяемых преступлений, было совершено на территории Санкт-Петербурга. Однако по каким-то причинам 28 декабря 2007 года Генеральная прокуратура передала дело в Наро-Фоминский городской суд Подмосковья. Защита Сергея Зуева заявила ходатайство о переносе дела по территориальной подсудности в Санкт-Петербург. Несмотря на давление, которое оказывалось на председателя Наро-Фоминского городского суда Сергея Деменьшина из областной прокуратуры (к чести судьи, он пригрозил отставкой, если давление не прекратится), суд, следуя указаниям закона, удовлетворил ходатайство защиты и направил дело в Кировский суд Санкт-Петербурга. В постановлении говорится, что моментом окончания преступления является фактическое пересечение таможенной границы, а из обвинительного заключения в свою очередь следует, что контейнеры с контрабандным товаром были перемещены через морской торговый порт города Санкт-Петербурга. Еще один аргумент: в Наро-Фоминском районе проживают лишь 45 участников уго-

ловного судопроизводства из 364, проходящих по данному делу. Все эти доводы согласуются со статьей 32 УПК РФ, в соответствии с которой территориальная подсудность этого уголовного дела относится к Санкт-Петербургу.

Можно было бы считать разговоры о давлении на суд вымыслом. Однако после того, как Наро-Фоминский суд (первая инстанция) принял решение направить дело в Санкт-Петербург, Генеральная прокуратура подала в Московский областной суд (вышестоящая инстанция) кассационное представление на решение Наро-Фоминского суда. Московский областной суд отменил решение Наро-Фоминского суда (!), удовлетворив кассационное представление Генеральной прокуратуры.

Согласно статье 35 УПК РФ территориальная подсудность может быть изменена в двух случаях: либо по ходатайству стороны — в случае удовлетворения заявленного ею отвода всему составу соответствующего суда (чего не было сделано), либо по инициативе председателя суда, в который поступило уголовное дело. В свою очередь, инициатива председателя суда возможна тоже в двух случаях: если все судьи данного суда ранее принимали участие в производстве по рассматриваемому уголовному делу, что является основанием для их отвода; если не все участники уголовного судопроизводства по данному уголовному делу проживают на территории, на которую распространяется юрисдикция данного суда, и все обвиняемые согласны на изменение территориальной подсудности данного уголовного дела. Решение Московского областного суда не соответствует ни одному из указанных в законе условий.

29 апреля 2008 года в Наро-Фоминском суде было проведено предварительное слушание по делу о контрабанде мебели «Три кита». Правда, ни один из высокопоставленных фигурантов скандала перед судом так и не предстал.

На предварительном слушании защита Зуева заявила ряд ходатайств, например ходатайство о возвращении дела прокурору (статья 237 УПК РФ) и ходатайство о допросе всех высокопоставленных чиновников таможи и органов государственной власти, причастных к этому делу (пункт 8, статья 234 УПК РФ). Полищук, адвокат обвиняемого Зуева, заявил, что следствие сознательно умалчивает о существовании данной причастности, вот выдержка из одного интервью: «Было объявлено на всю страну то, что люди участвовали в деле "Трех китов", проходят по этому делу. А сейчас мы вышли на финальную стадию, и этих людей там нет, в этом деле. И получается, что задается вопрос, а что же 8 лет мы расследовали?»¹. Вопрос риторический, если, как мы помним, при изъятии материалов дела Генеральной прокуратурой из него исчезли прямые доказательства против высокопоставленных контрабандистов, прямые показания, документы, записные книжки...

Кроме того, защита настаивала на изменении меры пресечения, исключе-

¹ URL: <http://www.echo.msk.ru/programs/razvorot/55490/>.

нии ряда доказательств по делу. Наро-Фоминский суд отклонил все ходатайства, представленные защитой.

Безусловно, удовлетворять ходатайство или нет — прерогатива суда, но сложно в данном случае не обратить внимание на определенную тенденциозность, даже если верить в отсутствие политической ангажированности и в то, что давление на суд не оказывалось.

15 января 2008 года следственный комитет при Генеральной прокуратуре официально завершил следствие по делу «Трех китов», которое велось в течение восьми лет. Всего по этому делу проходят девять обвиняемых, деяния которых квалифицированы следственными органами Генеральной прокуратуры по части 4 статьи 188 УК РФ (контрабанда, совершенная организованной преступной группой). Кроме того, некоторым фигурантам дела вменяется часть 3 статьи 174 УК РФ (легализация денежных средств или иного имущества, приобретенных преступным путем) и часть 2 статьи 194 УК РФ (уклонение от уплаты таможенных платежей, взимаемых с организации или физического лица). Первая статья предусматривает наказание сроком до 12 лет лишения свободы, вторая — до восьми, а третья — до пяти лет. Все обвиняемые своей вины не признают.

Дело «Трех китов»: комментарии

Исследование действующего законодательства и правоприменительной практики дает основание утверждать, что современная судебная система в России все более отдаляется не только от идеала правового государства и европейских стандартов в области правосудия, но и от норм действующей Конституции и федеральных конституционных законов. Отметим самые болевые точки.

Сверхполномочия председателей судов всех уровней в отношении судей

Председатели играют главную роль при определении карьеры и реального статуса судьи. Их мнение является решающим в вопросах привлечения судьи к ответственности, получения им квалификационных классов, обеспечения жильем, удаления с должности. Чаще всего именно председатель суда выбирает судью для рассмотрения того или иного поступившего в суд дела, что явно нарушает или ограничивает гарантии законного, т.е. определенного на основе закона, судьи для каждого дела в качестве неперемennого условия независимого и беспристрастного правосудия.

Такое устройство судейской бюрократии удобно политическому руководству, поскольку установлена прямая зависимость председателей и заместителей председателей всех судов от президентской власти.

В то же время политики высшего уровня заявляют о том, что «независимость судебной власти — это не почетная привилегия, а необходимое условие выполнения ею своей конституционной функции в системе разделения властей»¹, что там, «где вершится правосудие, нарушения законов просто недопустимы»².

Не будем забывать, что правовая система общества оценивается с точки зрения эффективности независимой от давления государства, влиятельных частных организаций и личностей судебной системы, которая беспристрастно может обеспечить защиту нарушенных прав.

Коррупционность судей

Это одна из самых злободневных судебных проблем. Председатель Конституционного суда Российской Федерации Валерий Зорькин, например, со страниц «Известий» утверждал: «Мздоимство в судах стало одним из самых мощных коррупционных рынков»³, а бывший полпред президента в Южном федеральном округе Дмитрий Козак отмечал: «Та ситуация, которая складывается сегодня в судебной системе, носит катастрофический, угрожающий характер. Люди убеждены, что эта система поражена коррупцией и правды там найти невозможно»⁴.

В книге М.А. Краснова, Е.А. Мишиной «Открытые глаза российской Фемиды» авторы обращают внимание на то, что сегодня общее направление правового регулирования судебной организации и судебной деятельности отвечает концепции контроля в ущерб независимости. Это ярко проявляется в регулировании правового статуса судей, начиная с прохождения конкурса для назначения на судебскую должность и заканчивая условиями выхода в отставку. Законодателем был серьезно изменен статус действующего судебского корпуса. Законодательно запрограммирована легкость лишения судебской должности. Так, установлена возможность увольнения судьи с должности при отсутствии каких-либо порочащих оснований и даже против его желания в связи с реорганизацией или упразднением судов — нововведение явно противоречащее принципу несменяемости. Кроме того, с 2001 года снова введена существовавшая в советские времена дисциплинарная и административная ответственность судей, облегчена процедура их привлечения к ответственности.

В соответствии с пунктом 1.1 Европейской хартии о законе «О статусе судей» от 10 июля 1998 года «в национальные законы не могут вноситься изменения, направленные на снижение уровня гарантий, уже достигнутых в соот-

¹ Путин В.В. Выступление на Съезде судей 30 ноября 2004 года.
URL: <http://www.fian.ru/politics/20041130>.

² Назарбаев Н. Выступление на IV съезде судей Казахстана. URL: <http://www.zakon.kz>.
URL: <http://www.izvestia.ru/comment/article575189/>.

⁴ URL: <http://www.polit.ru/news/2005/01/27>.

ветствующих странах». Введение в России после двадцатилетнего перерыва административной ответственности судей этому положению хартии прямо противоречит, поскольку подрывает установленные ранее гарантии независимости и неприкосновенности судей¹.

Что же касается дисциплинарной ответственности судей, то необходимо упорядочить ее правовое регулирование. Пока нормы об ответственности судей рассредоточены по нескольким актам различного уровня, включая постановления Пленума Верховного Суда РФ. Кроме того, действующий перечень мер ответственности судей не позволяет гибко реагировать на проступки адекватно их тяжести, что вынуждает квалификационные коллегии прибегать к «неформальным» мерам воздействия, таким как «предупредить о недопустимости», «ограничиться обсуждением»².

Неправильное применение судами такой меры пресечения, как заключение под стражу

По данным Министерства юстиции, ежегодно в России аресту подвергаются до 600 тыс. человек, и эта цифра с каждым годом растет³. Спустя 4–6 месяцев освобождается каждый четвертый — либо в силу назначения наказания, не связанного с лишением свободы, либо вследствие замены ареста на более мягкую меру пресечения. Статья 22 Конституции РФ гласит: «Каждый имеет право на свободу и личную неприкосновенность». Это право состоит из ряда правомочий, одно из которых — знать, по какому основанию, указанному в уголовно-процессуальном законе, по каким мотивам, в силу каких фактических обстоятельств обвинение считает необходимым подвергнуть обвиняемого такой мере пресечения, как заключение под стражу.

Согласно статье 97 УПК РФ меры пресечения имеют целью предотвращение:

- сокрытия от дознания, предварительного следствия или суда;
- возможного продолжения занятия преступной деятельностью;
- угроз свидетелям, иным участникам уголовного судопроизводства;
- иного воспрепятствования производству по уголовному делу.

Исходя из этих целей подлежат доказыванию обстоятельства, которые являются основаниями избрания меры пресечения. Обвинение должно доказывать, что опасность наступления перечисленных обстоятельств существует.

Судья Конституционного Суда РФ Г.А. Гаджиев в этой связи обращает особое внимание на понятие конституционного статуса обвиняемого, в отно-

¹ См.: Адушкин Ю., Жидков В. Дисциплинарная и административная ответственность судей: за и против. URL: <http://www.lawmix.ru>.

² Там же.

³ См.: Ахметсафин Ш.Ш. Проблема законности и обоснованности избрания меры пресечения в виде заключения под стражу в уголовном процессе. URL: <http://www.tisbi.ru>.

шении которого применяется такая мера пресечения, как заключение под стражу на стадиях уголовного судопроизводства, следующих за окончанием предварительного расследования и направлением уголовного дела в суд. Приведу выдержку из особого мнения Г.А. Гаджиева: «Помимо конституционного права на личную неприкосновенность, составляющего ядро конституционного статуса обвиняемого, в его структуре присутствуют конституционные принципы соразмерности (пропорциональности, правовой определенности, состязательности и равноправия сторон). Принцип соразмерности (пропорциональности) позволяет решить философско-правовой вопрос о том, какая конституционная ценность подлежит государственной защите — право человека на личную неприкосновенность или обязанность государства обеспечить защиту прав других лиц, применяя для этого меры пресечения в виде лишения свободы. Способом снятия этого противоречия должна быть законодательная регламентация процедуры лишения свободы, основанная на конституционном принципе недопустимости чрезмерных ограничений субъективных прав (часть 3 статьи 55 Конституции РФ). Исходя из этого принципа, применяя нормы Уголовно-процессуального кодекса РФ о мерах пресечения, приводящих к лишению свободы, суд должен учитывать, что применение таких мер будет соответствовать их конституционному смыслу лишь при наличии каких-либо оснований, перечисленных в части 3 статьи 55 Конституции РФ (в частности, такого основания, как учет прав и законных интересов других лиц)»¹.

Поэтому, принимая решение об избрании указанной меры пресечения и о продлении срока содержания под стражей в отношении обвиняемых по делу о «Трех китах», суд в каждом конкретном случае должен был обосновывать соответствие этого решения конституционно оправданным целям. Мера пресечения в виде заключения под стражу — это не только категория уголовно-процессуального права, но и конституционно-правовой институт. Суды общей юрисдикции не только вправе, но и обязаны применять конституционные принципы соразмерности (пропорциональности) и правовой определенности при разрешении каждого конкретного дела.

Действующее законодательство устанавливает максимальный срок содержания под стражей при расследовании — два месяца. Однако в случае невозможности окончить предварительное следствие в этот срок (при отсутствии оснований для изменения или отмены меры пресечения) он может быть прод-

¹ Мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации Г.А. Гаджиева «По делу о проверке конституционности отдельных положений Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регламентирующих порядок и сроки применения в качестве меры пресечения заключения под стражу в различных стадиях уголовного судопроизводства после завершения предварительного расследования» содержится в Постановлении Конституционного Суда РФ от 22 марта 2005 г. № 4-П. URL: <http://www.echr.ru>.

лен судьей районного суда до шести месяцев. В отношении лиц, обвиняемых в совершении тяжких и особо тяжких преступлений, срок может быть продлен до 12 месяцев, но только в случае особой сложности уголовного дела и при наличии оснований для избрания судьей этой меры пресечения. Далее, срок содержания под стражей может быть продлен (в исключительных случаях) до 18 месяцев в отношении лиц, обвиняемых в совершении тяжких и особо тяжких преступлений по ходатайству следователя и с согласия Генерального прокурора РФ. Дальнейшее продление срока не допускается, и обвиняемый подлежит немедленному освобождению... за исключением удовлетворения судом ходатайства о продлении срока содержания под стражей (статья 109 УПК РФ) до момента окончания ознакомления обвиняемого и его защитника с материалами уголовного дела и направления прокурором уголовного дела в суд (вспомним о 530 томах по делу «Трех китов»).

Дело «Трех китов» дает основания для того, чтобы задаться целым рядом вопросов.

Во-первых, только ли отдельные предприниматели используют незаконные схемы и методы в своей экономической деятельности и не принимает ли активного участия в экономическом обогащении преступным путем также бюрократия?

Во-вторых, возможно ли уголовному делу, которое приобрело политическое звучание, избежать злоупотреблений, давления со стороны правоохранительных органов (следователей, прокуроров, судей) на всех стадиях уголовного судопроизводства?

В-третьих, действительно ли топ-бюрократия и прокуратура не используются в качестве инструмента давления на суд, к подсудности которого отнесено данное политически окрашенное уголовное дело, и можно ли говорить о независимости судебной власти от антиправового влияния определенных государственно-властных структур?

В-четвертых, не становятся ли явными объективные причины злоупотреблений? Ведь возможно, что именно несовершенство действующего законодательства создает условия, способствующие появлению злоупотреблений (положения, касающиеся сверхполномочий председателей судов, возможность длительного содержания под стражей лица, в отношении которого не вступил в силу приговор, лишаящий его свободы, и ряд других).

К сожалению, на примере дела «Трех китов» отрицательно ответить на поставленные вопросы не получается, а вот вероятность положительных ответов высока.

Исследователи обращают внимание, что для России не стало нормой признание оптимальными возможностей именно правосудия в сравнении с любы-

ми другими способами разрешения правовых конфликтов¹. Общество не доверяет российскому правосудию, имея на то достаточно оснований. И одно из них — фактическое приравнивание судебной власти к инструментам политики. То, что такого взгляда придерживаются политики и чиновники, не должно вызывать удивления, ведь для них, как правило, важнее достижение своих целей, а не право (дело о «Трех китах» — яркая иллюстрация того, как суд используется в качестве так называемой политической дубинки). Однако судья должен быть способен принимать самостоятельные решения, даже если они идут вразрез с привычной практикой других государственных структур. В судебном решении должен быть продемонстрирован приоритет прав человека в противовес приоритету государственных интересов. Только тогда суд пользуется поддержкой и доверием общества.

Совершенно справедливо будет сказать, что переосмысление миссии юриста самими юристами невозможно — для того чтобы это произошло, необходимо изменить дух государства и общества. История России знает примеры подобных трансформаций. Вопрос в том, каков будет результат грядущей трансформации, возможно ли, чтобы миссия юриста из «службы» вновь превратилась в «служение»?

¹ См.: Морщакова Т.Г. Кризис правосудия...

И. Зверев,

студент 5-го курса факультета права ГУ — ВШЭ

ДЕЛО «ДОМОДЕДОВО»

Сколько людей — столько и мнений. Применительно к юристам приведенная поговорка приобретает новое звучание: два юриста — три мнения. На практике это не будет являться преувеличением: судебная система построена таким образом, что решение суда первой инстанции может быть самым невообразимым образом изменено судом второй инстанции, затем открытие препподнесет третья инстанция (где это возможно), ну и, наконец, хождение по судебным мукам может завершиться совсем не так, как ожидали стороны, в порядке надзора. Так что говорить об однозначности судебного решения не приходится.

Но метаморфозы судебных решений — это только полбеда: в конце концов, судебная ошибка, допущенная при первом рассмотрении дела, может быть исправлена только в результате его обжалования. Бóльшая опасность кроется в отсутствии единой правоприменительной практики в работе судов. Выиграв один процесс, вы не можете быть полностью уверены в том, что аналогичный по содержанию процесс завершится таким же образом. Отличия могут проявляться как по истечении определенного времени, так и при рассмотрении дела разными судами.

Причины часто кроются не столько в некомпетентности судей, сколько в несовершенстве отечественного законодательства, оставляющего широкие возможности для судебного усмотрения. В качестве примера можно привести статью 960 Гражданского кодекса Российской Федерации, которая была применена абсолютно в противоположном значении в Постановлении ФАС Восточно-Сибирского округа от 3 июля 2006 года по делу № А33-3692/05-Ф02-3105/06-С2 и Постановлении ФАС Московского округа от 24 февраля 1999 года по делу № КГ-А40/330-99.

Но наибольшее восхищение вызывает ФАС Уральского округа, который в своих постановлениях от 1 августа 2006 года по делу № Ф09-6673/06-С6 и от 3 апреля 2003 года по делу № Ф09-686/03-ГК одну и ту же статью толкует совершенно по-разному.

Если дело пойдет так и дальше, то в скором времени можно ожидать издания географического справочника судебных решений.

Прежде чем перейти непосредственно к исследованию дела «Домодедово», следует подробнее остановиться на проблеме единообразия судебной практики, которая, как мы увидим, и будет играть ключевую роль в данной статье.

Проблема единообразия судебной практики существует во всех правовых системах и решается по-разному. В англосаксонской системе существует такой юридический феномен, как прецедент. В романо-германской системе основным источником права является закон, поэтому центр тяжести проблемы смещен на законодательную ветвь власти — парламент. Впрочем, сейчас в некоторых странах рецепированного римского права намечаются положительные сдвиги в данном направлении. Так, во Франции понимание судебной практики как вторичного источника права, можно сказать, получило официальное признание, а в Германии активно применяется такой феномен, как «модельное дело»¹.

В Российской Федерации, которая тяготеет к континентальной системе права, панацеей служат постановления пленумов высших судов. Кстати, в литературе существует ошибочное мнение относительно того, что постановления пленумов введены в советский период. На самом деле российскому дореволюционному праву были известны разъяснения правительствующего Сената, которые, по сути, являлись предшественниками современной формы судебного толкования.

Проблема единообразия судебной практики есть не что иное, как спор об источниках права, а точнее, о месте среди них судебного прецедента в широком его понимании. Поэтому прежде всего необходимо разобраться, что собой представляет прецедент и как его понятие употребляется в отечественной доктрине.

В классическом понимании судебный прецедент есть решение суда по конкретному делу, обязательное для нижестоящего суда при рассмотрении аналогичного казуса. Кроме того, прецедент в англосаксонской правовой системе принято разделять на собственно судебный прецедент и прецедент толкования.

Первый является именно источником права, поскольку может как дополнять, так и изменять статутное право, т.е. обладает таким признаком, как нормативная новизна. Прецедент толкования изначально основан на законе, может применяться только по отношению к идентичным фактам и является чем-то средним между «чистым» прецедентным и статутным правом².

В России прецедентом принято называть практически все, что связано с судами: разъяснения пленумов высших судов, полномочия в сфере надзора, судебную практику³ и т.д. Доктрина наплодила многочисленные квалифика-

¹ См.: *Мадьярова А.В.* «Прецедентное право» в России: проблемный комментарий к законодательству и судебной практике (на примере регулирования экономических отношений). Подготовлен для системы «КонсультантПлюс» в 2002 г.

² См.: *Богдановская И.Ю.* Судебный прецедент и его эволюция // *Законность.* 2007. № 3.

³ См. например: *Фетищев Д.В.* К вопросу о сущности и юридической природе судебного прецедента // *Российский следователь.* 2008. № 2.

ции прецедентов, например официальный и неофициальный. В итоге даже нельзя сказать, что сторонники судебного прецедента высказываются в пользу одного и того же.

В настоящей работе мы прежде всего будем говорить о прецеденте в его традиционном, узком смысле. Но, поскольку проблема единообразия судебной практики требует более широкого подхода, будут также затронуты иные «формы» прецедента.

Законодательное утверждение прецедента в качестве источника в российской правовой системе встречает как своих горячих сторонников, так и не менее последовательных противников, среди которых выделяются такие известные ученые, как В.С. Нерсисянц, Б.П. Спасов, В.В. Тарасова¹.

Считается, что в Российской Федерации, как ранее в Советском Союзе, прецедента нет. Наиболее весомым аргументом про данное суждение служит статья 10 Конституции, в соответствии с которой государственная власть в Российской Федерации осуществляется на основе разделения на законодательную, исполнительную и судебную. В то же время в самой Конституции существует достаточное количество норм, чтобы подкорректировать незыблемый тезис в пользу судов. Так, в соответствии со статьей 2, человек, его права и свободы являются высшей ценностью. А в соответствии со статьей 18 эти права и свободы являются непосредственно действующими. Они определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием.

Тем не менее из приведенных положений еще нельзя делать вывод, что в Российской Федерации «заложена правовая основа» для закрепления прецедента в качестве вспомогательного источника права. Ни в одном из процессуальных кодексов и законов, посвященных судебной системе, нет и намек на наличие судебного прецедента. Если же переходить к суровой российской правовой действительности, то судебный прецедент в его *широком* понимании уже давно и стабильно существует на практике.

Разъяснения пленумов высших судов — основной козырь в руках сторонников идеи прецедентного права. Вроде бы все признаки налицо: и общеобязательность, и принимается высшими судами в порядке указания нижестоящим. Не хватает только нормативной новизны (см. выше про разделение властей) и индивидуальности (принятие постановления пленума по процедуре практически тождественно принятию закона). Впрочем, и насчет обязательности тоже можно поспорить.

В соответствии со статьями 126 и 127 Конституции Верховный Суд и Высший Арбитражный Суд дают разъяснения по вопросам судебной практики.

¹ См.: Савельева О.А. Законодательное закрепление судебного прецедента в Российской Федерации — иллюзия или реальность? // Российский судья. 2005. № 8.

Раньше разъяснения назывались «руководящими». Отсутствие указанной характеристики и породило споры о юридической природе разъяснений¹. Федеральный конституционный закон (далее — ФКЗ) «О судебной системе» ясности в этот вопрос не привнес. Зато в пункте 2 статьи 13 данного ФКЗ решили заинтриговать и наделили постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда по вопросам своего ведения обязательностью для арбитражных судов. Причем предметы ведения не раскрываются, а сама статья называется «Полномочия Пленума Высшего Арбитражного Суда». Среди полномочий, указанных в пункте 1, — рассмотрение материалов изучения и обобщения практики применения законов и иных нормативных правовых актов арбитражными судами и дача разъяснения по вопросам судебной практики. Применяв системное толкование пунктов 1 и 2 данной статьи, Пленум вот уже 13 лет издает постановления по вопросам судебной практики и напоминает всем, что они являются обязательными.

Конституционный Суд решил не вмешиваться и изящно отказал в принятии к рассмотрению жалобы о признании противоречащим Конституции пункта 2 статьи 13 ФКЗ «Об арбитражных судах», предложив следующее туманное объяснение: «Данная норма, как следует из ее содержания, регламентирует отношения между Пленумом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации и другими арбитражными судами в Российской Федерации и, следовательно, конституционные права и свободы заявителя ею непосредственно не затрагиваются».

Несколько иначе обстоит дело с Верховным Судом, деятельность которого регулируется Законом «О судостроительстве в РСФСР», действующим в части, не противоречащей Конституции, ФКЗ «О судебной системе». В соответствии со статьей 56 указанного закона разъяснения Пленума Верховного Суда по вопросам применения законодательства, возникающим при рассмотрении судебных дел, обязательны для судов, других органов и должностных лиц, применяющих закон, по которому дано разъяснение.

Вопрос, насколько данная норма согласуется с новой Конституцией и законодательством, остается открытым².

Сторонники наделения разъяснений судов пресловутой прецедентной силой указывают именно на обобщающий характер постановлений, учитывающих сложившуюся судебную практику. Однако Постановление Пленума Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ от 28 февраля 1995 № 2/1 «О некоторых вопросах, связанных с введением в действие части 1 Гражданского кодекса Российской Федерации» издается через два месяца после вступления в силу ГК РФ, а Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24 де-

¹ См.: *Мадьярова А.В.* Указ. соч.

² Там же.

кабря 1993 № 13 «О некоторых вопросах, связанных с применением статей 23 и 25 Конституции Российской Федерации» — до вступления в силу Конституции РФ.

Таким образом, природа разъяснений пленумов высших судов далеко не бесспорна. Впрочем, современные процессуальные кодексы находятся скорее на стороне последних. Никто не запрещает Высшему Арбитражному Суду отменить судебный акт в порядке надзора в соответствии со статьей 304 АПК РФ на основании нарушения единообразия в толковании и применении арбитражными судами норм права. Естественно, единообразие будет черпаться из постановлений Пленума. То же самое можно сказать о ГПК РФ.

О целесообразности усиления роли разъяснений в российской правовой системе будет сказано ниже.

Что касается решения судов по конкретным делам, то здесь мы столкнемся с вышеупомянутой классификацией прецедента на официальный и неофициальный, а точнее, фактический.

Инстанционное устройство судов предопределяет мотивацию судей при вынесении решений: решение не должно быть отменено вышестоящей инстанцией. Это заставляет судей внимательно отслеживать практику апелляционных, кассационных и высших судов, ведь последнее слово все равно останется за ними.

А если, скажем, в практике вышестоящего суда уже побывало достаточно громкое дело, то для судьи решить иначе аналогичный спор — значит поставить под сомнение авторитет более высокой судебной власти. Прибавим к этому менталитет советского судьи, привыкшего к руководящим разъяснениям высших судов, и становится понятно, почему «диссидентство» современных российских судей представляется необычным, а точнее, невероятным.

Самоконтроль судебной системы изначально подразумевает наличие фактического прецедента. И дело «Домодедово» есть не что иное, как подтверждение сделанным выводам.

Оценивать значение и роль судебного прецедента в широком смысле в российском праве достаточно трудно.

С одной стороны, и разъяснения, и решения судов по конкретным делам все-таки достигают цели процессуальной экономии. С другой стороны, этого нельзя сказать однозначно о судебной практике в целом. В качестве примера можно привести практику Конституционного Суда, прецедентность решений которого, в принципе, никем не оспаривается.

В 1997 году Конституционный Суд РФ по делу о Таможенном кодексе РФ признавал допустимой конфискацию имущества в качестве санкции за правонарушение без судебного решения, основываясь на том, что возможность судебного обжалования решения таможенного органа является

достаточной с точки зрения требования «никто не может быть лишен своего имущества без решения суда» (статья 35 Конституции РФ) и конфискация становится мерой юридической ответственности, т.е. влечет за собой реальное лишение лица его имущества лишь после вступления в силу соответствующего судебного решения или истечения срока на обжалование (Постановление от 20 мая 1997 года № 8-П по делу о проверке конституционности пунктов 4 и 6 статьи 242 и статьи 280 Таможенного кодекса РФ). Менее чем через год Конституционный Суд в значительной степени модифицировал свою позицию, указав, что без судебного решения допускаются лишь изъятие и арест имущества как процессуальная мера обеспечения привлечения лица к ответственности. Конфискация же как санкция за конкретное правонарушение может быть наложена только в судебном порядке, поскольку до вынесения судебного решения нельзя констатировать ни факт правонарушения, ни вину лица в его совершении, а возможность последующего обжалования решения таможенного органа Суд в этот раз расценил как недостаточную гарантию прав лица (упоминавшееся выше Постановление от 11 марта 1998 года № 8-П). Однако позже Конституционный Суд внес в свою позицию еще одно существенное уточнение, которое, по сути, является частичным возвращением к первоначальной точке зрения. Суд указал, что недопустимость конфискации без решения суда как меры ответственности распространяется только на имущество, которым собственник владеет в соответствии с законом¹. Впрочем, В.Д. Зорькин объясняет модификацию решений тем, что Конституционный Суд выявляет не только «букву», но и «дух» тех или иных положений Конституции на каждом новом этапе развития, и ссылается, в частности, на то, что допустимость отхода от ранее принятых правовых позиций сформулировал и Европейский суд по правам человека².

В арбитражных судах и судах общей юрисдикции дело обстоит не лучше, что и будет продемонстрировано при разборе дела «Домодедово».

В случае с фактическим прецедентом высока вероятность растиражирования ошибки решения вышестоящего суда, которая может быть вызвана самыми разными причинами, начиная от некомпетентности судей, заканчивая стремлением достичь неких политических целей.

Наконец, победа прецедента может поставить под сомнение конституционный принцип независимости судей.

Принцип независимости судей требует подчинения судей только закону (в более развернутом смысле — также соблюдения всех соответствующих закону

¹ См.: *Мадьярова А.В.* Указ. соч.

² См.: *Зорькин В.Д.* Прецедентный характер решений Конституционного Суда Российской Федерации // Журнал российского права. 2004. № 12.

нормативных правовых актов), и постановка между судьей и законом некоего дополнительного нормативного звена в виде разъяснений высших судов вступает в противоречие с указанным принципом¹.

В Постановлении ВС РСФСР от 24 октября 1991 года № 1801-1 «О Концепции судебной реформы в РСФСР» декларировано в качестве одного из важнейших направлений судебной реформы совершенствование системы гарантий независимости судей и подчинения их только закону. Видимо, существующая судебная практика пошла вразрез с указанным принципом.

Поскольку дело «Домодедово» связано с отчуждением государственного имущества, что на общеупотребительном языке называется «приватизацией», несколько слов нужно сказать и об этой больной теме.

В сущности, рассматриваемый случай приватизацией в строгом смысле слова — в соответствии с Федеральным законом «О приватизации государственного и муниципального имущества» — не является. Но для большинства людей, как и для власти, приватизацией является любая сделка, направленная на отчуждение государственного имущества.

О том, что пересмотра приватизации не будет, заявлялось неоднократно и уже достаточно давно. От слов к делу перешли внесением 21 июля 2005 года поправки в Гражданский кодекс, которая сократила срок исковой давности по требованию о применении последствий недействительности ничтожной сделки. Причем новый трехгодичный срок исковой давности применяется также к требованиям, ранее установленный Гражданским кодексом РФ срок предъявления которых не истек до дня вступления в силу изменений, т.е. была применена обратная сила закона. При внесении законопроекта в Государственную Думу президент России ясно и недвусмысленно дал понять, что новая редакция закрывает пути для пересмотра приватизации. Правда, объяснялось все защитой прав граждан, приватизировавших квартиры.

История с «Домодедово» произошла до принятия спасительной новеллы. Складывается впечатление, что в государстве правая рука не знала, что делает левая: Федеральное агентство по управлению федеральным имуществом (ФАУФИ) в последний момент успевает предъявить иск.

Собственно, фабула дела такова.

15 сентября 1997 года между государственным предприятием «Домодедовское производственное объединение гражданской авиации» (далее — ДПО ГА) и открытым акционерным обществом «Домодедово-2» был заключен договор мены № 01 (далее — Договор).

Согласно пункту 1.1 Договора «Домодедово-2» передает ДПО ГА обыкновенные именные акции в количестве 42 192 штуки номинальной стоимостью 500 тыс. рублей каждая, на общую сумму 21 096 млн неденоминированных

¹ См.: Зорькин В.Д. Указ соч.

рублей, а ДПО ГА передает «Домодедово-2» недвижимое и движимое имущество аэровокзального комплекса аэропорта Домодедово.

Предприятие в соответствии со статьей 295 ГК РФ может распоряжаться недвижимым имуществом только с согласия собственника. Дело осложняется тем, что указанное имущество находится в федеральной собственности, управление которой — в ведении Госкомимущества России. Правда, еще в 1994 году правительство Постановлением № 96 предоставило Государственному комитету РФ по управлению госимуществом право поручать осуществление полномочий своим территориальным агентствам, что и было сделано еще за два года до этого: Распоряжением Госкомимущества от 5 февраля 1992 года № 45-р Мособлкомимущество было наделено правами территориального агентства Госкомимущества.

Комитет по имуществу Московской области письмом от 4 сентября 1997 года дал согласие на внесение имущества ДПО ГА в уставный капитал ОАО «Домодедово-2», указав, что этот вклад составляет долю ДПО ГА в уставном капитале «Домодедово-2».

В 2005 году Федеральное агентство по управлению федеральным имуществом обратилось в Арбитражный суд Московской области с иском к ОАО «Домодедово-2» (которое затем было заменено на ЗАО «Домодедово-2» в связи с реорганизацией), ДПО ГА о признании договора мены, заключенного между ними, недействительным в силу ничтожности и о применении последствий недействительности ничтожной сделки.

К участию в деле были привлечены третьи лица, не заявлявшие самостоятельных требований: на стороне истца — Территориальное управление Федерального агентства по управлению федеральным имуществом по Московской области, на стороне ответчика — Министерство имущественных отношений правительства Московской области (МИО МО, правопреемник Мособлкомимущества) и компания Hacienda Investments Limited (на балансе которой находилось имущество, являвшееся предметом оспариваемого договора).

В связи с ликвидацией ДПО ГА было исключено из числа ответчиков по делу.

В качестве основания для признаний сделки недействительной в соответствии со статьей 168 ГК РФ истец ссылается на то, что оспариваемый Договор заключен без согласия собственника имущества, т.е. противоречит статье 295 ГК РФ.

В соответствии с Федеральным законом от 26 декабря 1995 года № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» внесение имущества в уставный капитал возможно только при создании обществ или при дополнительной эмиссии акций. В данном случае заключен договор мены от 15 сентября 1997 года № 1, согласно которому имущество не вносится в качестве вклада в уставный капитал, а обменивается на акции, выпуск которых был зарегистрирован Комите-

том по финансам и налоговой политике администрации Московской области 8 августа 1997 года № 48-1-2148.

Как установлено материалами дела, Мособлкомимущество давало согласие именно на *внесение имущества в уставный капитал* акционерного общества.

Таким образом, перед нами либо недействительный договор внесения вклада участника общества (в соответствии со статьей ФЗ «Об акционерных обществах»), либо недействительный договор мены (поскольку отсутствует согласие представителя собственника).

Ответчик иск, разумеется, не признал, посчитав, что договор мены является заключенным (что, впрочем, никто и не оспаривал): данный договор на тот момент был согласован с собственником, т.е. Комитетом по управлению имуществом по Московской области.

Согласно статье 431 ГК РФ при толковании условий договора судом принимается во внимание буквальное значение содержащихся в нем слов и выражений, с учетом чего, как считает ответчик, совершенная сделка является, по сути, внесением вклада ДПО ГА в уставный капитал ОАО «Домодедово-2».

Следовательно, Мособлкомимущество давало согласие именно на совершение сделки по внесению вклада в уставный капитал общества, которая имела место 15 сентября 1997 года.

В решении суда полностью нашла отражение позиция ответчика. В мотивировочной части подробно описывается, почему Комитет по управлению имуществом по Московской области имел право согласовывать сделку. Складывается ощущение, будто позиция истца не рассматривалась судом вообще.

Суд приводит массу доказательств того, что Мособлкомимущество было наделено правами территориального агентства Госкомимущества. Помимо упомянутого выше распоряжения, которого уже достаточно для того, чтобы решить данный вопрос, также указывается на то, что Приказом Минимущества России от 3 сентября 2002 года № 210 «О прекращении полномочий Министерства имущественных отношений правительства Московской области» установлено, что все полномочия МИО МО в части приватизации, управления и распоряжения объектами федеральной собственности, которые были переданы ему как территориальному органу федерального министерства (Госкомимущества России, Мингосимущества России), а также по поручениям и доверенностям министерства с момента выхода данного приказа, прекращают свое действие. Кроме того, Госкомимущество России неоднократно подтверждало вышеназванные полномочия письмами от 16 сентября 1998 года № ВШ-8\9850 и от 1 августа 2000 года № ВМ-8\3620.

Наконец, чтобы ни у кого не оставалось сомнений в законности и обоснованности позиции суда, приводится «обширная судебная практика», подтверждающая сделанные выводы (дела А41-К1-7157/03, А41-К1-21627/04, А41-К1-12166/04, А40-598446/04-124-51), — весьма удобный инструмент.

Установив, что Мособлкомимущество все-таки обладает полномочиями территориального агентства Госкомимущества России, суд решил пойти еще дальше в раскрытии полномочий Мособлкомимущества.

Согласно пункту 1.2 Типового положения Комитет по управлению имуществом, обладающий правами и полномочиями территориального агентства Госкомимущества России, действует в пределах полномочий, установленных законодательством РФ и Типовым положением, а также в соответствии с распоряжениями и поручениями Госкомимущества России, администрации края, области, автономного округа, городов Москвы и Санкт-Петербурга, изданными в пределах их полномочий.

Далее суд приводит пункт 3.1 Типового положения, в соответствии с которым территориальное агентство имеет исключительное право принимать решения *о внесении имущественных вкладов, являющихся федеральной и государственной собственностью, в уставные капиталы предприятий любой организационно-правовой формы* (причем здесь имущественные вклады, если речь идет о движимом и недвижимом имуществе?).

И уже в самом конце скороговоркой говорится, что оспариваемый Договор фактически является оформлением внесения имущества в уставный капитал ОАО «Домодедово-2».

Соответствие «оформления внесения имущества» ФЗ «Об акционерных обществах» суд комментировать не стал и поспешил посчитать требования истца подлежащими отклонению как необоснованные.

Не согласившись с подобным актом правосудия, ФАУФИ отправилось искать правосудия в апелляционный суд, который более вдумчиво подошел к рассматриваемому делу.

Смысл постановления суда апелляционной инстанции сводится к следующему. Из пункта 1.1 Договора не следует, что имущество ДПО ГА вносилось в уставный капитал ОАО «Домодедово-2». В соответствии с уставом последнего государственное предприятие «Домодедовское производственное объединение гражданской авиации» уже в 1996 году являлось учредителем ответчика — ОАО «Домодедово-2».

Исследовав обстоятельства дела, арбитражный апелляционный суд пришел к выводу, что по договору мены от 15 сентября 1997 года № 01 не было внесения имущества в уставный капитал уже созданного и действующего юридического лица — ОАО «Домодедово-2», а совершена обычная сделка по распоряжению имуществом со стороны государственного предприятия «Домодедовское производственное объединение гражданской авиации» и акциями со стороны ОАО «Домодедово-2».

Из содержания письма Мособлкомимущества следует, что последний дает согласие на осуществление имущественного вклада в уставный капитал ОАО «Домодедово-2», зарегистрированного 9 сентября 1996 года в соответ-

ствии с постановлением главы администрации Домодедовского района МО № 3515/32.

Принимая во внимание, что совершенная 15 сентября 1997 года сделка по мене имущества государственного предприятия «Домодедовское производственное объединение гражданской авиации» на акции ОАО «Домодедово-2» противоречит статьям 294, 295, 168 Гражданского кодекса РФ, т.е. совершена без согласия собственника, суд апелляционной инстанции постановил решение арбитражного суда первой инстанции отменить, признать Договор недействительным. Поскольку недвижимое имущество передано третьему лицу — компании Hacienda Investments Limited, последствия недействительности сделки могут быть применены лишь в части возврата ответчиком Российской Федерации в лице ФАУФИ движимого имущества.

Теперь наступила очередь Домодедово обжаловать решение суда. Следует отметить, что в кассационной жалобе заявитель ни словом не обмолвился о недействительности Договора в целом. Суть требования состояла в том, что суд апелляционной инстанции неправомерно распространил действие пункта 2 статьи 295 ГК РФ, регулирующего отношения, связанные с отчуждением предприятием принадлежащего ему на праве хозяйственного ведения недвижимого имущества, на спорные правоотношения, касающиеся распоряжения движимым имуществом.

Заявитель также полагал, что суд апелляционной инстанции, сославшись на положения пункта 2 статьи 167 ГК РФ, неправомерно применил в качестве последствия недействительности оспариваемого договора мены одностороннюю реституцию, возможность применения которой строго ограничена случаями, прямо указанными в законе.

Кроме того, обязав ЗАО «Аэровокзальный комплекс "Домодедово"», как правопреемника ОАО «Домодедово-2», вернуть Российской Федерации в лице ФАУФИ движимое имущество, переданное по акту приема-передачи к Договору, суд апелляционной инстанции не исследовал вопрос о том, сохранилось ли данное имущество в натуре.

Федеральный арбитражный суд превзошел апелляционный суд в отстаивании интересов государства. И использовал при этом позицию Высшего Арбитражного Суда. Согласно разъяснению, данному Пленумом ВАС РФ в пункте 9 Постановления от 25 февраля 1998 года № 8 «О некоторых вопросах практики разрешения споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав», поскольку закон устанавливает принцип специальной (целевой) правоспособности унитарных предприятий (статья 49 ГК РФ), действия предприятия по распоряжению закрепленным за ним имуществом собственника должны быть обусловлены прежде всего задачами его уставной деятельности и целевым назначением предоставленного для выполнения этих задач имущества. Поэтому в тех случаях, когда действия предприятия, в том

числе осуществленные в порядке требований пункта 2 статьи 295 ГК РФ, по отчуждению или предоставлению в долгосрочное пользование другим лицам закрепленного за предприятием на праве хозяйственного ведения движимого и недвижимого имущества, непосредственно участвующего в производственном процессе предприятия, приводят к невозможности использования имущества собственника по целевому назначению, соответствующие сделки являются недействительными по основаниям, предусмотренным статьей 168 ГК РФ, независимо от того, совершены они с согласия собственника (уполномоченного им органа) или самостоятельно предприятием.

Поскольку заключение оспариваемого Договора привело к невозможности эксплуатации ДПО ГА находящегося у него в хозяйственном ведении имущества и осуществления уставных видов деятельности, Договор правомерно признан судом апелляционной инстанции недействительным на основании статьи 168 ГК РФ.

Тем не менее часть требований заявителя были признаны обоснованными.

При применении реституции суд должен был установить следующие обстоятельства: какое имущество фактически было получено сторонами по недействительной сделке, сохранилось ли в натуре указанное имущество, находится ли оно во владении ответчика.

По настоящему делу, как отмечает ФАС, данные обстоятельства судом апелляционной инстанции не выяснены. Кроме того, в постановлении апелляционной инстанции в части применения последствий недействительности сделки не указано, какое конкретно имущество должно быть возвращено.

Как результат: дело в этой части передать на новое рассмотрение в тот же арбитражный апелляционный суд.

Таким образом, суды всех инстанций были едины в одном: дело подлежит рассмотрению и должно быть разрешено в судебном порядке.

Ошибочные выводы суда первой инстанции не редкость. Апелляция и кассация позволили справедливости восторжествовать. В общем, перед нами вполне заурядное дело, не отличающееся особой сложностью, если бы не одно «но»: слишком высока цена дела. Поэтому незамеченным оно остаться не могло.

Искать правды Домодедово продолжило в Высшем Арбитражном Суде Российской Федерации.

После принятия жалобы Домодедово стороны, видимо, попытались решить дело миром, а точнее, мировым соглашением. Вообще, с трудом можно себе представить мировое соглашение по делу о признании сделки недействительной. ВАС это не смутило, и судебное разбирательство было отложено на два месяца для проведения переговоров сторон по заключению мирового соглашения.

По истечении указанного срока, когда стало ясно, что последнее слово будет все-таки за судом, ВАС решил весьма своеобразно поставить точку в этом деле.

В своем Постановлении от 14 июня 2007 года № 6576/06 по делу № А41-К1-10183/05 Президиум «открыл», что спор о признании оспариваемой сделки недействительной и применении последствий ее недействительности не может быть рассмотрен по существу заявленных требований.

На момент рассмотрения дела в суде первой инстанции открытое акционерное общество «Аэросервис "Домодедово"» — правопреемник ДПО ГА, являвшегося стороной в оспариваемом Договоре, было ликвидировано.

В соответствии с пунктом 1 статьи 61 ГК РФ ликвидация юридического лица влечет за собой его прекращение без перехода прав и обязанностей в порядке правопреемства к другим лицам.

Поскольку спор о признании сделки недействительной и применении последствий ее недействительности не может быть рассмотрен без участия одного из контрагентов, производство по делу на основании пункта 5 части 1 статьи 150 АПК РФ подлежит прекращению, что и было сделано Президиумом.

Вначале об обоснованности и законности принятого решения.

Прекращение производства по делу в случае ликвидации одной из сторон сделки присутствует в ряде предшествующих решениях Президиума ВАС. В целом подобную позицию нельзя назвать справедливой, хотя она и основывается на буквальном толковании пункта 5 части 1 статьи 150 АПК РФ. Дело в том, что право на судебную защиту лица, лишившегося имущества в результате совершения незаконной сделки, уже было ограничено Конституционным Судом, который в Постановлении от 21 апреля 2003 года № 6-П указал на необходимость применять при рассмотрении дел о применении последствий ничтожных сделок нормы о добросовестном приобретателе. Позиция же Высшего Арбитражного Суда еще больше будет способствовать незаконным захватам имущества, корпоративным войнам. Достаточно совершить сделку по отчуждению имущества несколько раз, а затем ликвидировать промежуточно-го участника, чтобы истребовать имущество стало невозможно.

Кроме того, определенная специфика в данной категории дел существует применительно к государственным предприятиям. Вообще, право хозяйственного ведения и право оперативного управления, свойственные исключительно российскому праву, не раз создавали лишнюю головную боль правоприменителям, заставляя их учитывать природу ограниченных вещных прав.

В 2000 году Высший Арбитражный Суд в Постановлении от 4 апреля 2000 года № 7785/99 разъяснил: в связи с ликвидацией государственной организации (имеются в виду государственные предприятия и учреждения) собственником недвижимости является государство, а значит, оно является стороной в отношении реституции. Иными словами, признавалась возможность признания сделки недействительной в отсутствие одной из ее сторон. В дальнейшем ВАС придерживался указанной позиции, в частности в Постановлении от 3 апреля 2007 года № 14892/06.

В рассматриваемом случае государственное унитарное предприятие было преобразовано в открытое акционерное общество еще до ликвидации. Тем не менее возможно было иное решение: поскольку имущество было отчуждено в тот момент, когда его собственником являлось государство, как раз оно и должно являться стороной в отношении реституции. Но ВАС решил по-иному.

Дальше начинается самое интересное. Если проследить аналогичные дела, которые Президиум ВАС РФ рассматривал незадолго до и после дела «Домодедово», получается следующая картина: в Постановлении от 29 августа 2007 года № 10293/07 присутствует следующая формулировка: «...невозможность рассмотрения судом требования о признании сделки недействительной без участия одного из контрагентов в сделке подтверждена сложившейся практикой Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации...» Если же обратиться к Постановлению от 23 мая 2007 года № 5610/07, то, как и в рассматриваемом случае, Суд не упоминает о «сложившейся судебной практике».

Складывается ощущение, будто, пытаясь «легализовать» решение по делу «Домодедово», Президиум уже в следующем постановлении позиционирует аналогичное решение как само собой разумеющееся, что навсегда похоронило возможность отхода от подобной практики, недостатки которой указаны выше.

Уже в решении Арбитражного суда города Москвы от 9 ноября 2007 года № А40-33680/07-53-304 содержится ссылка на указанное дело. Перед нами фактический судебный прецедент.

Мотивы решения по делу «Домодедово» вполне ясны и, можно сказать, вполне адекватны в контексте сказанного выше про пересмотр приватизации. А вот последствия оценить сложно.

В завершение хочется привести слова С.В. Полениной о роли судебного прецедента в Российской Федерации: «Органично дополняя закон, прецедент позволяет правовой системе в целом наиболее полно отразить противоречивые и далеко не однозначные процессы в общественной жизни и чутко реагировать на них»¹. Согласимся с этим высказыванием. Главное, чтобы отражение «далеко не однозначных процессов» в судебном решении не было продиктовано сиюминутными целями и не породило в итоге королевство кривых зеркал.

¹ Цит. по: *Малюшин А.А.* Прецедентный характер судебной практики // Российский судья. 2007. № 3.

ПОСЛЕСЛОВИЕ

В этой книге мы попытались поразмышлять о том, можно ли повысить престиж юридической профессии в России.

Перед авторами ставилась задача ответить на ряд вопросов.

1. В чем состоит миссия юриста и какова его роль на практике?

- Почему престиж юридической профессии в сегодняшней России крайне невысок и сами юристы зачастую нарушают требования закона?
- Кто входит в группу наибольшего риска нарушения закона в юридической профессии: судьи, прокуроры, корпоративные юристы?
- Что заставляет судью выносить противоправные решения?
- Какова роль юриста в обществе?

2. Как готовить юриста к его миссии?

- Почему юридическая профессия не воспринимается как сложная профессиональная деятельность?
- Почему говорят, что учить, лечить и судить может каждый?
- Что в юридическом образовании предопределяет непрофессионализм юриста по диплому?

Поскольку данное исследование в своей значительной части проводилось студентами, книга является отражением мнений представителей определенного социального среза — молодых юристов, в большинстве своем не имеющих навыков практической работы.

Авторской группой были изучены наиболее громкие судебные дела, проанализированы типичные нарушения, допускаемые судами в гражданском, уголовном и арбитражном процессах, рассмотрены различные подходы к правопониманию, а также опыт стран, относящихся к разным правовым семьям. И главный вывод, к которому, так или иначе, пришли все авторы, можно сформулировать словами Т.Г. Морщаковой: «...быть юристом в России невыгодно и опасно, поскольку юридический позитивизм, призванный победить усмотрение, привел к произволу».

Иными словами, причиной невысокой популярности профессии юриста в России является традиционная ориентированность российского права на концепцию юридического позитивизма.

Так, по мнению А. Кашанина, юридическая профессия востребована в обществе в той мере, в какой уважается само право. Причем данное утверждение верно не для всех интерпретаций права, а лишь для тех, которые основаны на понимании права как системы разрешения конфликтов между равными субъектами. Только в условиях равенства сторон существует потребность в системе абстрактных формальных правил как основы для разрешения конфликтов между автономными субъектами. Наоборот, чем сильнее доминирование одного субъекта

(в том числе государства) над другим, тем меньше оснований для конфликтов и тем менее востребованной является система таких формальных правил.

Таким образом, юридическая профессия в полной мере становится необходимой лишь в рамках либеральной рыночной системы, при которой законодатель не способен предусмотреть все вариации частных отношений: неизбежно остаются не урегулированные нормативными актами области, требующие от независимых судов усилий по «отысканию права». Именно это не позволяет юристу быть лишь законоведом, но требует от юриспруденции и судебной практики понимания внутренней, автономной логики права, формирования системы догматических конструкций, т.е. формирования такой системы права, при которой право само является гарантией либерального общественного устройства. Эта функция и делает юридическую профессию социально востребованной и уважаемой.

Сведение же права к нормативному акту создает впечатление, что любая проблема может быть решена посредством принятия соответствующего закона. Между тем иные причины социальных дисфункций, в том числе связанные с несовершенством судебной системы, механизма правоприменения, не учитываются.

При этом отношение к юридической практике как к процессу механического применения предписаний нормативных актов, а к юриспруденции — как к законоведению, отказ от догматической проработки существенных для разрешения споров вопросов, не урегулированных нормативными актами, перемещает важнейшие вопросы практики разрешения споров в область ничем не стесненного судебного усмотрения.

Таким образом, ориентированность российского права на концепцию юридического позитивизма создает условия для глубокого и произвольного вмешательства государственной власти в частно-правовые отношения, для злоупотреблений и коррупции, для давления на судебский корпус со стороны государства и, по сути, лишает либеральную модель экономики одного из важнейших условий ее существования.

Анализ типичных правонарушений, допускаемых судами в рамках уголовного, гражданского и арбитражного судопроизводства, в полной мере подтверждает данные выводы, сделанные на основании теоретических предпосылок.

Помимо теоретико-правовых исследований, авторами были также изучены социальные аспекты, влияющие на отношение общества к представителям юридической профессии.

Е. Мишина, например, называет в качестве причин невысокой популярности юристов в России:

- низкий уровень образования и преизбыток юридических вузов;
- общее негативное отношение граждан к милиции и прокуратуре как к органам карательной направленности;

- ориентированность судей на вынесение решения только в соответствии с нормами закона, без учета мотивов справедливости или обстоятельств совершения правонарушений;
- зависимость федеральных судов от местных властей в том, что касается помещений и других муниципальных ресурсов, и, как результат, откровенное нарушение судьями при принятии решений фундаментального принципа Конституции — приоритета федерального законодательства над региональным;
- иерархичность культуры и системы власти, влияющая на судебное принятие решений и действующая вне рамок апелляционного процесса;
- неспособность новых судей адаптироваться к судебной роли и отбросить культуру, методы и навыки, полученные при работе в правоохранительных органах, исполнительных органах власти или судах;
- ограниченная эволюция этических норм и недостаточное понимание и применение этических норм в каждодневной судебной практике;
- давление на судей с целью использовать судебные процедуры для достижения политически мотивированных решений;
- большой недостаток общественного доверия и уважения к судьям и судам, а также общее разочарование в правовой системе как инструменте разрешения споров — в целом у граждан образ суда ассоциируется с коррупцией, затягиванием дел и, в лучшем случае, с безразличием к проблемам людей;
- двойная лояльность корпоративных юристов — закону и руководству, вызванная тем, что на рынке труда выше ценятся юристы, которые в состоянии изыскивать обходные пути и при этом балансировать на тонкой грани между соблюдением закона и его нарушением;
- крайне формальное отношение к российскому законодательству со стороны юристов, работающих в иностранных юридических фирмах, выражающееся в умении виртуозно трактовать его положения в пользу своих клиентов, порой совершенно выхолащивая суть трактующихся норм, и т.п.

Данные причины, или проблемы, обусловлены не только влиянием нормативистского подхода к правопониманию, но и особенностями нашего исторического развития и российского менталитета.

Наиболее точно эту ситуацию охарактеризовал Рене Давид в книге «Основные правовые системы современности»:

«...Слабость юридических традиций в России порождается различием отношения к праву в России и в других европейских странах.

Во всей континентальной Европе, так же как и в Великобритании, право рассматривается как естественное дополнение морали и как одна из основ общества. Этого нельзя сказать о России. Писаное русское право было чуждо народному созданию. Оно представляло собой главным образом право админи-

стративное, не имеющее корней в частном праве. Та часть частного права, которую оно содержало, не интересовала огромное большинство населения. Это было "право городов", созданное для торговцев и буржуазии. Крестьянская масса продолжала жить согласно своим обычаям; существенной для нее представлялась не индивидуальная собственность, а семейная (двор) или община (мир); правосудие для нее представлялось справедливостью в том виде, в каком она воплощалась волостным судом, состоявшим из судей-неюристов. Волостной суд подчинялся Министерству внутренних дел, а не Министерству юстиции. Созданное законодательным путем, право представляло собой не выражение сознания и традиции народа, как в других странах Европы, а произвольное творение самодержавного властителя, привилегию буржуазии. Этот властитель был поставлен над законом. Юристы являлись скорее слугами царя и государства, чем слугами народа, им не хватало общего профессионального духа.

Единство русского народа основывалось не на праве. Авторы западных стран могут сколько угодно насмеяться над юстицией и судьями, высмеивать их слабости; но ни один из этих авторов не представляет себе общества, которое может жить без судов и без права: *ubi societas, ibi jus* (нет общества без права). Такое представление мало кого шокировало в России. ...Лев Толстой желал исчезновения права и создания общества, основанного на христианском милосердии и любви»¹.

Кроме того, Россия традиционно перенимает черты как западного, так и восточного общества.

С одной стороны, наша страна находится на периферии западной культуры. До относительно недавнего времени в России не было юристов: первый русский университет — Московский — был создан только в 1755 году, Петербургский университет — в 1802 году. Русская юридическая литература появилась только во второй половине XIX века. Лишь в результате реформы 1864 года была создана профессиональная адвокатура, а функции судьи были отделены от административных функций. До этой реформы не было четких различий между полицией, судом и администрацией². Поэтому стоит говорить не об *ухудшении качества* юридического образования и *снижении уровня* требований к профессиональным юристам, а скорее об *отставании* от стран Западной Европы. Безусловно, полезно воспользоваться зарубежным опытом, предварительно изучив и проанализировав его. В частности, существующий во Франции порядок профессиональной подготовки судей и адвокатов, предполагающий постоянное, в течение всей профессиональной жизни, повышение квалификации и периодический рубежный контроль.

¹ Давид Р. Основные правовые системы современности / [пер. с француз. д-ра юрид. наук, проф. В.А. Туманова]. М. : Прогресс, 1988.

² См. там же.

С другой стороны, нельзя забывать и о влиянии восточной традиции, предусматривающей пирамидальную структуру общества, почтение к начальству, особую роль административного и судебного усмотрения и т.п. В связи с этим представляется полезным также познакомиться с основными принципами организации и деятельности шариатского суда, которые уделяют особое внимание критериям права и справедливости.

Проблема нетождественности права и справедливости, по мнению всех авторов, является главной причиной недоверия общества по отношению к представителям юридических профессий.

Так, результаты социологического исследования, проведенного в 2007 году Фондом ИНДЕМ в рамках проекта «Судебная реформа в России: институционально-социальный анализ трансформации, ревизия результатов, определение перспектив», показали, что российские судьи в настоящий период не рассматривают справедливость как юридическое понятие. По этой причине они принимают свои решения, основываясь исключительно на юридических критериях и юридических квалификациях фактов без учета того, насколько справедливыми будут эти решения. При этом некоторые респонденты признавали, что граждане, обращаясь в суд, участвуя в уголовных процессах, ожидают именно справедливых судебных решений. Эксперты, участвовавшие в опросе, сознавали, что справедливость является сложным и неоднозначным социальным понятием, что нередко сторона, выигравшая судебный иск или добившаяся уголовного наказания преступника, считает соответствующее судебное решение справедливым, а противоположная сторона — нет. И тем не менее отказ российской судебной системы от хотя бы частичной реализации общественного запроса на справедливость в суде приводит к росту отчуждения граждан от судебной власти.

В заключение хочется подчеркнуть, что всесторонне рассматривая проблему соблюдения принципа справедливости, а также ряд других важных проблем, авторы преследовали цель обобщить правовые и социальные причины, мешающие юристам в их профессиональной деятельности и подрывающие доверие общества к представителям юридического сообщества, а также предложить некоторые варианты улучшения ситуации.

Ю. Демешева,
старший преподаватель
кафедры административного права
факультета права ГУ — ВШЭ

КАКОВО ЭТО — БЫТЬ ЮРИСТОМ?

Составитель Е. А. Мишина

Подписано в печать 21.12.2009

Печать офсетная

Тираж 800 экз.

Фонд «Либеральная миссия»
101990, Москва, ул. Мясницкая, 20

Тел.: (495) 621 33 13, 623 40 56

Факс: (495) 623 28 58