



ФОНД ЛИБЕРАЛЬНАЯ МИССИЯ

Руководитель исследовательского проекта
«Верховенство права как определяющий фактор
экономического развития»
Е.В. Новикова

Редакционная коллегия:
А.Г. Федотов, Е.В. Новикова,
А.В. Розенцвайг, М.А. Субботин

Участники монографии выражают признательность за поддержку в издании этой книги юридическому факультету Университета МакГилл (Монреаль, Канада), с 1996 года осуществляющему научное сотрудничество в сфере правовых реформ в России, и Фонду «Либеральная миссия».

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА КАК ФАКТОР ЭКОНОМИКИ

Международная коллективная монография



•МЫСЛЬ•

УДК 338(470+571):34.03

ББК 65.9(2Рос)+67.021

В36



ФОНД ЛИБЕРАЛЬНАЯ МИССИЯ

В36 Верховенство права как фактор экономики / международная коллективная монография ; под редакцией Е.В. Новиковой, А.Г. Федотова, А.В. Розенцвайга, М.А. Субботина. — Москва : Мысль, 2013. — 673 с.

ISBN 978-5-244-01159-3

Настоящая книга продолжает цикл исследований, начатый коллективной монографией «Верховенство права и проблемы его обеспечения в правоприменительной практике» (2009). Авторы исследуют феномен верховенства права и его принципиальное значение для оздоровления общества и успешного экономического развития. По мнению авторов, в России принципы верховенства права не реализованы и отсутствие прогресса в этом направлении, как ничто другое, способствует деградации экономических, правовых и общественных институтов: рынок деформируется системой извлечения «административной ренты», стремительно растет коррупция, деловая активность гаснет и т.д. Вывод авторов: дальнейшее успешное экономическое развитие России возможно только в условиях реализации принципов верховенства права.

Для широкого круга юристов, экономистов, политиков и специалистов в области законотворчества, правоприменения, теории права и экономики.

УДК 338(470+571):34.03

65.9(2Рос)+67.021

ISBN 978-5-244-01159-3

© Коллектив авторов, 2013

СОДЕРЖАНИЕ

Предисловие (Ясин Е.Г., Новикова Е.В.)	9
-----------------------------------------------	----------

Раздел I ЭКОНОМИЧЕСКИЙ АНАЛИЗ

Глава 1. «Компенсационный налог» и проблемы защиты прав собственности (Явлинский Г.А.)	21
Глава 2. Запрос элит на верховенство права (Григорьев Л.М.)	44
Глава 3. Эффекты издержек правоустановления и правоприменения (Шаститко А.Е.)	61
Глава 4. Издержки незащищенности бизнеса в России (Субботин М.А.)	95
Глава 5. Отнять или создать? Стимулы к применению насилия в экономике и факторы, способные его ограничить (Яковлев А.А.)	121
Глава 6. Модель поиска оптимальных санкций за преступления в условиях коррупции (Курдин А.А.)	144
Приложение A. Круглый стол «Верховенство права как определяющий фактор экономики» (стенограмма) (Москва, ИНСОР, 31.01.2012)	158
<i>Е.В. Новикова.</i> Определение предмета и направлений дискуссии в сложившейся правовой реальности: правовое государство – цель и вектор развития	159
<i>В.И. Радченко.</i> Уголовное законодательство и практика его применения как серьезный тормоз на пути развития национальной экономики	162
<i>Л.М. Григорьев.</i> «Эффект трамвая» – переходим ли мы к нормальной работе бизнеса? Перераспределяем или создаем новое: роль элит	166
<i>А.Г. Федотов.</i> Решение задачи создания цивилизованного правопорядка и обеспечения права собственности как основная проблема экономики	170
<i>Ю.А. Тихомиров.</i> О нарастании отчуждения граждан и целых слоев общества от права и от публичных институтов	173
<i>А.Е. Шаститко.</i> О роли стандартов доказательства фактов нарушений установленных правил и предпосылках принятия закона о законах	174
<i>Е.Н. Салыгин.</i> О значении неформальных правил, образующих неформальную практику, как обеспечительных механизмах	177
<i>А.А. Яковлев.</i> Выбор: зарабатывать или взять дубину, как научная дилемма	181
<i>Е.Г. Ясин.</i> Принципиальный вопрос – «переход к безличным отношениям»: введение и выстраивание легальных отношений и институтов путем диалога бизнеса и власти	190
<i>Т.Г. Морщакова.</i> Соотношение и взаимодействие верховенства права, государства, бизнеса, личности с целью выработки стратегий, позволяющей обществу развиваться	192

<i>И.А. Новиков.</i> Состояние правоприменения как результат пробелов юридического образования, отсутствия института независимых расследований и экспертиз, роль СМИ.	197
<i>В.И. Лафитский.</i> Обеспечение экономического развития как функция права	203
<i>М.А. Субботин.</i> Правовые «антистимулы» управления инвестиционным климатом.	211
<i>А.Г. Федотов.</i> Право как основной регулятор конфликтных ситуаций взамен силы, основанной на произволе и разовых договоренностей с властью	219

Раздел II

ПРОБЛЕМЫ ПРАВОПОНИМАНИЯ И ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ

Глава 7. Верховенство права как вызов времени (<i>Новикова Е.В.</i>)	223
Глава 8. Верховенство права: проблемы понимания (<i>Федотов А.Г.</i>)	241
Глава 9. Правовое государство и эволюция Конституционного совета Франции (<i>Желина Ф.</i>)	274
Глава 10. Системный анализ правового нигилизма в России (<i>Хендли К.</i>)	293
Глава 11. Верховенство права: международно-правовые аспекты (<i>Сэнцин В.</i>)	317
Приложение B. Стенограмма круглого стола «Воздействие уголовной политики на экономику» (Москва, НИУ ВШЭ, 04.04.2012)	331

Раздел III

ПРОБЛЕМЫ УГОЛОВНОЙ ПОЛИТИКИ В СФЕРЕ ЭКОНОМИКИ

Глава 12. Уголовно-правовая политика и развитие экономики (<i>Радченко В.И.</i>)	353
Глава 13. Уголовная политология (<i>Жалинский А.Э.</i>)	368
Глава 14. Проблемы верховенства права в сфере уголовного законодательства и правоприменения (<i>Наумов А.В.</i>)	391
Глава 15. Проблема излишней криминализации (<i>Торнбург Р.Л.</i>)	403
Глава 16. Уголовное преследование и регулирование бизнеса: прекращение российской исключительности и культивирование верховенства права (<i>Соломон-мл. П.Г.</i>)	413
Приложение C. Социально-экономические последствия уголовной политики государства в отношении бизнеса (доклад Центра правовых и экономических исследований)	431

Приложение D. Стенограмма симпозиума «Уголовная политика и бизнес» (Москва, НИУ ВШЭ, 08.12.2011)	451
 Раздел IV	
ПРАВОВЫЕ СТАНДАРТЫ	
И ПУБЛИЧНЫЕ ФОРМЫ КОНТРОЛЯ	
Глава 17. О значении и источниках стандартов правосудия (<i>Морщакова Т.Г.</i>)	521
Глава 18. Принцип верховенства права и правовые стандарты осуществления правосудия: проблемы их реализации в России (<i>Жуйков В.М.</i>)	532
Глава 19. Преюдиция в системе обеспечения верховенства права (<i>Резник Г.М.</i>)	552
Глава 20. О специальных комиссиях, независимых прокурорах и иммунитете свидетеля (<i>Новиков И.А.</i>)	564
Глава 21. Возвращение суда (<i>Никитинский Л.В.</i>)	583
Приложение E. Рекомендации Киевской конференции по вопросам независимости судебной власти в странах Восточной Европы, Южного Кавказа и Центральной Азии	588
Приложение F. Стандарты судебной деятельности (в аспекте управления в судебной системе) (комментарий к рекомендациям Киевской конференции) (<i>Морщакова Т.Г.</i>)	601
Приложение G. Стенограмма рабочей группы Центра правовых и экономических исследований «Независимые комиссии, независимые прокуроры» (Москва, Baker & McKenzie, 21.02.2012)	619
Приложение H. Отчет Комиссии Фитцджеральда, Австралия, Квинсленд, 1989 (дайджест, подготовка и перевод И.А. Новикова)	646
Заключение (<i>Морщакова Т.Г.</i>)	662
Указатель имен	665

*Эта книга посвящается светлой памяти
нашего дорогого коллеги и друга,
выдающегося советского
и российского юриста
Альфреда Эрнестовича Жалинского*

ПРЕДИСЛОВИЕ

Название этой коллективной монографии «Верховенство права — определяющий фактор современного развития экономики в России», возможно, кому-то покажется спорным. Однако выбор темы книги обусловлен не столько исследовательскими интересами ее авторов, сколько сегодняшними реальными потребностями страны. Совершив за последние двадцать лет несколько социальных поворотов, ключевым среди которых был переход от централизованного планирования к рынку, общество стало осознавать, что провозглашенные формально право собственности, свобода экономической деятельности, рыночные отношения работают «не так» или не работают вовсе. Специалистам стало понятно, что причины этого лежат не в экономике или главным образом не в экономике.

Мы наталкиваемся на внешние (неэкономические) ограничения политического и правового порядка. Обращение к опыту стран, демонстрирующих постепенную социальную и экономическую динамику, дает основания утверждать, что основным атрибутом существующего в таких странах правопорядка является верховенство права. Как правило, этот феномен рассматривается в юридической плоскости как тип правового поля, предполагающий равное право для всех, подчинение власти праву, защиту личности, ее достоинства, абсолютный характер права собственности, его универсальная и эффективная защита, обеспечиваемые независимым правосудием, реализация юридических прав и обязанностей в объемах и способами, поддерживающими социальный мир, права и свободы человека и гражданина¹. Наличие этого мегаинститута или его отсутствие позволяют объяснить многое как в основаниях экономических отношений, так и в структуре тех или иных изменений (или неизменений) социального порядка.

Необходимо разъяснить содержание и историческую важность названной категории. Первые государства, возникшие в Месопотамии и занимавшиеся орошаемым земледелием, нуждались в гарантиях тяжелого труда крестьян. Поэтому эти государства были построены по модели жесткой иерархии господства-подчинения, которую условно можно назвать первой моделью социального устройства. В последующей истории такая модель преобладала

¹ Подробнее о понимании верховенства права см. главу 8 настоящего издания.

по всей земле и во все времена. Альтернатива ей (вторая модель) возникла в древних Афинах. Здесь экономика больше опиралась на торговлю и мореплавание, Древняя Греция с ростом населения испытывала недостаток зерна и получала его в обмен на вино и оливки за морем. При этом в основе торговли лежала сделка равных сторон, равенство которых обеспечивалось признаваемыми правами собственности¹. Поэтому неслучайно, что в странах античного мира, Греции и Риме, получили свое развитие система правовых процедур и демократия.

В дальнейшем в Европе, где стали интенсивно развиваться рыночно-капиталистические отношения, города, вторая модель возобладала и обеспечила преимущества этой культуры над другими мировыми культурами, приобретая все более универсальный характер.

В России же с XIII века, со времен ордынского завоевания, сложилась модель государства, подобная восточным деспотиям: оно управлялось как вотчина, принадлежавшая государю как собственнику. Впоследствии произошло закрепощение крестьянства. Такой режим с некоторыми модификациями сохранился до 1861 года, когда после поражения в Крымской войне начался медленный переход от первой ко второй модели. Процесс был остановлен Октябрьской революцией: большевики в конечном итоге ликвидировали рынок и под самыми «прогрессивными» марксистскими лозунгами восстановили феодально-бюрократическую иерархию, то есть вернулись к первой модели социальной организации, которая давно продемонстрировала свою несостоятельность. Это сделало неизбежными болезненные рыночные реформы, которые дали определенный эффект, но в 2003–2004 годы их продвижение, по сути, остановилось. В моду вошли «вертикаль власти» и усиленный контроль над общественной активностью и крупной собственностью. Такие колебания социокультурного развития России, в связи с которыми стоит вспомнить контрреформы Александра III и органическую приверженность к реакции Николая II, следует принимать во внимание при оценке нынешнего периода развития событий в России. Верховенству права у нас, видимо, предстоит непростая судьба,

¹ Конечно, в нынешнем понимании, поскольку юридический институт права собственности, отличного от владения и с ним не совпадающего, возник только в поздний период Древнего Рима, а «права собственности» как категория экономической теории — уже в XX веке.

но нужно учесть, что его укоренение в нашей стране сегодня приобрело первостепенную важность.

Рассмотрение российской социальной динамики в ракурсе названного мегаинститута позволяет понять известные трудности трансплантации институтов, многократно оправдавшей себя в других странах. Противники изменения существующих социально-экономических отношений ссылаются на безрезультатность перенесения в Россию различных институтов, длительное время эффективно работающих в других странах, обосновывая «особый путь» страны, включая модель «управляемой демократии»¹. Однако сегодня проблема не в том, что российская почва непригодна для конкурентно-рыночных и демократических институтов, а в том, что эти институты просто не могут прижиться и работать в отсутствие верховенства права. И это — очевидная зависимость, которую не видят только те, кто не хочет видеть. В отсутствие верховенства права большинство институтов, присущих современным развитым обществам (которые юристы обычно именуют развитыми правопорядками), не просто не приживаются или не работают, а превращаются в свою противоположность (так называемые антиинституты): рынок деформируется системой извлечения административной ренты; деловая активность гаснет или заменяется поиском бизнеса, ориентированного на получение ренты; конкуренция вытесняется монополизмом; абсолютное право собственности превращается в условное, зависимое от власти держание; универсальная защита права собственности каждого заменяется избирательной защитой собственности властной элиты

¹ Нередко для обоснования «ненужности» или «необоснованности» изменения существующих социально-экономических реалий делаются ссылки на различные авторитетные исследования, например на книгу Д. Норта и его коллег (см.: *Норт Д., Уоллис Дж., Вайнгаст Б. Насилие и социальные порядки. Концептуальные рамки для интерпретации письменной истории человечества*. М., 2011), в которой высказано мнение о том, что так называемые социальные порядки ограниченного доступа (которые в традиционной терминологии можно называть авторатриями) используют в качестве основной экономической модели получение властными элитами и иными организациями, обладающими потенциалом насилия, ренты — в качестве платы за неприменение насилия, что, по мнению авторов указанной книги, является в конкретных условиях приемлемой платой, обеспечивающей социальное равновесие и ненасилие. Авторы тем самым дают понять, что имеются социальные порядки, недостаточно зрелые для порядка открытого доступа, более совершенного, в котором верховенство права является необходимым компонентом. Для незрелых порядков, с пока ограниченным доступом, приемлемы и частичные улучшения правопорядка, подводящие шаг за шагом к открытому доступу.

различных уровней и тех, кто состоит в постоянном или времененном (на коррупционной основе) союзе с нею; уголовно-правовые запреты, вместо защиты общесоциальных ценностей, искусственно используются в качестве инструмента для квазилегального передела собственности.

Наличие или отсутствие верховенства права задает «полюса» и базовые параметры институционального поля, которые предопределяют существенные характеристики всех институтов данного социального порядка. Наша история за последние двадцать лет весьма наглядно иллюстрирует это абстрактное суждение. В 140-миллионной стране с пока еще достаточно качественным человеческим капиталом, в условиях провозглашенной (но не реализованной) экономической и политической конкуренции основные доходы бюджета (и экономики в целом) извлекаются, главным образом, за счет продажи энергоносителей. Попытки развития экономики до сих пор осуществляются исключительно путем многочисленных и малорезультативных вариантов «модернизации сверху» в форме различных государственных программ при обширной социальной апатии и эмиграции активных профессионалов и молодежи, с одновременным «отбиванием рук» тем, кто пытается предпринимать действительно значимые экономические шаги вне патронажа государства.

Почему это происходит? Идея верховенства права дает ответы на эти вопросы. Она реализована социальной практикой стран, для которых высокий экономический уровень и эффективность общественных механизмов не существуют помимо феномена верховенства права просто потому, что не достигаются в ином правопорядке (во всяком случае, такие примеры нам не известны).

Верховенство права — это не только (и, с позиций экономической теории, даже не столько) абстрактный «правовой идеал». Это необходимое условие и инструмент, позволяющие обществу динамично развиваться, адаптироваться к вызовам изменяющейся социальной реальности, достигать серьезных экономических целей без значительных социальных потрясений и рисков свалиться в неизбежно стагнирующие «особые типы демократии», которые в действительности являются собой авторитаризм той или иной степени жесткости, прикрывающий под лозунгом «концентрации сил и централизованного управления» экономическую неэффективность и социальную недееспособность.

Верховенство права предполагает формальное равноправие субъектов экономической деятельности, степень зависимости

которых от государства (власти) заранее определена и ограничена. Такое положение позволяет реагировать на изменения в экономической среде гибко, своевременно и многовариантно, не ожидая, пока государство «примет программу», правильность и осуществимость которой еще должна быть подтверждена социальной практикой. При «массовых реформах снизу» и нормальной работе рынков, введенных в рамках права (как режиме экономической активности в условиях верховенства права) такая гибкая настройка происходит через механизмы конкуренции и прибыли.

Главный предмет научного интереса авторов книги внешне выглядит как особый способ взаимодействия государства и права. На более глубоком уровне он связан с проблемой соотношения власти и народа, без которого (даже если отвлечься от провозглашенной на уровне декларации идеи о народе как носителе власти) еще ни одна власть не сумела сама по себе создать современную экономику и комфортное социальное пространство, способное в течение продолжительного периода времени воспроизводить высококачественный человеческий капитал.

Если власть действительно желает строить такое общество, то это возможно лишь при том условии, что вместе с властью это общество строит население или его широкий актив, поскольку требуется максимально задействовать его профессиональный, интеллектуальный, деловой, демографический и прочий потенциал. Однако этого не случится без того, чтобы «население» не было бы поднято до уровня граждан, не в смысле государственных рабов, постоянно готовых к исполнению долга, предъявляемого властями, как это у нас исторически сложилось, а в смысле людей, готовых отстаивать свои права и уважать права других, считающих себя вместе с другими гражданами хозяевами страны, ежедневно делающими свое дело и *тем самым* строящими страну. В том числе и в своем, частном интересе, потому, что они и их дети намерены жить именно здесь, и жить все лучше и лучше. Но такое сознание, когда граждане строят эффективную экономику и социально ориентированный общественный порядок без приказа и непосредственного руководства со стороны власти, возможно только при реализации принципа верховенства права, ибо без гарантий личной безопасности и защиты собственности это не происходит. Напротив, взамен построения современной России мы, к сожалению, получаем эмиграцию и все усиливающееся бегство капиталов. Социологические опросы не оставляют иллюзий касательно причин этих явлений. В основной массе это происходит из-за

боязни за свою свободу, безопасность и имущество, то есть из-за боязни собственного государства — как действующего, так и бездействующего. И государство (прежде всего в лице своих «силовых» структур и судов) очень многое делает и не делает (причем что из этого хуже, неизвестно) для того, чтобы эта боязнь продолжала существовать.

В кругах специалистов успех экономических реформ связывается с наличием «треугольника доверия», предполагающего взаимное доверие между обществом, властью и бизнесом. Но в России, прежде чем говорить о доверии, сначала нужно добиться того, чтобы бизнес и общество перестали бояться власти. До тех пор, пока граждане не перестанут бояться государства, мы не выйдем из того социального и экономического тупика, в котором страна оказалась сегодня.

Без установления верховенства права с его действительным, а не декларированным равноправием, политической и экономической конкуренцией создание в России предпосылок для достижения признаваемого всеми общественного договора едва ли возможно. Между тем отсутствие последнего является очевидным препятствием не просто для развития страны, но даже и для обсуждения путей и моделей, посредством которых это развитие может быть осуществлено. Мы постоянно наблюдаем, что даже благонамеренные и «аналитически проработанные» веления власти «двигаться вперед» натыкаются на такое непреодолимое препятствие, как отсутствие социального консенсуса касательно признаваемых обществом форм и направлений политического, экономического и социального развития. Власть, пытаясь изыскать дополнительные возможности для экономического роста, но при этом не допуская движение в сторону обеспечения верховенства права, демонстрирует безрезультатность этих усилий. В сложившейся ситуации вовлечение основной части населения в активную экономическую деятельность невозможно, равно как и невозможно преодоление существующей планки экономического, технологического и социального развития. Несмотря на заведомую обреченность попыток экономических и социальных преобразований без вовлечения в их проведение юридически и экономически самостоятельного населения, власть тем не менее продолжает действовать именно таким образом. Это вполне объяснимо: допуская или не допуская функционирование социального порядка в режиме верховенства права, власть не столько решает проблему предоставления или непредоставления «юридических» прав и свобод, сколько делает выбор

между развитием страны за счет экономической и социальной активности населения, что в условиях политической и экономической конкуренции породило бы для властной элиты риск утраты власти и собственности, и ситуацией, когда отсутствие верховенства права служит сохранению несменяемости власти и продолжению получения административно-политических рент, что неизбежно ведет к стагнации экономики. Неудивительно, что власть делает выбор в пользу последнего¹.

Один из основных вопросов современной России состоит в том, существуют ли внутри сегодняшней российской элиты силы, заинтересованные в становлении нормального правопорядка и способные двигаться в этом направлении. Исторический опыт свидетельствует, что движение в сторону верховенства права, как правило, начиналось силами экономически самостоятельной (самодостаточной) части элиты. Однако в России сложилась особая ситуация. Воплощение в реальность искомого принципа означало бы для властной элиты утрату колоссальных рент. Элита же экономическая (помимо того, что она в значительной части совпадает с властной), а также крупный и частью средний бизнес в связи со своим происхождением и условиями существования настолько зависимы от власти, что всякое движение в сторону верховенства права (и, в понимании власти, — в сторону, противоположную от нее) создает для власти очень высокие риски утраты свободы и собственности. В результате наша экономическая «элита», как правило, действует (вернее — бездействует) таким образом, что выглядит как «компрадорский капитал наизнанку»².

Проблема становления верховенства права не может пониматься как примитивное перетягивание каната между властью и «не-властью». Она значительно сложнее и объемнее. Властная

¹ Согласно Докладу «Rule of Law Index» за 2012 год, Россия по международному индексу Верховенства Права на «почетном» месте (после Белоруссии и выше Никарагуа). По открытости правительства — между Буркина Фасо и Сенегалом. По коррупции — между Кот-д'Ивуаром и Мадагаскаром. По уголовной юстиции — на строчку ниже Камбоджи, Казахстан — на 23 позиции выше (<http://worldjusticeproject.org/sites/default/files/wjproli2012-web.pdf>).

² В подавляющем большинстве случаев бизнес поддерживает любые действия власти, отказываясь открыто противостоять ей даже в случаях, когда власть действует явно незаконно. При этом непроизводственные капиталы и инструменты корпоративного контроля бизнеса зачастую выведены за рубеж, а собственники и топ-менеджмент в качестве основной гарантии своей свободы рассматривают бегство за рубеж в случае их уголовного преследования (формально «за преступление», реально — за нелояльность власти).

элиты неоднородна. Существует множество ситуаций, при которых в движении в сторону верховенства права заинтересована прежде всего сама власть различных уровней. Среди них — проблема местного самоуправления. Сегодня даже федеральная власть начинает осознавать, что отсутствие в крупнейшей по территории стране мира дееспособного местного самоуправления, основанного на активности населения (то есть на реализации им своих политических и экономических прав и свобод), делает страну малоуправляемой (во всяком случае — в регионах, значительно удаленных от столицы). Как представляется, развитие местного самоуправления — одно из тех направлений, где движение в направлении верховенства права может осуществляться с наименьшими противоречиями и конфликтами, со злыми и быстро достижимыми экономическими и социальными эффектами.

Верховенство права предполагает ограничение власти правом. Однако такое ограничение не является самоцелью или способом ограничения «плохого» государства (власти) «хорошим» правом, хотя очень часто проблема именно так и рассматривается как приверженцами, так и противниками этой системы принципов. Его инструментальное значение определяется тем, что общества, функционирующие вне верховенства права, демонстрируют экономические и социальные результаты, которые кардинально хуже показателей, достигнутых развитыми странами, установившимися и поддерживающими режим правового государства, реализующего указанный принцип. Поэтому выбор между реализацией этого принципа и отказом от него только на поверхности выглядит как выбор между наличием или отсутствием «набора юридических прав». По сути, он представляет собой выбор между эффективным (в первую очередь — экономически) и неэффективным социальным устройством.

Другая сложность заключается в том, что *любая* власть сама по себе не склонна реализовывать требования верховенства права¹, если отсутствуют (в том числе и внутри учреждений самого государства) профессиональные и социальные силы, которые

¹ Характерна трактовка этой проблемы английским парламентом. Изданная для посещающих парламент экскурсантов ознакомительная брошюра, разъясняющая роль парламента, гласит, что главной (первой) задачей парламента является ежедневный контроль над исполнительной властью. Интересно, что проведенный среди российских коллег (юристов), а также среди студентов экспресс-опрос показал, что ни один из них не назвал эту функцию как первую (главную) функцию парламента.

постоянно и системно побуждали и понуждали бы власть к соблюдению права, исходя из того, что в случае конфликта права и властного интереса приоритет должен быть признан за первым. Суть проблемы видится именно в этом. Особая роль в соблюдении и реализации верховенства права принадлежит суду. Однако при осуществлении этой функции, в силу нахождения суда внутри государства, властных элит различного уровня, неизбежно возникает внутреннее противоречие: часть государства должна постоянно и эффективно ограничивать само государство в пользу права. В России это противоречие, к сожалению, не разрешено и проявляется весьма очевидно и остро. Поэтому неудивительно, что наше общество, как достигшее какого-то порогового состояния, осознало, что без независимого суда, руководствуясь этой системой принципов, самые значимые институты могут быть легко превращены в различного рода имитации: основанные на телеоболванивании населения и подтасовках «электоральные технологии» — в легальные выборы; право собственности — в условное и зависимое держание, подлежащее защите только для «избранных» и т.д. В отсутствие верховенства права суд из органа правосудия превращается в инструмент замещения институтов антиинститутами.

Если суд как существующая внутри государства профессиональная сила отказывается или уклоняется от принуждения власти к соблюдению права, то порождаемая этим неэффективность реализуемой в стране социально-экономической политики — лишь малая часть цены, которую общество вынуждено платить за отсутствие действенных правовых механизмов. Более того, такая плата может оказаться весьма незначительной по сравнению с риском выхода на сцену иных социальных сил, которые, провозгласив лозунг достижения равного права для всех, вряд ли станут идти к достижению этой цели правовыми средствами. История показала, что в подобных ситуациях произвол и беззаконие многократно усиливаются.

Поэтому крайне велика ответственность тех профессиональных сил (судей, других юристов, особенно — находящихся на государственной службе), которые, руководствуясь внутрикорпоративными интересами, пребывая в состоянии своеобразного «государственного конформизма», согласны обслуживать любые интересы власти вне зависимости от того, какое отношение это имеет к праву, его соблюдению или нарушению. Однако, к сожалению, осознание опасности последствий такого конформизма среди названной категории профессионалов, как правило, отсутствует.

На практике объективная оценка социальных последствий действий юстиции, обслуживающей интересы власти посредством подавления права, заменяется мотивами «государственной службы», хотя в большинстве случаев речь идет не о действительных государственных интересах, а о сервисном обслуживании конкретных интересов конкретных лиц.

Искомое состояние общества, которое можно было бы охарактеризовать как верховенство права, немедленно достигнуто быть не может. Однако если мы хотим создать современную, экономически развитую и социально комфортную страну, у нас нет иной возможности кроме движения по данному вектору. Все иные предлагаемые, так называемые альтернативные, варианты представляют собой не что иное, как эрзацы, с помощью которых достижение желаемых результатов практически невозможно.

Представляется, что главное препятствие на пути возникновения и становления верховенства права в России — не нежелание власти руководствоваться этим мегапринципом, что, конечно, также имеет место, а отсутствие в обществе осознания его значимости. Поэтому движение в направлении его укоренения должно быть начато с распространения в обществе понимания, что без него не будут защищены права человека, не удастся создать ни эффективную экономику, ни политическую и экономическую конкуренцию, ни обеспечить существование абсолютного и защищенного права собственности и социальных гарантий для населения.

Цель авторов этой книги — донести свои мысли до как можно большего числа читателей. Чем больше людей осознает, что значимость движения в направлении верховенства права не сводится к простым «юридическим формальностям» и что именно от этого зависит возникновение базовых условий для динамичного экономического развития, тем больше шансов появится у нашего общества для перемен к лучшему.

Е.Г. Ясин,
научный руководитель НИУ ВШЭ,
доктор экономических наук, профессор

Е.В. Новикова,
директор Центра правовых и экономических исследований Экспертного института
НИУ ВШЭ, доктор юридических наук

РАЗДЕЛ I

ЭКОНОМИЧЕСКИЙ
АНАЛИЗ

ГЛАВА 1

«КОМПЕНСАЦИОННЫЙ НАЛОГ»

И ПРОБЛЕМЫ ЗАЩИТЫ ПРАВ СОБСТВЕННОСТИ

Г.А. Явлинский, доктор экономических наук, профессор

В последнее время внимание широкой публики вновь привлекла проблема итогов и наследия приватизации 90-х годов, включая печально известные «залоговые аукционы». Связано это во многом с предвыборными заявлениями в ходе президентской кампании премьер-министра В.В. Путина: вернуться к вопросу о так называемом «приватизационном налоге», о том, что он хотел бы закрыть тему «нечестной» приватизации в 90-х годах, но пока не знает возможного механизма. Правительство, готово вроде бы над этим вместе с командой Явлинского «подумать, активно поработать»¹.

Если предположить, что застарелая проблема легитимации крупной собственности может перейти из области затянувшихся идеологических и политэкономических споров в плоскость конкретного экономико-юридического анализа, подготовки и принятия соответствующих политических решений, то в этом сценарии нужно будет иметь в виду ряд проблем концептуального характера².

Назначенные миллиардеры

Оценки представителей экспертного сообщества, которые высказались по данной теме³, варьируются в интервале от полного от-

¹ «Что происходило в 1990-е годы. Мы с вами много говорили на этот счет, когда бизнес нередко сводился к простому дележу государственного пирога... Нам, конечно, и вот эту страницу тоже надо перевернуть. Есть и на экспертном уровне... Я с Григорием Алексеевичем Явлинским говорил на этот счет, здесь он прав, я с ним согласен, надо нам завершить этот период. Разные варианты предлагаются, надо с обществом, конечно, это обсуждать, с экспертным сообществом... Это должен быть либо разовый взнос, либо еще что-то такое, но вместе с вами нам надо над этим подумать. Я думаю, что и общество в целом, и предпринимательский класс в этом заинтересованы в первую очередь», — говорил В.В. Путин (<http://premier.gov.ru/events/news/18052/>).

² Подробнее см., в частности, статьи: Явлинский Г. Налог на словах // Ведомости. 16.03.2012; Явлинский Г. Отделить власть от собственности // Ведомости. 02.04.2012.

³ Бывший премьер Михаил Касьянов, например, сообщил на радиостанции «Эхо Москвы» (<http://echo.msk.ru/programs/skaner/857316-echo/>), что они еще в 2002 году вместе с Михаилом Ходорковским «этую тему обсуждали и такое предложение

ризация наличия здесь какой-либо общезначимой проблемы до широко известной позиции «левых», согласно которой идея компенсации потерь от приватизации возводится в степень и становится глобальной, поскольку для ее решения предлагается провести крупномасштабную национализацию стратегических активов и даже целых отраслей производства. Ясно, что при такой «атаке на капитал» проблема «приватизационного» налога снимается автоматически.

Легитимация собственности на производственные активы, приобретенные в ходе приватизации конкретными юридическими лицами, означает общественное признание за ними реального права не просто управлять в своих интересах этой собственностью, но и свободно ею распоряжаться, то есть продавать, закладывать, перепрофилировать и т.д., не спрашивая на то высочайшего дозволения и не опасаясь произвольного ее отчуждения по каким-то сиюминутным административным соображениям.

Сегодня степень такого признания в российском обществе все еще крайне низка. И тот факт, что предложения по проблеме легитимации приватизированной в 90-е годы крупной собственности, высказанные мной почти 10 лет назад, до сих пор вызывают в экспертном сообществе ожесточенные дискуссии, лишний раз доказывает, что приватизационная проблема не надуманна. И потому до сих пор остается актуальной.

Прежде всего в чем, собственно, состоит суть предлагаемых мер по легитимации собственности и в каких целях они могут и должны использоваться?

Изучив практику реформирования российской экономики на основе приватизации государственной собственности, проанализировав причины ее довольно скромных, по сравнению с ожидаемыми, результатов, а также опираясь на зарубежный опыт решения сходных проблем, я в ряде своих выступлений в прессе

Путину вносили». С весны 2002 года до дня его ареста я часто и подробно обсуждал с М. Ходорковским ключевые экономические и политические вопросы страны, однако этой темы он не касался никогда. В 2007-м группа депутатов Госдумы, в которую входил банкир Александр Лебедев, внесла законопроект № 499432-4 об установлении 20-процентного налога на сверхприбыли для собственников, получивших активы на залоговых аукционах (<http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28SpravkaNew%29?OpenAgent&RN=499432-4&02>). Тема действительно очень важная. Я работаю над ней с конца 90-х. Впервые тема легитимации крупной частной собственности была мною сформулирована В. Путину в связи с расширенным заседанием Госсовета 11 июля 2003 года — в день ареста П. Лебедева, о чем во время моего выступления я еще не знал.

в середине 2000-х годов обосновывал необходимость выплаты бенефициарами (выгодополучателями) так называемых «залоговых аукционов» денежной компенсации общественных потерь, связанных с приобретением у государства крупных производственных активов, в сущности, мошенническим способом.

При этом я рассматривал такой компенсационной налог не как способ пополнения бюджета или форму наказания олигархов, явно злоупотребивших в середине 90-х годов своим влиянием на власть, а исключительно в контексте мер, которые необходимо принять для нормального развития в России частного сектора в целом и крупного бизнеса — в частности, формирования серьезного и ответственного предпринимательского сословия и обеспечения в стране здорового и устойчивого экономического роста.

Одно из главных препятствий в решении перечисленных задач — это отсутствие в России ясных и понятных правил ведения бизнеса на длительную перспективу. И такое положение будет сохраняться до тех пор, пока не будет решен вопрос о легитимации частной собственности на основные производственные активы¹.

Население страны, значительная часть которого влачит жалкое существование, не нужно долго убеждать, что многие, если не большинство, из отечественных «делегатов» в списках «Форбс» были в свое время попросту назначены миллиардерами и «капитанами» российского бизнеса. Сегодня они имеют право пользоваться всеми преимуществами своего положения, получать огромные премии, рассчитывать на завидные «золотые парашюты». Однако они не могут распорядиться «своей» собственностью по собственному усмотрению и в полной мере. И в случае «назначения» на их место кого-то другого они получат в качестве «отступных» ровно столько, сколько решат власти.

Следовательно, вопрос о недостаточной легитимности крупной собственности не зависит от того, будут его поднимать на должную политическую высоту в ближайшее время или нет. Он значительно шире, чем добросовестная оценка юридической корректности «залоговых аукционов» и других сомнительных приватизационных сделок 90-х. Как, впрочем, и в последующие годы.

¹ См., в частности, мои публикации на эту тему: The Financial Times. 02.09.2003; Новая газета. № 91. 04.12.2003; Ведомости. 30.12.2003; Forbes. № 4. Июль 2004; Ведомости. Март 2007; Газета.ru. 10.07.2007; Явлинский Г. Необходимость и способы легитимации крупной частной собственности в России: постановка проблемы // Вопросы экономики. 2007. № 9. С. 4—26 (<http://www.vopreco.ru/rus/redaction.files/9.pdf>).

Негативное отношение подавляющей части населения к крупнейшим собственникам — бенефициарам приватизации остается все еще довольно ощутимым, и это «аукается» им до сих пор¹. Да и их «коллеги по цеху» не дают гражданам забыть, как сколачивались крупные капиталы. Достаточно обратиться в фактам, обнародованным в ходе хотя бы недавних лондонских процессов по поводу «исторического» спора между нашими олигархами, кто у кого из них больше украл из ранее украденного ими же у государства.

«Березовский против Абрамовича»: показательный процесс

Показательный — не только потому, что многое демонстрирует и освещает ранее не всем известные подробности взаимоотношений внутри российской власти, правительства «Черномырдина и молодых реформаторов», олигархии, но и потому, что помогает ответить на такие вопросы, от которых и теперь невозможно отмахнуться.

Первое. Подтверждается очевидная истина: заклинания «давайте забудем о прошлом» — грубая и небезобидная ошибка. Невозможно «разобраться» с коррупцией и произволом «нашего» времени без обращения к предшествовавшему ему десятилетию. Это — нераздельные 20 лет, это — одна и та же политico-экономическая система.

Второе. Либеральная общественность до сих пор корит «ЯБЛОКО» за то, что оно так и не смогло объединиться с идеологами, изобретателями и практическими организаторами залоговых аукционов в частности и практически всей нынешней системы управления государством в целом. Объединяться — значит принимать, оправдывать, прикрывать своим именем. Подробности, о которых рассказывали Абрамович и Березовский в лондонском суде, свидетельствуют, что власть этих людей и их политика имели критически мало общего с демократией и свободным экономическим рынком.

¹ Вот как писал об этом старший редактор журнала *Forbes* Пол Хлебников: «Вопиющий пример порочности приватизационной эпохи — пресловутые залоговые аукционы 1995—1997 годов. ...Покупая у государства активы в ходе такой закулисной сделки и по столь заниженной цене, вы рискуете, что ваши права на новую собственность никогда не будут надежно защищены. Сограждане будут считать вас мошенником, а государство — скорее хранителем активов, чем их подлинным владельцем» См.: Хлебников П. Дело «ЮКОСА»: Веха на пути к законности // *Ведомости*. № 211 (1011). 18.11.2003 (<http://www.vedomosti.ru/news-paper/article/69073/>); Khlebnikov P. The Khodorkovsky Affair // *Wall Street Journal* (November 17). 2003.

Третье. Работать в таком правительстве на ответственных должностях также было совершенно невозможно. Неизбежным стало бы соучастие в преступлениях и, как следствие, поглощение этой системой.

Высокий суд в Лондоне парадоксальным образом помогает дать еще один ответ на конкретный застарелый вопрос — почему не состоялось «объединение демократов». Помимо репутационной всплывает сущностная проблема. Две части демократов не соединились потому, что существовали на совершенно разных платформах: одни стремились быть демократами по существу, другие — по форме, с тем, чтобы использовать демократическую форму как предмет для торга с властями, осознавая, что такая «оппозиционность» может быть востребована и неплохо продаваться.

Основа конструкций «Выбор России» / «Демократический выбор России» / «Союз правых сил» — «крыша»¹, слияние с властью, ее продолжение. Это были партийные образования, занимавшиеся публичной политикой, но основой их существования была власть. Не партия формировалась власть и держала вес обстоятельств, не ее голос был решающим в ключевые моменты. Все было наоборот — власть создавала для себя партию².

В ответ на обвинение Б. Березовского в политически мотивированном принуждении к продаже активов по заниженной цене Р. Абрамович рассказывает о том, что активы таким же образом и приобретались.

¹ Р. Абрамович: «Крыша была нужна, было бы невозможно удержать контроль над компанией без крыши, поэтому нужна была и политическая, и физическая крыша». Он же: «Когда я еще начинал работать в кооперативах, я хотел показать всем, что времена меняются, что возможно зарабатывать, работать честно, платить все налоги. Был такой первый миллионер — Артем Тарасов, честно все обнародовал, заплатил налоги и партвзносы, а все стали говорить: его нужно посадить, и он в итоге уехал в Британию. Следующим свое состояние открыл Ходорковский. Тогда я хотел все показывать, чтобы всем был виден мой бизнес, но потом решил, что ничего хорошего из этого не выйдет и нужно не высовываться, это только спровоцирует проблемы для меня» (www.vedomosti.ru/politics/news/1417807/abramovich_ne_hotel_sudby_hodorkovskogo).

² В рамках системы «Березовского — Абрамовича» невозможны нормальный фандрайзинг по западной модели, нет независимой судебной власти и практически нет независимых СМИ. Кстати, фатальная проблема «Prokhorov's party» была именно в том, что от нее отказалась «крыша», без которой смертельными для проекта оказались несложные аппаратные игры. За изначально сделанный выбор партию «ЯБЛОКО» не любили именно те, кто сам не верил и не мог добиться какого-либо результата в своем деле без «крыши» или хотя бы союза с «крышевыми».

Это прежде всего касается залоговых аукционов. Адвокат Абрамовича спокойно рассказывает в суде о том, что решение о включении «Сибнефти» в схему залоговых аукционов было принято политическим руководством страны¹. В суде также звучат заявления и о том, что сделано это было для конкретных людей, которые должны были компанию гарантированно приобрести. Сам Абрамович признает и то, что аукцион по приобретению «Сибнефти» был фикцией², и то, что деньги на приватизацию «Сибнефти» он получил от предприятий самой компании³, которые взяли кредиты под залог будущих поставок продукции.

В описанном Абрамовичем процессе организации аукционов нет принципиальной разницы между их сторонами — «властью» и «бизнесом». Различие только в уровне власти внутри нераздельной системы. Березовский может больше, чем Абрамович; организаторы залоговых аукционов (на тот момент) могут больше, чем Березовский, и т.д. Однако чем дальше, тем понятнее, что игра по правилам этой системы не вела, не ведет и никогда не приведет к нормальной жизни.

Из логики «Абрамовича — Березовского» нужно выходить — это очевидно. И это возможно. Это демонстрируют сами Березовский с Абрамовичем, которые, оказавшись в Лондоне, перестали выяснять отношения «по понятиям» и обратились к закону. Сами ходили в суд, давали показания, подчинялись установленным правилам. И решение суда будут исполнять. Получается, что даже у столпов «понятийной системы» нет особой ментальности, препятствующей установлению власти закона в России. А уж у страны и подавно: она вполне может быть лучше, умнее, прогрессивнее.

Кстати, вскоре после дела «Березовский против Абрамовича» в Высоком суде Лондона начались слушания по иску живущего в Израиле бизнесмена Михаила Черного к еще недавно самому богатому человеку России Олегу Дерипаске. Истец требует от ответчика компенсацию за 20 процентов акций компании «Русал» (оценивается в 1–2,5 млрд долларов), которые Олег Дерипаска якобы передал ему во владение в 2001 году.

Правда, явка в первые два дня очередного тура российских слушаний в английском суде была невелика — всего два десятка че-

¹ http://www.vedomosti.ru/companies/news/1384512/priznalsya_v_korrupcii#ixzz22IfYo9xV

² http://www.vedomosti.ru/politics/news/1410605/abramovich_priznal_chto_aukcion_po_sibnetfi_byl_fikcijej

³ <http://www.gazeta.ru/business/2011/11/01/3819634.shtml>

ловек. Во время рассмотрения дела «Березовский против Абрамовича» журналисты были вынуждены стоять в зале суда, пока им не выделили две дополнительные комнаты с видеотрансляцией. Зато отныне британские юристы без запинки произносят не только уже знакомое местной публике слово «*krysha*», но и новомодное — «*dolya*», которые имеют важное значение для понимания «бизнеса по-русски»¹.

Перед глазами — совсем свежий пример с хозяевами «Банка Москвы» и компании «Интеко». Уверен, на очереди — новые по-добные сюжеты.

Проблема никуда не денется

Проблема практического и идеиного наследия приватизационных сделок сама по себе «не рассосется». Даже если нефть будет стоить двести долларов за баррель. Она останется и при негативном сценарии, если нефть существенно упадет в цене, а все несогласные и недовольные дружно потянутся за рубеж. Источник деструктивной напряженности в обществе все равно сохранится. Однако жизнь рано или поздно заставит вернуться к идее того или иного «закрытия» истории с залоговыми аукционами и с другими экзотическими примерами сверхобогащения.

Избежать возможных уже в краткосрочной перспективе социально-экономических потрясений либо существенно смягчить их удастся, если руководство страны наконец-то решится на серьезные меры по легитимации собственности производственного назначения, приватизированной по предварительному, эксклюзивному — как многим это было ясно с самого начала — говору заинтересованных лиц.

Конечно, определенных институциональных и политических проблем при этом не избежать. Но у государства есть достаточно рычагов, чтобы с ними справиться. Особых, непреодолимых технических преград на этом пути я не вижу: выяснить, кто был выгодоприобретателем той или иной сделки, не так уж сложно, особенно при наличии политической воли и более или менее «добровольного» согласия самих субъектов соответствующих сделок. Тем более что добрая половина из этих лиц уже и так в том или ином виде подверглась экспроприации. Рассчитать же адекватную сумму компенсации на основе предварительно выработанных

¹ <http://www.rbcdaily.ru/2012/07/11/world/562949984292064>

и принятых критериев — задача, с которой вполне может справиться группа квалифицированных экспертов.

Неубедительными и, мягко говоря, ошибочными выглядят ссылки апологетов нечестной приватизации на то, что она, мол, проводилась в соответствии с действовавшими на тот момент законами. Мы хорошо помним и то, как писались те законы и указы, и то, что принимались они не в интересах большинства, а под растущие аппетиты бандитского капитализма, вскоре ставшего олигархическим с благословения тогдашних идеологов этого процесса.

Еще менее состоятельны попытки различных ангажированных и добровольных защитников олигархического бизнеса, некогда «сорвавшего банк» в игре в «поддавки» с государством, «заболтать» принципиальную проблему пространными сентенциями о том, что любая собственность священна и если поставить под сомнение правомерность приватизации крупной собственности, то пострадают также многочисленные владельцы приватизированных малогабаритных квартир в панельных хрущевках и дачных шести соток.

Между тем в стране нет проблемы легитимации такой собственности. Есть определенные трудности с соблюдением права на нее в реальной жизни и защитой его в судах. Но само по себе право частной собственности в обществе сомнению не подвергается, поскольку злоупотреблений со стороны подавляющего числа граждан — непосредственных выгодоприобретателей от приватизации такого рода собственности не было. Подобные полемические «хитрости» крайне правых, представляющих интересы крупного бизнеса, шиты белыми нитками и призваны запутать либо запугать рядовых граждан с целью привлечения их голосов на свою сторону в ходе политической борьбы.

Нечего также опасаться и традиционному мелкому предпринимательству: право собственника распоряжаться своим магазином или парикмахерской всерьез никем не оспаривается, тем более что в большинстве случаев там и распоряжаться-то особенно нечем. Не случайно ведь, что такой бизнес способен выживать при любой власти и даже в отсутствие таковой.

Другое дело — крупные предприятия. Их владельцы, по определению, зависят от власти и ее решений. Для того чтобы они могли заниматься частным бизнесом с прицелом на длительную перспективу, вкладывать силы и средства в его развитие и модернизацию, необходимо точно знать: кто и на что имеет право и будет ли

это право признаваться властью и обществом через пять, десять или тридцать лет?

При этом речь идет не только и не столько о формальном праве. На бумаге можно записать все что угодно, но если это право не подкрепляется практикой отношений, то грош ему цена. Единственная действительная гарантия — это сила инерции общественного сознания, которое признает (или не признает) за конкретными гражданами их естественное и неоспоримое право распоряжаться тем или иным имуществом. Понятно, что важная роль в процессе легитимации принадлежит власти, которая своим действием или бездействием во многом формирует сознание общества, хотя и не может при этом определять его всецело.

Общество, бизнес и власть

Расчет на то, что проблема легитимации крупной собственности урегулируется сама собой, не оправдался еще и потому, что порочная практика деструктивных альянсов бизнеса и власти, начатая в 90-х годах, продолжается и в нулевых, и в десятых. В результате в стране сформировались, укоренились и приумножились силы, заинтересованные в сохранении существующего положения дел, по сути закрывающего для России какие-либо перспективы на будущее.

Корни ущербности прав на крупную отечественную собственность, связанные с невысокой степенью признания обществом ее законности, многочисленны и многообразны. Происхождение такого капитала (приватизация некогда «общенародного» достояния с помощью всякого рода непрозрачных и «кривых» схем) — хотя и базовый, но далеко не единственный и, возможно, даже не главный сегодня фактор, определивший в целом едва ли не всеобщее, включая госчиновников, подозрительное отношение к новым «хозяевам заводов и фабрик».

В числе причин недовольства частными собственниками можно назвать:

- не самое удачное управление большей частью переданных бизнесу активов;
- полукриминальные нравы, установившиеся в олигархической среде;
- откровенные попытки использовать взятки для контроля за принимаемыми решениями на всех без исключения этажах и уровнях государственного управления;

- монопольный диктат производителей и продавцов по отношению к потребителю¹;
- сомнительная репутация российского бизнеса за рубежом, в результате чего иностранный бизнес, особенно на первых порах, тоже был представлен в России не столько солидными, дорожащими своей репутацией международными корпорациями, сколько всякого рода авантюристами и проходящими.

Вот почему еще вопрос о легитимации крупной собственности, полученной в ходе приватизации производственных активов, необходимо решать так, чтобы все факторы, определяющие этот мучительный процесс очищения, стали предметом внимания, усилий и договоренностей власти, бизнеса и общества.

Суть «нечестной» приватизации, положившей начало новым порочным традициям российского бесправия, как раз и состояла в том, что трехсторонний договор, негласно и молчаливо заключенный на старте исторических перемен между обществом, становившимся на ноги бизнесом и новой нарождающейся российской властью, едва ли не сразу после смены общественного строя оказался вероломно, за спиной общества и в ущерб ему, нарушен двумя другими сторонами. И, что более существенно, неожиданно для него приобрел силу неправедного обычая и даже закона. Причем действующего преимущественно в направлении не столько улучшения, сколько ухудшения, в конечном счете, общей социально-экономической и политической ситуации в стране.

Тем временем список скандальных экспроприаций со стороны государства и переделов собственности с его участием множится, а число олигархов растет темпами, значительно опережающими темпы роста экономики и благосостояния народа. При этом легитимация крупной собственности так и не происходит, а наоборот, ее долгожданное умиротворяющее свершение, словно намеренно, затягивается и отодвигается на неопределенный срок.

Компенсация обществу потерь от нечестной приватизации необходима в принципе. Вопрос же о выборе той или иной формы компенсации — лишь один из аспектов проблемы, причем не самый главный. Какова будет ее конкретная форма — это предмет для экспертного обсуждения.

¹ Наиболее ярко сегодня это проявляется, например, в сфере ЖКХ, которая легитимные вроде бы итоги приватизации жилья обернула против нового, самого массового слоя собственников бесконечный и беспроблемный тарифный прессинг, выдавливающий из этих собственников последние соки.

Экономические уроки дела «ЮКОСа»

Если вам в любой момент могут предъявить претензии и осудить за участие в приватизации, то вопрос о том, какой вы платите налог на прибыль — 23 процента или 15 процентов, утрачивает актуальность. А опасность предъявления претензий очень реальна. Много говорят о «ЮКОСе» просто потому, что это была очень большая компания. Но аналогичные истории ежедневно повторяются по всей стране с тысячами предпринимателей: использование возможностей правоохранительных органов для манипулирования бизнесом стало обычной практикой.

Без решения вопроса о частной собственности, без обеспечения ее неприкосновенности и незыблемости любая экономическая политика будет постоянно заходить в тупик. Доверительные отношения между бизнесом и властью останутся недосягаемой мечтой, схватки между ними будут постоянными и бесконечными. ГORIZОНТ ПЛАНИРОВАНИЯ БИЗНЕСА БУДЕТ СУЖЕН ДО МИНИМУМА. Объем долгосрочных инвестиций в лучшем случае останется на нынешнем уровне. Кроме того, жертвой этих постоянных сражений окажется судебная система — вместо того, чтобы независимо вершить правосудие, она будет лишь выполнять политические указания. По той же причине жертвой станут и средства массовой информации.

Итак, во-первых, следует признать, что обвинения в незаконности приватизации имеют под собой основание. Самый яркий пример — залоговые аукционы, хотя вся приватизация была не просто неправильной, а криминальной¹. Многие люди лишились жизни из-за того, что и как было сделано. Во-вторых, решая

¹ Хорошо известно (и было известно в ходе залоговых аукционов), что проведенные приватационные сделки носили притворный характер, поскольку банки фактически «кредитовали» государство государственными же деньгами. Минфин России предварительно размещал на счетах банков — участников консорциума средства в сумме, практически равной кредиту, а затем эти деньги передавались правительству Российской Федерации в качестве кредита под залог акций наиболее привлекательных предприятий. В результате банки, «кредитовавшие» государство, смогли непосредственно либо через аффилированных лиц стать собственниками находившихся у них в залоге пакетов акций государственных предприятий. При этом вопреки правилам проведения аукционов банки не направляли кредитные средства на счет в Центральном банке, средства оставались в тех же коммерческих банках (см.: [http://ru.wikipedia.org/wiki/Залоговые аукционы в России](http://ru.wikipedia.org/wiki/Залоговые_аукционы_в_России)). Иначе говоря, активы у государства не покупались, а мешаническим образом у него отторгались и практически безвозмездно присваивались вполне определенным кругом частных лиц.

проблему, нельзя избирательно применять меры репрессивного характера. Это означало бы индивидуализировать проблему. Такой путь — это политика византийской интриги, запугивания, сведения счетов, но отнюдь не решение проблемы по существу. В-третьих, надо понимать, что административным способом пересмотреть итоги приватизации невозможно, даже если ограничиться 7–10 залоговыми аукционами. Потому что передел собственности, который будет осуществлен таким образом, ни к чему не приведет. Собственность перейдет от одних группировок к другим. Все, что ждет на этом пути, это новые тяжелые сражения. Нельзя допустить повторения истории. Ведь Россия так устроена, что она сначала совершают ошибку, последствия которой ужасающи, а потом, в стремлении все исправить, творит еще более страшные вещи.

Проблему нужно решать так, чтобы решение было понятно большинству граждан и обеспечивало, насколько это возможно, общественное согласие. В глазах людей приватизация, в ее нынешнем виде, — нелегитимна. Вследствие конфискационной реформы 1992 года (гиперинфляция составила тогда 2600 процентов за один год) население было лишено всех накоплений, а через пару лет появились 20–30-летние миллиардеры. Кто с этим может согласиться?

Чтобы укрепить права собственности, нужно показать людям, что появление частной собственности, приватизация могут быть ясными и открытыми, что и в этой сфере могут приниматься справедливые решения, а преступная связь бизнеса и власти должна быть прекращена. Поэтому решение проблемы не должно лежать в плоскости очередного кулуарногоговора бизнеса с президентом. Нужно принимать соответствующий пакет законов. Государство должно дать понять бизнесу: сделки по приватизации пересматриваться не будут, но вы заплатите по ним честную цену и на политику больше влиять не будете. И такой концентрации капитала в стране не будет больше никогда.

Предлагались и другие решения: например, возврат уплаченных в середине 90-х сумм, а затем новая, но уже прозрачная приватизация по рыночной цене. Или установление экспертыным путем реальной цены приватизированной собственности и выдвижение требований к нынешним собственникам заплатить разницу. Такие предложения в наших условиях представляются более чем сомнительными. Бессспорно только, что обсуждать нужно различные варианты выхода из сложившегося положения в целом, а не то, кто будет следующим за Ходорковским.

Есть, правда, еще одна проблема — это командные высоты в экономике. Какие из них и как государство хочет контролировать? Здесь тоже должна быть ясность, закрепленная законом.

Компенсация как следствие общественного договора

Могут быть предусмотрены разные варианты компенсации:

- в виде единовременного налога на бенефициаров — в случае, если удастся установить конкретных лиц, равно как и размер несправедливо полученной ими выгоды;
- введение определенных ограничений в отношении права распоряжения полученными активами в результате приватизации;
- установление некоторых социальных обременений и т.п.

Разумеется, вероятнее всего, что общее решение проблемы может оказаться довольно сложным, с применением различных форм компенсации в отношении тех или иных конкретных активов. Но это вопрос, скорее, технический и для узких специалистов.

С учетом понимания того, что потери, понесенные обществом из-за нечестной приватизации, возникли в значительной мере благодаря некорректным действиям самих бенефициаров и государственных органов, важно разработать, принять и реализовать пакетное, комплексное решение, в рамках которого государство взяло бы на себя определенные обязательства по защите прав собственности, а бизнес — по обеспечению большей транспарентности своей деятельности.

Цели такого решения:

- во-первых, поставить между властью и бизнесом своеобразный барьер, предотвращающий их слияние практически на любом уровне, включая местный;
- во-вторых, запустить работоспособный механизм, позволяющий легко оспаривать и признавать юридически ничтожными любые сделки, совершенные с незаконным использованием административного ресурса;
- в-третьих, создать на перспективу систему сдержек и противовесов в отношениях между государством, бизнесом и обществом.

Удовлетворение претензий общества к «приватизаторам» должно быть только частью этого комплексного решения. И без его реализации во всех трех его частях приватизационная компенсация

не будет иметь положительного долгосрочного эффекта и выродится в очередную кампанию.

Общему решению о компенсациях должен предшествовать диалог между представителями власти, политических партий, организаций предпринимателей, территориальных и отраслевых ассоциаций, независимых профсоюзов и авторитетных неправительственных организаций. Такой диалог должен вестись на уровне экспертов с тем, чтобы выработать добротный, жизнеспособный пакет законов, направленных на укрепление в обществе доверия к бизнесу, более четкое определение его прав и обязанностей, а также повышение ответственности за результаты и методы ведения бизнеса.

В результате должна быть достигнута одна из главных целей подобного открытого и равноправного диалога — замена закулисных договоренностей (а по сути, говора) цивилизованным лоббиированием и прозрачным для общества контролем за принимаемыми при этом государственными решениями. Необходимо исключить возможность подчинения деятельности отдельных ведомств, а также неправительственных организаций и объединений частным интересам конкретных бизнесменов и их групп.

Предстоит убедить правительство в необходимости отказаться от сомнительной практики «индивидуальной работы» с отдельными представителями бизнеса или их группами для выполнения своих, зачастую узкопартийных, имиджевых, предвыборных программ, так похожих на поборы, вымогательство и «крышевание», осуществляемые под соусом риторики о «социальной ответственности» бизнеса или же намеков на необходимость компенсации своих прошлых «грешков» перед обществом.

Наконец, предстоит создать необходимые условия, чтобы общество имело полную информацию о результатах деятельности предприятий и компаний, их конечных владельцах и выгодоприобретателях с тем, чтобы на этой основе судить о том, кто, как и в чьих интересах использует данные активы, составляющие ключевую часть национального богатства страны.

Следовательно, речь идет о своего рода общественном договоре, в рамках которого все взаимодействующие стороны попытались бы если не снять, то хотя бы упорядочить и сгладить взаимные претензии путем принятия на себя определенных обязательств. В первую очередь относительно прозрачности и подотчетности взаимных контактов и отношений, четкого разграничения сфер усилий и ответственности.

Демонтаж олигархической системы

Реализация такого многостороннего соглашения в конечном счете должна привести к демонтажу олигархической системы, сложившейся в России. Сегодня она подавляет мелкий и средний бизнес, разлагает государственные институты и сдерживает развитие гражданского общества. Вот почему решение такой комплексной, сложной задачи, как легитимация крупного российского капитала, нельзя сводить к чисто административному пересмотру итогов наиболее одиозных случаев приватизации и передела собственности с участием государства.

Подобный подход был бы слишком прост в исполнении, ошибочен по сути и не учитывал бы таких нынешних реалий, как:

- искусственная поддержка действующим режимом и бизнесом доминирования одной партии;
- явная для всех несменяемость власти;
- гигантские масштабы коррупции;
- всецелое чиновничество;
- продолжающиеся рейдерские захваты эффективной собственности;
- отсутствие независимых судов;
- отсутствие подлинно свободных СМИ;
- диктат крупных монополий федерального и регионального уровней;
- многочисленные офшорные счета.

Все это, к сожалению, уже сложившаяся система, результат не до конца продуманных либо, напротив, с намеренным идеологическим усердием «просчитанных» экономических и политических реформ, проведенных в стране за последние 20 лет.

Без учета всех этих обстоятельств и соответствующих, закрепленных в соглашении конкретных мер по их изменению само по себе введение компенсационного налога и осуществление еще каких-либо мер, направленных на частичное устранение последствий «нечестной» приватизации и других махинаций новейшего времени, «провернутых» с участием государства, приведет лишь к очередному перераспределению собственности, поскольку будет заведомо лишено объективных критериив обоснованности и эффективности.

В этом случае поменяются только фамилии собственников, в том числе олигархов, а не сама порочная система отношений,

сложившихся между властью, бизнесом и обществом. Именно таким образом из бизнеса, близкого к власти, уже в нулевые годы сформировался новый отряд классических олигархов и мульти-миллиардеров. Этую группу представляли те, кто не только посчитал себя «обделенным» в середине 90-х при разделе лакомых кусков госсобственности, но и, подобно тому, как это происходило при Ельцине, смогли воспользоваться своею приближенностью к Путину и поучаствовать в административном переделе капитала.

В результате усилилась бы напряженность во всем бизнес-сообществе и в очередной раз был бы дискредитирован институт частной собственности в целом.

Действия по демонтажу олигархической системы не должны быть репрессивными, вызывать у людей негативное отношение к реформам и ухудшать инвестиционный климат в России. Учитывая все это, я продолжаю настаивать, что для решения проблемы нечестной приватизации и профилактики различного рода злоупотреблений, связанных с собственностью, необходимо принять пакет законов.

Прежде всего — это законы об амнистии по экономическим и налоговым преступлениям. Они нужны для того, чтобы впредь не допускать исходящих от властных и силовых структур шантажа и спекуляций на компромате «смутного времени» середины 90-х годов и последующих лет.

В такой пакет должны войти также законы об урегулировании отношений бизнеса и власти и отделении последних друг от друга. Это законы о прозрачности финансирования политических партий и транспарентном лоббировании в парламенте. Сегодня в них ощущается острая необходимость. На протяжении последних почти двадцати лет финансирование политических партий фактически непрозрачно. В таких условиях те общественные сферы, которые не имеют финансовых источников для лоббирования, либо вообще не попадают в Думу, либо оказываются представленными в ней очень слабо. В результате законодательство и политика в стране становятся преимущественно делом толстосумов и бенефициаров будущих переделов собственности, а народ в основной своей массе надолго впадает в спячку.

Принятие такого пакета законов стало бы альтернативой практике регулярного — очевидно, под лозунгом «корпоративной необходимости и целесообразности» — тиражирования истории с «ЮКОСом» и искусственного создания предпосылок, способных привести к еще более серьезным последствиям, дестабилизирующим и без того сложную ситуацию в России.

Вопросы вместо ответов

В связи с этим подлинная деолигархизация и демонополизация российской экономики, ее диверсификация и энергичное развитие внутреннего рынка — важнейшие приоритеты политики государства. Этому как раз и могла бы способствовать реализация на деле идеи полной легитимации крупной частной собственности.

Это означало бы, что общество наконец поверило в новый общественный строй и в то, что честно жить и работать во всех отношениях выгоднее и престижнее, чем постоянно изворачиваться, врать и жульничать. Ясно, что мобилизация общества на решение такой фундаментальной задачи по плечу только сильному и независимому правительству, действующему с учетом коренных интересов всего общества, а не отдельных его, доминирующих в данный момент социальных слоев и элитных группировок.

Нетрудно предположить, что успешной реализации подобных мер, гарантирующих права собственности и надежную защиту институтов власти в лице прежде всего президентских структур, Государственной думы, местных законодательных собраний и правительства всех уровней от неконституционного давления кого-либо со стороны, будет активно способствовать большинство бизнес-сообщества. Разумеется, кроме тех, кто видит себя исключительно в роли нынешних либо будущих автократов, олигархов и монополистов.

Важную положительную роль в данном случае могли бы при желании и твердой воле сыграть первые лица государства. Нетрудно перечислить инструменты, которыми они сегодня располагают, но которые используется ими пока довольно слабо и неэффективно:

- инициирование мер по проведению судебной реформы, обеспечивающей на деле реализацию принципа независимости судов;
- строгое, на личном примере, соблюдение принципа равенства всех граждан перед законом;
- целенаправленные и недвусмысленные усилия по демонополизации политической системы;
- реальная, а не притворная работа по обеспечению сменяемости власти.

Все это нашло бы конструктивное понимание у большинства россиян, вдохнуло в них новые надежды и позволило постепенно

перевести сложившиеся отношения между властью, бизнесом и гражданским обществом в более цивилизованное русло экономической и политической конкуренции, ненавязываемого партнерства, гласности, взаимного контроля и подотчетности. Пока же в этих отношениях доминируют волонтеризм, конъюнктурщина, политиканство, безответственное манипулирование общественным сознанием, произвол, поборы, откаты и силовые методы.

В нынешних условиях, даже если бы и наметился поворот в реализации идеи легитимации собственности, обозначенный В.В. Путиным, то это вызвало бы весьма неоднозначные чувства. С одной стороны, казалось бы, в стране впервые за много лет предпринимается попытка сформировать не эксклюзивные, а единые, цивилизованные, приемлемые для общества в целом, правила функционирования и приумножения крупного, социально ответственно-го капитала. Но в то же время невозможно было бы отделаться от серьезного беспокойства. Не начало ли это очередного передела собственности, подобного тому, что происходил в первой половине нулевых годов? Думаю, многие помнят, как тогда одно и то же богатство, некогда приобретенное сомнительным путем и вскоре существенно возросшее, вновь становилось предметом экспроприации, осуществляющей уже в отношении какой-то части прежних «хозяев жизни» с помощью государства в пользу новых бенефициаров, но, как и прежде, за счет общества и в ущерб ему же.

Не способ ли это отвлечь граждан от «вдруг» обострившихся внутренних политических проблем? Тех, что зреали давно, подспудно и, по сути, прямо восходят к масштабным жульническим переделам собственности в последние два десятилетия. Тех, что стыдливо скрывали от общества, но которые наконец-то представили перед ним во всей своей неприглядности в ходе двух недавних избирательных кампаний и проявились в виде беспрецедентных по масштабам и цинизму подтасовок, приписок и краж. Правда, в этот раз — миллионов голосов, то есть власти, а не собственности. Но в конечном счете — во имя все той же полупотаенной, полупризданной «кормилицы», на которой держится нынешняя корпоративная власть и которую так не хочется отдавать в «чужие» руки.

И не угроза ли спонтанного объединения электоральных, гражданских усилий общества заставила заговорить о необходимости легитимизации крупной частной собственности? Не это ли, в свою очередь, так сплотило правящий класс, что он приложил все силы, чтобы продлить существование своего ущербного политического режима. А для защиты нелегитимной собственности все средства

хороши, в том числе и экстренно срежиссированное противостояние двух групп общества: более пассивного, инерционного большинства и слишком активного меньшинства, одинаково и одновременно обманываемых и обкрадываемых господствующим политическим классом чиновников, олигархов и силовых структур.

Вот на какие непростые вопросы общего порядка выводит вроде бы частная тема «компенсационного налога», и список этот можно продолжить.

О прогнозе

«Когда и от чего рухнет власть Путина? На этот счет прогнозов много... Хочется, чтобы через полгода — прогнозируем: через полгода. Хочется через 12 лет — прогнозируем: через 12 лет. Почему так, а не иначе, у прогнозистов объяснений нет. И не может быть. Их вообще нет, и прогнозировать нечего. Можно только гадать или делать ставки в букмекерской конторе». Весьма справедливое соображение Александра Подрабинека¹.

Почему же нет убедительного прогноза?

В современной России системное строение политической сферы общества основано, во-первых, на слиянии бизнеса, собственности и власти, а во-вторых, как следствие этого слияния, на отсутствии закона как института и условности прав частной собственности.

Верификация такой оценки очевидна — она так или иначе подтверждается слишком многими происходящими политическими событиями. Вряд ли их нужно перечислять.

Утверждение об отсутствии «законов как таковых», то есть как института, требует пояснения. Так как в юриспруденции закон — это нормативный правовой акт, который принимается представительным органом государственной власти, а в России нет легитимного представительного органа власти и нет разделения властей, поскольку с середины 90-х годов в стране нет честных выборов, то есть выборов как таковых, фактически нет и государственного органа, представляющего народ нашей страны, то у нас нет и закона в полном и строгом смысле этого понятия. Поэтому законы в России — это не законы, а по сути внеправовые приказы, облеченные в форму «закона». На самом деле российское «правовое» регулирование преимущественно является произволом правящей группировки.

¹ Подрабинек А. Когда и от чего рухнет власть Путина? (<http://podrabinek.livejournal.com/129892.html>)

В связи с тем, что фундаментом российской политической системы является отсутствие законов как таковых, а также слияние бизнеса, собственности и власти, то присвоение собственности и доходов от нее происходит во многих случаях (особенно когда это касается крупной собственности) не путем экономической деятельности, а за счет личного присутствия во власти либо присутствия во властных структурах супруга (супруги), приятелей, купленных людей, то есть за счет, мягко выражаясь, административного ресурса.

В России у бизнеса и власти — общая финансовая система, а потому, строго говоря, то, что у нас называют коррупцией, ею не является. Общепринятое определение коррупции — это противоречавшее интересам общества использование должностным лицом своих властных полномочий в целях получения экономической прибыли (ренты). Иными словами, коррупция — это более или менее распространенный частный элемент в политической системе государства. Но в современной России это не частный случай, а сама суть всей государственной машины.

Смысль имеющего место в России политического процесса заключается и будет заключаться в защите властной группировкой своего положения во власти, а следовательно, и полученной за счет этого положения собственности и доходов от нее.

Поскольку бизнес и власть слиты воедино, то уголовный «закон», в частности, нужен лишь для того, чтобы защищать интересы более сильного в этом инцесте. Вследствие этого преступления (в большинстве стран мира кровные браки между близкими родственниками запрещены, уголовно наказуемы и осуждаются) наше экономическое хозяйство — это экономика с генетическим (врожденным) дефектом. Пока бизнес, собственность и власть неразделимы, едины, можно, скорее, вести речь не о государстве, а разновидности мафии (полукриминальной олигархии), у которой — свои «понятия»: **бизнес всегда должен быть зависимым**, то есть «в стойле».

В России все это пока осознается не до конца. И дело даже не в том, кто виноват, а в том, что поскольку проблема, по сути, не признается, то и исправить сложившееся положение не получается. Слишком многих в так называемых элитах нынешняя система устраивает, и им довольно и того, чтобы власть время от времени делала хоть какие-то примиряющие жесты. Кого-нибудь из известных людей выпустила из тюрьмы, а кому-то, вопреки ожиданиям, вдруг не присудила срок. Как в известном фильме, «добрый

следователь» Шарапов отпускает Груздева, которого продержали в тюрьме за преступление, которого он не совершил, а «старший товарищ» Жеглов его поучает: мол, он тебе еще и руки целовать за это освобождение будет.

Суть дела еще и в том, что **в России сегодня нет современной рыночной экономики в принципе, так как нет неоспоримых прав частной собственности и независимых хозяйствующих субъектов**. В такой системе не может быть конкуренции, а значит, эффективного экономического рынка. А плохо жить с экономическим ростом, но без развития, демократии и рынка, как мы знаем, при высоких ценах на нефть и сырье можно довольно долго. Пока все не стгниет.

То, что происходит в России после 1991 года, — это безвременное, продолжение смутного времени, начавшегося с государственного переворота 1917 года и разгона большевиками всенародно избранного Учредительного собрания в 1918 году¹ и продолжившегося приватизацией 90-х. Как недавно сформулировал авторитетный российский историк, Андрей Зубов: «1990-е годы — это время псевдодолиберализма, когда прошла обманная приватизация собственности, не давшая ни мира, ни благополучия большинству граждан страны, и когда были заложены основания нынешнего режима «жуликов и воров»... а режим, царивший в России в 1917—1991 годы, — это был преступный и кровавый псевдосоциалистический режим, продолжателем которого и является во многом нынешняя власть, объединяющая офицеров советской тайной полиции и партаппаратчиков»².

Ну, и каким может быть вероятный прогноз развития событий и будущего российской политической системы или отдельных ее субъектов при таком фундаменте? Вопрос представляется риторическим.

Есть ли альтернативы? Ответ зависит от того, насколько можно ожидать, что система откажется сама от себя, примерно как это произошло с советской системой. Вероятность такого развития событий в обозримом будущем практически равна нулю.

По большому счету, современная российская политическая и экономическая системы находятся в тупике и не собираются из него выбираться. Из этого и следует прогноз.

¹ См. в этом контексте: Явлинский Г. Февральские параллели. М.: Изд-во «Новая Газета», 2007.

² Зубов А. Политический кризис: Как починить право // Ведомости. № 119 (3133). 29.06.2012.

* * *

Оптимизм, однако, можно и нужно сохранять и тогда, когда оснований для него почти нет. В России нужно исправлять сам фундамент российской государственности¹.

Но прежде всего необходимо определиться, какие ценности будут культивироваться в нашей стране. Реальность такова, что для России существуют только два пути: либо пытаться стать частью ядра мирового капиталистического хозяйства (этот путь условно можно назвать «европейским выбором»), либо искать свое место на его периферии. Очевидным должно быть одно — никакого «третьего», «евразийского», какого угодно «своего» пути нет и не будет.

Чем отличаются развитые страны от остальных? Общей и объединяющей развитые страны чертой является наличие определенного набора базовых ценностей, к которым в первую очередь относится приоритет прав человека, в том числе права собственности, индивидуальная свобода и стремление к той или иной форме социальной справедливости.

Без провозглашения и реального приоритета в качестве базовых ценностей человека и гражданина, его свобод, его права на собственность и одновременно на социальную справедливость, абсолютного главенства института права по отношению к соображениям о политической целесообразности и субъективным представлениям о ней конкретных лиц, наделенных властью и собственностью, Россия неизбежно придет в ряды наций бедных и бесправных.

Подлинные реформы еще только предстоит начать, и надо извлечь уроки из провалов в недавних реформах, которые привели к нынешней коррумпированной и авторитарной системе, а также подвести черту под нынешним периодом российской истории со всеми его политическими, социальными и экономическими последствиями.

Я вовсе не уверен, что в обозримом будущем реформы в нашей стране будут осуществляться, но если будут, то стоит задуматься — как это делать, чтобы они были эффективными, глубокими и необратимыми? Осмысление теории реформ с учетом российской культурной и исторической традиции и критический анализ их практики позволяют сформулировать некоторые уроки².

¹ См.: Явлинский Г. Ложь и легитимность. М. 2011.

² См.: Ахиезер А. Россия: критика исторического опыта. Том I—III. М.: Изд-во ФО, 1991; Явлинский Г., Космынин А. Двадцать лет реформ — промежуточные итоги? Российское общество как процесс // Мир России. Т. XX. 2011. № 2.

Урок первый. Главный объект реформы, претендующей на эффективность в условиях ХХI века, — общественное сознание. Реформа утверждается через мотивы и ценности, через сложившуюся культуру, и именно в этом смысле в конечном счете — через законы. При этом общество и его сознание нельзя «ломать через колено». Реформам нужно прорастание, а не перелом. Никакие решения не могут быть реализованы, если они противоречат жизненным интересам абсолютного большинства людей. Никакая цель не оправдывает средства.

Урок второй. Нельзя раскалывать общество. Цель модернизации — интеграция общества, а не его разделение. Носители модернизации, ее движущие силы, очаги и островки должны быть связаны со страной. Концепция модернизационного «локомотива», который подтянет к себе всю страну, не сработает. Государство должно быть инструментом интеграции общества, а не «локомотивом реформ», опережающим общество. Необходимо формирование такой государственности, которая осуществляет задачу интеграции массового сознания.

Урок третий. Не следует искать готовых решений в прошлом. Нельзя копировать готовые решения, необходимо вырабатывать пути трансформации, применимые к данному обществу в данный момент.

Урок четвертый. Нельзя провести успешные реформы в стране с отсутствием ощущения идентичности, разорванным и расколотым сознанием. С народом, преданным и развращенным его элитой, можно только дожидаться окончательного распада.

Урок пятый. Скорость реформы — не главное. Постоянное ожидание быстрого эффекта и истерия по этому поводу крайне вредны в стратегическом плане. Это очевидно на расстоянии, но надо научиться видеть это внутри процесса.

Урок шестой. Необходимо избегать «реформаторского фетишизма» — сведения реформы к одному элементу, например к экономике, а внутри экономики — к монетаризму.

Урок седьмой. Реформа — это выращивание будущего из небольшого первоначального звена, обладающего зачаточными чертами положительных изменений.

Операция по оздоровлению политической и экономической жизни России — отделению бизнеса и собственности от власти — чрезвычайно сложна и опасна, но именно она нам и предстоит.

ГЛАВА 2

ЗАПРОС ЭЛИТ НА ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА¹

Л.М. Григорьев, заведующий кафедрой мировой экономики факультета мировой экономики и мировой политики НИУ ВШЭ, кандидат экономических наук

В широком смысле «спрос на право» формируется в практической деятельности человечества веками. Мы не будем возвращаться в этой работе к тому, как формируются отношения и как «общественный договор» реализуется через сложную эволюцию законов, неформальных отношений, нарушений и реорганизаций. Нам достаточно констатировать, что для развитого демократического общества господство закона естественно и навязывается всей системой принуждения. Изменение закона в этих условиях проходит через процесс политической конкуренции, и выигрывает тот, кто в состоянии победить на выборах или в судах. Нарушитель законов, особенно базисных, карается достаточно эффективно по мере выявления и поимки.

При обсуждении законодательства в демократическом процессе обычно идет борьба за изменения закона, выгодные тем или иным группам интересов. Победители решают свои проблемы, создавая правила для всех, включая себя. Это может происходить только в том понимании, что их выигрыш в данной конкурентной ситуации приемлем для остальных как общее правило. В мусульманских обществах, например, нарушение действия обычных демократических конституций и коррупция приводят к спросу на шариатское право со стороны широких масс бедноты как к надежде на справедливость.

Это подчеркивает важность постановки вопроса — «чей спрос на право», какого социального слоя? Вряд ли есть сомнения во всеобщем спросе на надежность криминального законодательства, но даже трактовки подходов к праву бюрократии и бизнеса в России остаются весьма различными². В традиционных дискуссиях по

¹ Более развернуто данная проблема изложена автором в работе «Спрос элиты на право — «эффект трамвая», опубликовано в материалах конференции Леонтьевского центра в 2012 г.

² См.: Верховенство права и проблемы его обеспечения в правоохранительной практике / под ред. В.М. Жуйкова и др. 2-е изд. М.: Статут, 2010.

данному вопросу обычно субъект запроса остается в тени — чаще даже «маскируется» под спрос со стороны общества, гражданского общества и т.п. С нашей точки зрения, спрос на право имеет критический момент — спрос правящей элиты на право. Без участия реально правящей элиты борьба за право идет мучительно и часто описывается в терминах конфликтов, насилия (со стороны элиты, в том числе) и революций. Иными словами, правящая элита, вводящая сознательно более жесткие правовые требования под воздействием запроса со стороны «общества» (бизнеса, гражданского общества, воздействия внешней критики), может радикально поменять ситуацию. В какой-то степени правящая элита может сдерживать реализацию верховенства права, преследуя свои интересы на определенном этапе, но рано или поздно она должна быть заинтересована в установлении адекватного правового порядка и его обеспечении с целью как общественного блага в широком смысле слова, так и исходя из собственных интересов.

Различие интересов определяет спрос на специфические положения права. Даже при устоявшейся системе институтов права (формальных и неформальных) мы имеем дело не со спросом вообще и не на право вообще, а спросом групп интересов на специфические положения права. Эти общие положения являются исходным пунктом любого анализа права, в том числе с точки зрения его соответствия общественным интересам, то есть с учетом взвешивания по фактической переговорной силе групп.

Наша задача намного сложнее, поскольку представляет собой пересечение двух проблем, каждая из которых сложна сама по себе. Первая из них — это роль элит в спросе на право, а вторая — это формирование спроса на право в периоды глубоких общественных трансформаций.

При рассмотрении первой части проблемы — проблемы элит — мы полагаем важным, что речь идет не о политологии, а о фундаментальной проблеме политэкономии. Сужение объекта исследования — субъекта спроса на право — до элиты не делает нашу задачу легче по нескольким причинам. Во-первых, композиция элиты не всегда ясна, и вопрос консенсуса элит стоит очень остро. Во-вторых, интересы элиты не обязательно устойчивы и могут (как и у других групп и слоев) эволюционировать. Наконец, часто не ясны способ и процесс воспроизведения элиты при различных условиях. Для целей данной работы можно принять определенные упрощения. Мы сузим задачу до проблемы собственности и спроса на устойчивое право в этой сфере

у властующей (правящей) элиты¹. Последнюю мы понимаем по Р. Милсу как объединение элиты политической и финансовой. Под финансовой элитой мы понимаем тот самый верхний слой высшего класса, где принимаются основные экономические решения и сохраняется прямой или косвенный контроль над основными активами (с учетом коллективных форм владения и дисперсии собственности, конечно).

При таких упрощениях мы полагаем, что главный вопрос — единство элиты в своей постановке проблемы права, его устойчивости, качества и верховенства права. Расколотая элита не может эффективно реализовывать позитивные программы, поскольку находится (в виде отдельных групп) в борьбе за существование. Здесь мы сошлемся на ту простую идею, что элита, в отличие от всех (или большинства) других групп, имеет не только некую позитивную программу, но и одновременно следит за сохранением своего положения, анализирует последствия тех или иных изменений в институтах или политике на свое доминирующее положение и соотношение позиций элитных групп. Важнейший прикладной вывод из этой двойственности состоит в том, что элиты в принципе не функционируют на базе чистой рациональности. Они вынуждены (заинтересованы) постоянно контролировать воздействие происходящих событий и предлагаемых законов на свое положение. Изменение положения других слоев при переменах в правовой среде носит обезличенный характер, часто не вполне очевидный для объектов воздействия закона. Многие общественные слои лишены возможности адекватно анализировать динамику ситуации, предвидеть события и последствия. Элиты — напротив — отлично понимают ситуацию (отлично не в смысле точности оценок, а в смысле внимания и улавливания контекста), располагают средствами мониторинга, анализа, воздействия и предотвращения нежелательных последствий.

Для наших целей отметим важный аспект эволюции интересов в закреплении контроля, предотвращении конфликтов по коренным вопросам прав собственности. Одно дело — борьба за собственность, иное дело — закрепление ее. И, наконец, как во всяком сообществе, ключевой вопрос — это правила воспроизведения элиты. В устоявшихся демократиях не всегда решение этой проблемы было таким простым, как в последние десятилетия.

¹ См.: *Higley J., Burton M.G. Elite Foundations of Liberal Democracy.* Latham, Boulder, New York, Toronto, Oxford. 2006.

Рузвельтовские изменения законов о наследовании привели к огромным изменениям в характере воспроизведения финансовой элиты. В последнюю декаду в развитых рыночных экономиках критика корпоративного менеджмента, чрезмерных бонусов, недостаточной ответственности собственников и менеджмента компаний привела как к судебным процессам, так и к резкому ужесточению регулирования и надзора. Идет заметное (хотя не коренное) изменение положение финансовой элиты под давлением элементов политической элиты и гражданского общества. Но правила наследования, банкротства, слияний и поглощений, контроля и смены контроля не претерпевают системных изменений, во всяком случае, пока.

Обращаясь к истории, столь популярной в последнее время у экономистов, можно сказать, что всякие ситуации потери правящей элитой контроля над обществом и собственностью (проигранные войны, революции) ставят вопрос о правилах перераспределения (захвата) собственности, правилах признания контроля и права распоряжения, открывающих путь к пользованию и владению. Исторические примеры и подход Манкура Олсона указывают на проблему перехода от исходного хаоса отношений собственности и неустойчивости форм, масштабов и норм изъятия текущего дохода производителей к стационарной эксплуатации ресурсов¹. Видимо, можно выделить повторяемость (при гигантском фактическом разнообразии) нескольких взаимосвязанных шагов: захват права собственности на ресурс (в случае «блуждающего бандита» захват сам по себе является единственным и достаточным условием для использования ресурса); закрепление контроля над собственностью на ресурс; легитимизация контроля (владения); переход к стационарному контролю и распоряжению на базе легитимного владения ресурсом.

Принятие элитой трансформирующегося общества тех или иных положений — процесс сложный. Забегая вперед, напомним, что всякая элита сама состоит из кланов и групп. Отношения между политической и финансовой (собственники) элитой

¹ «При анархии несогласованные конкурентные грабежи «бродячих бандитов» уничтожают стимулы для инвестиций и производства, мало что оставляя или для населения, или для бандитов. И для тех и других может быть лучше, если какой-то бандит утвердит себя в качестве диктатора — «стационарного бандита», который монополизирует и рационализирует грабежи в форме налогов». См.: Olson M. *Dictatorship, Democracy, and Development* // American Political Science Review. Vol. 87. No. 3 (Sep. 1993). P. 567.

редко бывают простыми, за исключением их совпадения (вроде «Мистера Дарси» у Джейн Остин). Конфликты между элитами вызывают огромные продолжающиеся сложности с формулированием целей реформ, методов, политических сдержек и противовесов, учета интересов собственников в долгосрочном горизонте и т.д.¹ Эта проблема сравнительно недавно (в 1980-е годы) нашла свое отражение в научной литературе как «договоренности (settlements) элит»².

Легитимность собственности дает основания для инвестирования и устойчивого развития экономики. Вопрос легитимизации контроля и собственности — ключевой вопрос завершения любого масштабного трансформационного процесса, включающего в себя изменение всей системы собственности или системной смены собственности. Задача трансформации состоит в том, чтобы создать политические и экономические институты, обеспечивающие не просто некий экономический рост, а динамичное развитие, обеспечивающие конкурентоспособность институтов в современном конкурентном мире. Естественно, элита может стремиться в общем случае легитимизировать, закрепить в практике и в законе такую систему институтов, которая ее устраивает на тот момент, но которая в состоянии как стимулировать, так и тормозить развитие. Причем это может быть сделано из «оппортунистического поведения» элит (или кланов властующей элиты), защищающих свое положение. Направленность двух векторов интересов элит — позитивные программы и сохранение своего доминирующего положения — могут оказываться если не в прямом конфликте, то под угрозой такого конфликта в будущем при том или ином сценарии развития событий. Это может вести к затяжкам с реформами в связи с попытками кланов просчитать или откорректировать обсуждаемые меры или законы с тем, чтобы минимизировать или снять эти угрозы в будущем. Затяжка решений в сфере реформы институтов может создавать дополнительные проблемы для институциональной системы и снижать потенциал развития страны.

Вторая сложная проблема, которая делает устойчивость прав и поддержку правового государства со стороны элит столь

¹ См.: Гаман-Голутвина О.В. Взаимодействие политических и экономических элит России: историческая ретроспектива и современное состояние // Вестник фонда развития политического центризма: Россия в условиях трансформаций (историко-политологический семинар. 2001. № 10. С. 38—47.

² Burton M.G., Higley J. Elite Settlements // American Sociological Review. Vol. 52. 1987. No. 3. P. 295—307.

затруднительной, — это масштабный пересмотр отношений собственности при революциях и трансформациях. Колossalные выгоды захвата собственности перевешивают как мораль, так и интересы развития. Совпадение интересов элит и экономического развития на ранних стадиях трансформации надо доказывать отдельно, причем на каждой стадии заново. Дело в том, что это не длительный исторический процесс формирования отношений собственности и распределения — теперь агенты хорошо информированы, понимают свои цели, а главное — ограниченность периода «открытых активов», то есть широких возможностей для захвата.

Дж. Бьюкенен обратился исходной проблеме формирования собственности: «Все это можно назвать действительной базой для возникновения прав собственности. Обе стороны принимают соглашение о распределении прав, которое в себе несет дополнительное соглашение о том, что индивиды будут действовать не нарушая условий. Таким образом, обе стороны могут уменьшить свои личные усилия по захвату и защите; в конце концов полная стоимость блага X может быть получена без затрат. Соглашение по правам двух сторон представляет собой договорную интернационализацию внешних эффектов, существовавших в додоговорном состоянии. ... Особое распределение прав, которое появляется при первом «прыжке» из анархии, прямо связано с относительной возможностью распоряжаться благами и относительной свободой поведения отдельных людей в существовавшем прежде естественном состоянии¹. Картину трансформации института собственности и самой собственности одновременно, конечно, выглядит совершенно иначе. Более того, в общем трудно провести границу между теми общественными элементами, которые создавали правила и использовали правила при приватизации².

Д. Бромли ввел понятия товарной и институциональной трансакции — вторая подразумевает действия, направленные на изменение «правил игры», а не на обмен товарами в рамках

¹ Бьюкенен Дж. Границы свободы. Между анархией и Левиафаном // Бьюкенен Дж. Сочинения. Т. 1. М.: Таурус Альфа, 1997. Гл. 2.

² Стоит напомнить, что в России, в отличие от Центральной и Восточной Европы, продолжаются споры о политическом характере приватизации, но практически не было судебных процессов о нарушении правил приватизации, конфликте интересов, манипулировании стоимостью и прочими обычными проблемами приватизации, и это при реализации 50—60 тысяч предприятий.

существующих правил¹. Нам кажется продуктивным исследовать (в будущем) процесс формирования институтов рынка и частной собственности с этой стороны. Новые отношения собственности и распределение собственности в наше время не могут возникнуть из простых отношений, проб и ошибок, легитимизации скачка из хаоса. Здесь речь идет о Реформаторе, выражающем интересы того Принципала, который мог санкционировать создание правил передачи и пользования собственностью. Могут быть приняты допущения, что ни тот, ни другой не сознавали последствий введения тех или иных правил на сколько-то протяженном временному горизонте. Но не может быть сомнений в двух аспектах этой проблемы. В России Принципал (тот, кто диктовал направления реформ при переходе власти) вполне понимал свою стартовую цель — формирование элиты собственников — и санкционировал создание правил именно с учетом приоритета данной цели (в других странах принимались иные цели)². И второе: как реформатор, так и Принципал имели все необходимые ресурсы, чтобы на каждом этапе осознавать последствия своей деятельности и вносить корректизы при желании и необходимости. Спрос на право вызвал большой интерес и интересную литературу, отметим работу К. Пистор³ и К. Хендли⁴.

Самый интересный случай для современников, разумеется, это постсоциалистическая трансформация собственности (и рыночной экономики, и общества в целом). Проблеме формирования институтов было посвящено несколько работ, которые следует упомянуть. Светозар Пейович в своей статье 1994 года адресуется инновациям в институциональных изменениях в процессе трансформации на языке конкуренции различных правил⁵. Из добровольных попыток и договоренностей возникают примеры «успехов» и «провалов», которые ведут к тому, что «первые»

¹ Bromley D. Economic Interests and Institutions: The Conceptual Foundations of Public Policy. New York, Oxford. 1989.

² Мы сознаем, что используем термин «принципал» из смежной области — в теории он отражает характеристики одного из действующих лиц (наряду с агентом) с точки зрения информированности и правомочий (в том числе права первого хода).

³ Pistor K. The Demand for Constitutional Law // Constitutional Political Economy. Vol. 13. 2002. No. 1 (March). P. 73—87.

⁴ Hendley K. Rewriting the Rules of the Game in Russia: the Neglected Issue of the Demand for Law // East European Constitutional Review. Vol. 8. 1999. No. 4. P. 89—95.

⁵ См.: Pejovich S. The Market for Institutions vs. Capitalism by Fiat: The Case of Eastern Europe // KYKLOS. Vol. 47. Issue 4. 1994 (November). P. 524.

(успешные) копируются другими индивидами и институционализируются в конечном итоге. Эта довольно ясная позиция характерна, видимо, для оптимистического периода трансформации. Мы бы были более осторожны в нескольких вопросах. Во-первых, при естественном процессе селекции нужно уточнить способность рынка институтов отличать (особенно быстро различать) успешные договоренности от провальных; во-вторых, строго говоря, нет априорной уверенности, что процесс селекции выберет правильные институты с точки зрения целей развития экономики в долгосрочном плане.

При «естественном» отборе институтов должны присутствовать субъекты, которые введут инновации в контрактах и договоренностях, потом они же и им подобные копируют те или иные договоренности, наконец, они сами закрепляют предпочтительные типы или взаимодействуют только в рамках таких типов, что и фиксирует те или иные договоренности. Процесс селекции неизбежно вовлекает два дополнительных аспекта: интересы активно действующих индивидуумов как в инновациях, так и в копировании и закреплении; критерий (и горизонт) оценки успеха или провала и связь с интересами. Но и это не конец усложнениям — нужно учесть еще два важных обстоятельства: фактор эволюции интересов групп и индивидов на разных стадиях процесса и постепенное выделение «влиятельных» индивидуумов или групп — видимо, победителей первого этапа трансформации. Так мы оказываемся перед цепочкой взаимосвязанных событий, в которых «победитель» этапа пытается, вероятно, закрепить те правила, которые позволили ему выиграть и продолжать выигрывать. Но вполне вероятно, что при достаточно большом выигрыше (который, возможно, трудно удержать) «победитель» может проявить оппортунистическое поведение и попытаться изменить правила игры для того, чтобы закрепить выигрыш и предотвратить угрозы потерь, конкуренции, утраты позиций. Отбор институциональных договоренностей может идти в соответствии с общим правилом успеха, но это не обязательно наилучший институт с точки зрения демократии или эффективного рынка. Так что естественная селекция договоренностей не гарантирует успеха для общества, эффективной рыночной системы.

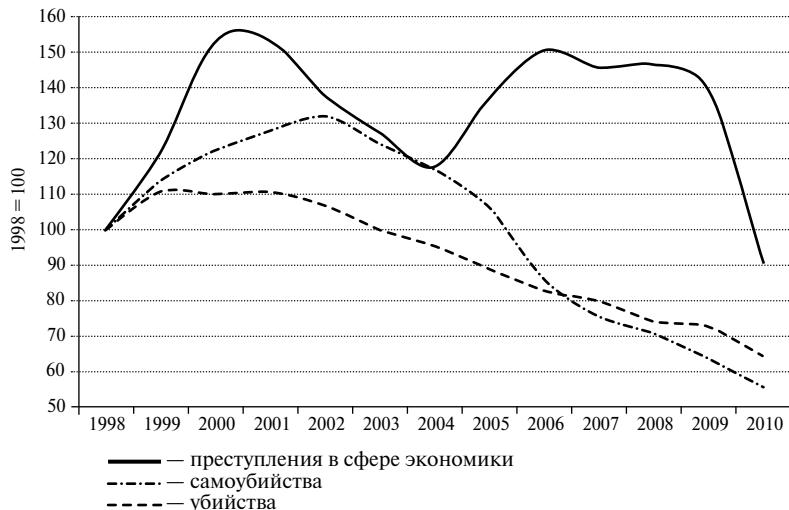
Вмешательство «реформатора» меняет ситуацию существенно, но и оно требует прояснения. Прежде всего реформатор должен действовать в общих долгосрочных интересах, что не всегда

соответствует действительности. Во-вторых, он должен быть необычно знающим и прозорливым, включая прогноз на формирование институтов и их взаимодействие (что непросто). Скорее мы предположим, что «реформатор» либо переносит институт извне, либо пытается его отыскать в добровольных хаотических попытках и сделках, либо имеет свою явную или скрытую повестку дня. В последнем случае селекция институтов может оказаться артефактом. К «реформатору» также относится вопрос о времени действия: до, одновременно или после начала массовых трансакций и контрактов в обновленной институциональной среде. И к нему также относится проблема интересов, материальных или престижных (власть и слава), толкающих его на оппортунизм. Следующее усложнение ситуации — это классификация индивидов, проводящих сделки и договоренности по фактору «продолжения» действия или же стартующих заново. И, наконец, при трансформации возникает вопрос о социальных интересах, расслоении реформаторов, изменении интересов на каждом шагу.

В своей статье «Income and Democracy» Д. Асемоглу и соавторы пришли к выводу, что экономический кризис (значительное падение ВВП за пять лет) ведет скорее к подрыву диктаторских режимов, чем демократий¹. Разумеется, этот результат получен на послевоенном периоде и отражает реалии Латинской Америки и распад социалистической системы более всего. Защита прав собственности при этом, естественно, должна обеспечивать возможность устойчивого во времени инвестирования. При слабой защите прав собственности возникают прежде всего огромные издержки по «текущей защите» собственности и возникает естественная реакция на угрозы — вывод капитала.

Одной из проблемных сфер защиты прав собственности в России остается активное применение уголовного законодательства за экономические правонарушения, использование этого средства, в частности, для незаконного преследования бизнеса и передела прав собственности. Во всяком случае, в обществе такое представление распространено достаточно широко. Согласно опросу Левада-центра от 17—21 сентября 2010 года, на вопрос: «Насколько распространены в России сейчас схемы отъема бизнеса с использованием «силовых структур»?» — 45 процентов респондентов ответили, что «такие случаи довольно распространены», еще

¹ См.: Acemoglu D., Johnson S., Robinson J. A., Yared P. Income and Democracy // American Economic Review. Vol. 98. No 3 (June 2008). P. 808—842.



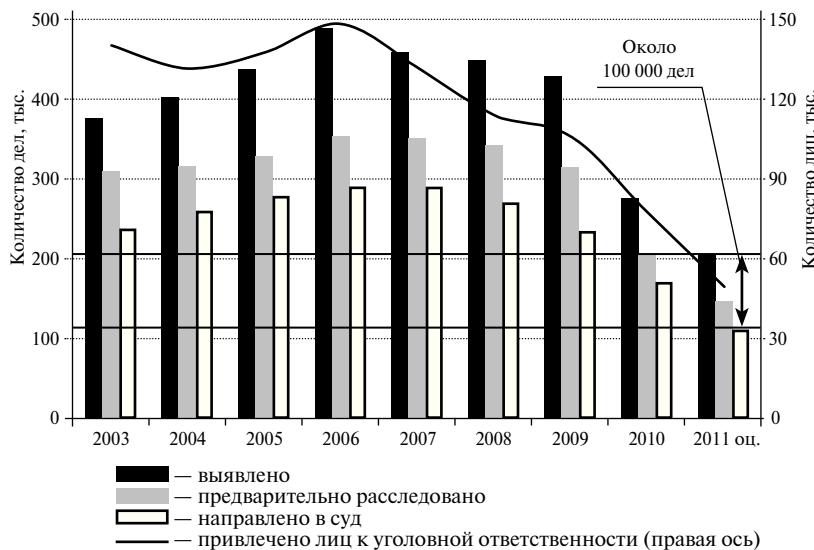
Источник: ФСГС РФ.

Рис. 1. Сравнительная динамика количества выявленных экономических преступлений, самоубийств и убийств, 1998–2010 гг.

18 процентов указали, что «это обычная практика деятельности «силовых структур»¹.

Результаты социологического опроса, безусловно, не могут служить релевантной основой для выводов о сложившейся ситуации, но и объективные данные свидетельствуют об активном применении мер уголовного преследования в отношении экономических правонарушений. Рисунок 1 иллюстрирует сокращение числа убийств и самоубийств, вполне объяснимое для периода экономического подъема 2000-х годов после трансформационного спада 1990-х годов. В то же время количество зарегистрированных преступлений, совершенных в сфере экономики во второй половине 2000-х годов, напротив, существенно превышало уровень конца 1990-х годов. Резкий спад экономической преступности (примерно в 1,5 раза) был зафиксирован в 2010 году. Этот год не был ознаменован экономическими потрясениями, но на него пришлось несколько изменений в сфере уголовного преследования, смягчивших уголовное преследование, включая отмену ареста как меры пресечения для предпринимателей.

¹ <http://www.levada.ru/05-10-2010/rossiyane-o-dele-magnitskogo>.



Источник: МВД РФ, оценка автора.

Рис. 2. Преступления экономической направленности: статистика МВД, 2003–2011 гг.

При большом количестве зарегистрированных преступлений значительная часть из них не доводится до суда (рис. 2). В отдельные годы их количество приближалось к 200 тысячам дел. В последнее время, по нашим оценкам, количество таких дел в абсолютном выражении сократилось, но оно все равно составляет около 100 тысяч в год. Между тем возбужденное против предпринимателя или одного из руководителей предприятия уголовное дело чревато серьезными издержками прежде всего для предприятия в целом. Издержки также несут и правоохранительные органы. Отсутствие результата в виде приговора суда, обвинительного или оправдательного, свидетельствует о том, что затраченные вследствие инициирования уголовного преследования ресурсы были использованы неэффективно.

Необходимость и важность использования инструментов уголовного преследования в отношении серьезных правонарушений в сфере экономики сомнению не подвергается. Как указывает Р. Познер, существует целый ряд причин, по которым в рамках преследования преступности целесообразно применять санкции не только в виде компенсационных выплат, а в виде штрафов

в пользу государства или неденежных, более серьезных наказаний, использующихся только в рамках уголовного преследования. Это и сложность взыскания компенсаций достаточно большой величины с правонарушителей, и необходимость государственного принуждения для предотвращения преступлений¹.

Вместе с тем уголовное преследование предпринимателей порождает целый ряд издержек, как прямых, так и косвенных, которые необходимо учитывать при формировании государственной политики в отношении уголовного преследования экономической преступности. С экономической точки зрения эти издержки должны быть исследованы для выработки наиболее общественно эффективных механизмов сдерживания преступности и наказания преступников.

Наряду с прямыми издержками — расходами на расследование дела, на действия судебной системы, системы исполнения наказаний, расходами предпринимателя в связи с возможной приостановкой бизнеса или собственной защитой — не менее значительными представляются также косвенные потери общества, связанные с избыточно широкими масштабами уголовного преследования бизнеса.

Прежде всего действующие предприниматели, как недобросовестные, так и добросовестные, которые осознают высокие риски применения серьезных уголовных санкций, имеют стимулы к априорному изменению стратегий поведения, а именно к разработке и избранию «стратегий выхода». В числе таких стратегий: переезд и вывод активов за границу, перевод бизнеса в «теневой сектор», отказ от высокорисковых инвестиций и снижение активности, а также априорная уплата взяток за гарантированное предотвращение преследования.

Рассмотрим вопрос выбора предпринимателя в условиях риска подвергнуться экспроприации, в частности за счет необоснованного уголовного преследования.

Мы исходим из рационального поведения капиталиста при сравнительно открытой экономике (ввоз — вывоз капитала). При колебаниях инвестиционного климата он пытается поддержать (максимизировать) доход при ограничении рисков. Но риск захвата собственности государством или рейдером, внезапных изменений правил игры (налоги), судебного преследования не выглядят как простая линейная функция. Мы исходим из того, что

¹ См.: Познер Р. Экономический анализ права. СПб., 2004. С. 299—301.

бизнесмен пытается одновременно максимизировать доход (в России — дома) и сохранить капитал для семьи и ведения бизнеса за границей. То есть он создает двухсекторную (двухстроновую) фирму. В ней часть активов оставлена в России для максимизации дохода при высоких рисках, а часть выведена за рубеж как низкорисковый капитал для «непотопляемости». Полагаем, что такая модель поведения достаточно широко распространена в России, включая заграничные счета индивидов, покупку низкодоходной недвижимости в Испании, Болгарии и т.д. Раз вступив на путь диверсификации рисков, бизнесмен автоматически понижает инвестиции дома, повышая стоимость кредитных ресурсов внутри страны и выводя сбережения за рубеж в форме долгосрочных, обычно прямых (частично ликвидных) вложений. Заметим, что такая форма оптимизации рисков и управления активами имеет большое значение для любых макроэкономических моделей, поскольку фирмы и граждане самостоятельно осуществляют арбитраж и могут достаточно эффективно проводить решения, которые могут совпадать, а могут идти вразрез с намерениями денежных властей страны. Вопрос, разумеется, в масштабах проблемы, но все показатели вывоза капитала указывают на масштабность потока. Отметим, что в данном случае нужно учитывать именно валовой вывоз капитала в рамках модели на микроуровне. Ввоз капитала (даже если это те же агенты) осуществляется с целями извлечения высокой прибыли по совершенно другим (спекулятивным) правилам, хотя может быть частью той же стратегии агентов по сбалансированию своего риска и дохода. Для анализа бегства индивидуального капитала можно предложить следующую модель.

Бизнесмен располагает значительными активами, позволяющими маневрировать их аллокацией дома или за границей. Норма прибыли и риска «дома» намного выше. Вопрос заключается в том, как бизнесмен оценивает риски потери бизнеса дома на горизонте в T лет: от давления государственного бизнеса, рейдерства или резкого ухудшения правил игры (налоги, доначисление «старых налогов»). Эти вероятности он складывает в рисковую переменную для данного горизонта. Из прибылей дома (и в офшоре) он вычитает всю сумму платежей теневой экономике, скрытым соучастникам бизнеса, всю сумму платы за протекцию и при коррупции. Естественно, пока высокие домашние прибыли окупают все риски и нелегитимные расходы, а перспективы выглядят сколько-то надежно, бизнесмен будет держать бизнес в России. Но его действия могут быть обращены на постепенное перебазирование все

большей части активов в низкорисковые зоны ради сохранения своего здоровья, благополучия и устойчивости семьи. Сумма дисконтированных по риску прибылей постепенно может снижаться в домашней секции фирмы. Можно представить себе ситуацию скачка неопределенности для бизнеса, в которой норма дисконтирования резко увеличивается и зарубежные прибыли (при низкой норме дохода) становятся достаточно ощутимыми или перевешивают домашние¹.

Описанную ситуацию можно формализовать следующим образом. Зададим основное уравнение принятия решения предпринимателем в двухсекторной фирме (внутри и вне страны).

$$Outcome(T) = \sum_{i=1}^T \frac{Pf_i(h) - Costdef_i(h)}{(1+R)^i} - \sum_{i=1}^T \frac{Pf_i(off) - Costdef_i(off)}{(1+R)^i},$$

где:

$Outcome(T)$ — дисконтированный чистый доход предпринимателя за T лет;

Pf_i — ожидаемая прибыль каждой из секций фирмы от активов в периоде i ;

h — обозначение внутренней секции фирмы;

off — обозначение зарубежной секции фирмы;

T — горизонт оценки рисков в годах;

$Costdef_i$ — ожидаемые неформальные платежи, взятки, содержание политических проектов — издержки защиты в периоде i ;

$R = R(risk) = R(reid, grad, taxes)$ — ставка дисконтирования, где

$risk$ — агрегированный показатель риска;

$reid, grab, taxes$ — вероятности подвергнуться неблагоприятным обстоятельствам: рейдерской атаке, мошенничеством (хищением), вымогательству, налоговым искам соответственно — в отдельном году (в долях единицы).

Итак, мы рассматриваем: прибыли от активов дома и за рубежом минус прямые издержки защиты, дисконтированные по рискам потери капитала, судебного иска или рейдерства в обозримом будущем T . Мы вычитаем «внешние прибыли» только

¹ Естественно, в данный послекризисный период ставки процента в мире низки и норма дохода за рубежом — также. Подъем в Азии или более поздний подъем в ЕС и США может привести к смещению выгодности вывоза капитала даже при снижении рисков дома при определенном сочетании параметров модели.

для удобства, можно просто сравнивать две части уравнения (делить одно на другое и проч.). Когда показатель *Outcome* становится отрицательным, это означает, что зарубежные прибыли (обычно положительные) оказываются недостаточными для перекрытия ожидаемых потерь дома. Это серьезный повод для смещения пропорций капитала внутри фирмы в пользу офшорных активов (снижение издержек дома) или просто прекращения рискованных домашних операций. Очевидно, что решение этого уравнения — точнее, даже решение бизнесмена о распределении активов между домашним и заграничным секторами или даже об эмиграции (вместе с капиталом) зависит от нескольких факторов. Во-первых, от издержек поддержания контроля и защиты бизнеса (*Costdef*), а во-вторых, от оценки риска попасть под атаку рейдера, необоснованное преследование или чрезмерное «доначисление» налогов и штрафов (*risk — reid, grab, taxes*). Мы здесь берем только экономические издержки и не учитываем риск пребывания в тюрьме, угрозы жизни и здоровью предпринимателя (и членам семьи) со стороны криминальных кругов¹.

Разумеется, мы сознаем, что для олигархов это все довольно затруднительно, хотя бы из-за масштабов капитала. И многие в бизнесе решают эту проблему совершенно иначе. Альтернативное решение приемлемо индивидуально на микроуровне, но совершенно не благоприятствует принятию риска, развитию инноваций, модернизации страны. Речь идет о срашивании с властью (на местах или выше), извлечении окологосударственной ренты или получении протекции в обмен на содержание скрытых (обычно) соучастников и несение больших неделовых расходов (которые, кстати, могут потом оказаться предметом судебного иска). Кроме того, срашивание с властью — дело тонкое и селективное, большая часть бизнеса, как показывают все истории масштабных коррупций, несет на себе платежи за протекцию, которая ставит бизнес в положение нарушителя закона и не может поэтому гарантировать иммунитет от судебного преследования и иных рисков, особенно при смене политических режимов, усилении демократии или проведении политики «чистых рук».

Но описанными явлениями косвенные издержки не исчерпываются. Высокие риски подвергнуться серьезным санкциям,

¹ Учет этих факторов возможен (и даже в той же формуле), но вес таких факторов будет существенно варьировать в зависимости от региона, отрасли, размера бизнеса и «готовности принимать риск».

включенным в состав уголовного законодательства, в том числе и необоснованно (в случае так называемых «ошибок I рода» — наказания невиновных, непременно возникающих при большом количестве уголовных дел), снижают стимулы начала предпринимательской деятельности для потенциальных предпринимателей, а также стимулы для расширения областей активности действующих предпринимателей.

Нарушение нормального порядка функционирования предприятия в случае инициирования уголовного преследования сказывается на широком круге контрагентов предприятия: поставщиках и покупателях, подрядчиках, кредиторах и т.д. В случае, если предприятие ведет трансакции с высокоспецифичными активами, его выбытие из цепочки добавления стоимости влечет весьма высокие издержки по поиску новых партнеров и адаптации к ним. Таким образом, негативный эффект от исключения одного предприятия из хозяйственного оборота может быть мультилицирован за счет издержек его партнеров.

Наконец, избыточное уголовное преследование бизнеса ведет не только к оттоку капитала, но и к сокращению его притока из-за границы, ухудшая имидж национальной экономики в глазах потенциальных инвесторов. Все эти косвенные издержки с трудом поддаются даже приблизительной оценке, однако в силу их потенциальных колossalных последствий их наличие должно приниматься во внимание при законотворчестве.

Мы исходим из того, что, по прошествии определенной эпохи от периода «блуждающих бандитов и баронов-грабителей» (разумеется, длительность этой эпохи зависит от исторической и национальной специфики), финансовая элита обретает контроль над основными активами (в том числе и постсоветскими) и нуждается больше в защите своего домена, его регулярной эксплуатации, чем в новых разборках и захватах.

Отказ от захвата бизнеса, искусственной криминализации сопровождается как улучшением законодательства в экономической сфере (улучшением инвестиционного климата де-юре), так и резким улучшением практики, применения права — улучшением инвестиционного климата де-факто. Очевидно, что это должно относиться как к большим компаниям и владениям, так и к среднему и малому бизнесу на региональном уровне. Это естественное завершение периода массового перераспределения активов 1990-х годов, прошедшего по правилам, далеким от справедливости и особенно от логики установления господства эффективных хозяйствующих

субъектов¹. Но мы полагаем такой переход неизбежным с исторической точки зрения, причем установление защиты прав собственности и условий для инвестирования и роста в России зависят от того, как скоро и как радикально будет запрещено подрывать чужой бизнес.

В данной работе мы стремимся показать, что правящие элиты должны решиться перейти к правовому решению проблем в целом для страны, поскольку это угрожает как развитию страны, так и их положению в стране в долгосрочном плане. Мы исходим из того, что как только элиты становятся «стационарными» и хотят максимизировать длительность своего пребывания на верху политики, финансов и общества, их спрос на право для всех и готовность выполнять общие требования должны возрастать.

¹ См.: Григорьев Л. Программы приватизации 1990-х годов // Экономика переходных процессов. Т.1. М., 2010. С. 479—523.

ГЛАВА 3

ЭФФЕКТЫ ИЗДЕРЖЕК ПРАВОУСТАНОВЛЕНИЯ И ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ

А.Е. Шаститко, доктор экономических наук, профессор МГУ им. М.В. Ломоносова, директор Центра исследований конкуренции и экономического регулирования РАНХиГС при Президенте России

ВВЕДЕНИЕ

Правоустановление и правоприменение — ключевые процессы формирования, изменения институциональной среды, институциональных соглашений и их влияния на систему экономических обменов в любом обществе. От устройства этих процессов зависит структура стимулов участников экономических обменов, их действий, а также результаты. В свою очередь, стоимость услуг, предоставляемых гарантами соблюдения правил (прав), так же, как и ошибки первого и второго рода, — одна из важнейших характеристик институциональных рамок воспроизведения множества экономических обменов, во многом определяющих результаты экономических обменов.

Ошибки I рода в правоприменении могут проявляться в виде чрезмерного наказания нарушителя (в том числе в результате злоупотребления правом на защиту) или в формулировании ошибочных запретов для участников экономических обменов в порядке применения действующих правил. В то же время ошибки II рода — это чрезмерно мягкое наказание нарушителя или ненаказание нарушителя вовсе, или отсутствие запретов в порядке применения правил там, где эти запреты (или ограничивающие условия) должны были быть сформулированы. В правоустановлении ошибки I рода — ошибочное установление запретов или ограничений, тогда как ошибки II рода — слишком мягкие ограничения или отсутствие запретов. Допущенные ошибки в известном смысле эквивалентны издержкам¹ и требуют учета при оценке полных эффектов правоустановления и правоприменения.

¹ Ошибки гаранта в стратегическом взаимодействии имеют разнообразные неблагоприятные последствия для участников игры, которые в общем виде могут выражаться в упущенном возможностях получения выигрыша, если бы эти ошибки не были допущены, при прочих равных условиях.

Результаты экономических обменов, выстроенных на основе правил и обеспечивающих их соблюдение механизмов, как известно, характеризуются двумя эффектами: распределительными и координационными. Распределительные эффекты могут быть рассмотрены как с точки зрения абсолютных размеров выигрыша (потерь) каждого из участников, так и с точки зрения соотношения указанных выигрышей (потерь). Причем в данном случае самостоятельный является вопрос о распределении выигрышей между участниками экономических обменов и третьей стороной-гарантом, предоставляющим услуги по обеспечению соблюдения прав собственности и контрактных прав. Это важно потому, что третья сторона-гарант обладает собственными интересами и, даже если и рассматривается как «черный ящик», тем не менее в контексте организации экономических обменов обладает рядом общих для их участников характеристик. В свою очередь, координационные эффекты соответствуют величине суммарного выигрыша, отражающего степень исчерпания возможностей взаимовыгодного обмена.

Поскольку любой институт состоит из правил и механизмов, обеспечивающих их соблюдение, то и ошибки могут возникать как в отношении к установлению правил, так и к их применению. В этом случае можно говорить соответственно об ошибках правоустановления и правоприменения на основе определения.

В качестве исходного пункта для дальнейшего анализа будет использована платежная матрица (см. рис. 1):

		Субъект <i>B</i>	
		Соблюдать	Нарушать
Субъект <i>A</i>	Соблюдать	$A_1; B_1$	$A_2; B_2$
	Нарушать	$A_3; B_3$	$A_4; B_4$

Рис. 1

Причем структура платежной матрицы обладает следующими свойствами: $A_3 > A_1 > A_4 > A_2$; $B_2 > B_1 > B_4 > B_3$ ¹, что соответствует характеристикам игры «дilemma заключенных». Особенность

¹ Представленные характеристики структуры платежной матрицы указывают на то, что в ней находит отражение классический парадокс: рациональные действия людей ведут к социально неоптимальным результатам (если только не учитывать более широкий контекст данной игры).

представленной ситуации, хорошо известной экономистам, сводится к тому, что взаимодействие рационально действующих субъектов в рамках одноходовой игры с одновременным принятием решений (то есть без возможностей формулировать предварительно достоверные обязательства) приводит к решению (равновесию), которое по своим характеристикам хуже, чем «отвергнутая альтернатива» — всем соблюдать правила. Далее будут рассмотрены следующие ситуации:

- влияние услуг гаранта, включая их стоимость, на результаты экономических обменов;
- влияние дискриминации со стороны гаранта на результаты экономических обменов;
- эффекты ошибок I и II рода со стороны гаранта;
- взаимосвязи между правоустановлением и правоприменением в контексте ошибок I и II рода.

1. ВЛИЯНИЕ СТОИМОСТИ УСЛУГ ГАРАНТА НА РЕЗУЛЬТАТЫ ЭКОНОМИЧЕСКИХ ОБМЕНОВ

1.1. Стоимость услуг гаранта

1.1.1. Недискриминирующий гарант

Не претендуя на максимальную общность примеров, которые могли бы соответствовать представленной выше структуре платежной матрицы, можно указать на две ситуации. Во-первых, это ситуация выбора между добровольным и вынужденным обменом, когда каждый из участников решает, использовать ли силу и/или коварство для получения контролируемых контрагентом благ или предпочтеть честный обмен, когда каждый из участников является покупателем и продавцом в соответствующем измерении (так называемые «вертикальные отношения»). Во-вторых, так называемые «горизонтальные отношения», когда участники рынка добросовестно конкурируют друг с другом в отличие от ситуаций, когда каждый из них пытается дискредитировать конкурента в глазах потенциальных контрагентов, получая в результате дополнительный выигрыш. С позиции каждого из игроков «честность» другого не имеет значения, поскольку если контрагент ведет себя честно, то ее можно эксплуатировать в собственных интересах, а если нечестно, то, по крайней мере, можно уберечься от больших потерь, если «не подставляться» и действовать симметрично.

С этой точки зрения основания для возникновения функционала третьей стороны (возможно, государства) как гаранта существуют в том смысле, что (1) перемещение в первый квадрат желательно с точки зрения соответствия критерию Парето-оптимальности; (2) собственными усилиями участников игры такое перемещение невозможно, так как не рассматривается вариант появления эволюционно стабильных стратегий в контексте многократно повторяющихся игр в рамках фиксированного множества участников. Соответственно, до тех пор, пока $A_3 > A_1$ и $B_2 > B_1$, у участников игры не будет стимулов выбирать такой вариант действий, который обеспечит эффективный по Парето результат.

Однако является ли наличие указанных соотношений, определяющих структуру платежной матрицы, которая в одноходовом варианте игры однозначно ведет к Парето-неоптимальному равновесию по Нэшу, достаточным основанием для вывода о необходимости государства в ситуации, не повторяющейся между указанными участниками игры? Покажем, что ответ на этот вопрос не является ни простым, ни однозначным.

Включение в игру третьей стороны как гаранта правил (и соответствующих указанных правилам прав) видоизменяет платежную матрицу в трех отношения (см. рис. 2):

- появляется плата за услуги третьей стороны-гаранта (T) вне зависимости от выбранных участниками игры решения, которая, как первоначально предполагается, распределена поровну между участниками обмена;
- появляются санкции в отношении игрока, признанного нарушителем установленных правил (Y);
- появляются компенсации стороне, признанной пострадавшей (Z), причем, как далее будет показано, $Y > Z$.

		Субъект B	
		Соблюдать	Нарушать
Субъект A	Соблюдать	$A_1 - \frac{T}{2}; B_1 - \frac{T}{2}$	$A_2 - \frac{T}{2} + Z; B_2 - \frac{T}{2} - Y$
	Нарушать	$A_3 - \frac{T}{2} - Y; B_3 - \frac{T}{2} + Z$	$A_4 - \frac{T}{2} - Y + Z; B_4 - \frac{T}{2} - Y + Z$

Рис. 2

Ухудшение положения нарушителей в результате применения санкций и улучшение положения пострадавшей стороны за счет выплаты компенсаций является необходимым условием такого изменения структуры платежной матрицы, чтобы равновесие по Нэшу, соответствующее критерию Парето-оптимальности, сместилось в первый квадрат. Смещается равновесие в первый квадрат или нет, зависит от размера санкций, которые, выполняя сдерживающую функцию, по Беккеру, должны как минимум сделать невыгодным *каждому* из субъектов нарушить установленные правила при условии, что контрагент их соблюдает. Иными словами, размер санкций должен удовлетворять условию: $Y > A_3 - A_1 = B_2 - B_1$. Отметим, что в данном случае эффективное сдерживание основано на двух условиях: (1) неотвратимость наказания (все нарушившие правила будут наказаны) и (2) достаточно высокие санкции, предусмотренные установленными правилами. Следует отметить, что это могут быть не только административные штрафы, но и такие формы наказания, как дисквалификация (для определенных типов нарушения), ограничение свободы.

Данная ситуация отражает некоторые существенные характеристики обезличенных обменов по Норту, воспроизводящихся в социальных порядках открытого доступа по Норту—Уоллису—Вайнгаству¹, которые характеризуются как минимум выполнением трех условий — верховенством права, постоянно существующими общественными и частными организациями и консолидированным контролем насилия, что в значительной мере снимает вопросы дискриминации в предоставлении услуг гаранта, а также — несанкционированного применения насилия к участникам экономических обменов.

Более детальный анализ ситуации предполагает обсуждение вопроса о различных вариантах соотношения величины санкций с разницей в выигрышах каждого участника. Действительно, возможен вариант, когда $Y < A_3 - A_1$ и $Y < B_2 - B_1$, причем $A_3 - A_1 \neq B_2 - B_1$, или $A_3 - A_1 < Y < B_2 - B_1$ (или наоборот). В первом случае санкции, несмотря на неотвратимость их применения, не выполняют сдерживающей роли. В результате равновесие останется тем же, но возникнет новый распределительный эффект — в пользу гаранта. Позволит ли гаранту извлечь чистый выигрыш

¹ См.: Норт Д., Уоллис Дж., Вайнгаст Б. Насилие и социальные порядки. Концептуальные рамки для интерпретации письменной истории человечества. М.: Изд-во Института Гайдара, 2011. С. 76.

или нет такая практика — другой вопрос, который требует сопоставления стоимости услуг для участников игры и издержек гаранта (см. далее).

В качестве короткого дополнительного комментария: ослабление допущения о равенстве разницы в выигрышах каждого из двух игроков при условии соблюдения правил контрагентом фактически означает, что единственность санкций не универсальна, что лишний раз иллюстрирует идею о том, что правила с соответствующими механизмами их соблюдения являются лишь ограничениями в ситуации выбора, но не детерминантами действий, а ответ на вопрос, действительно ли санкции за конкретный вид нарушений являются минимально достаточными для того, чтобы выполнять сдерживающую функцию, зависит от конкретных обстоятельств места и времени.

Приведем в качестве примера платежную матрицу, в которой соблюдены характеристики игры «дilemma заключенных», но распределение выигрышей асимметрично по возможным наборам действий участников (см. рис. 3).

		Субъект <i>B</i>	
		Соблюдать	Нарушать
Субъект <i>A</i>	Соблюдать	$12 - \frac{T}{2}; 8 - \frac{T}{2}$	$6 - \frac{T}{2} + Z; 10 - \frac{T}{2} - Y$
	Нарушать	$15 - \frac{T}{2} - Y;$ $4 - \frac{T}{2} + Z$	$9 - \frac{T}{2} - Y + Z;$ $6 - \frac{T}{2} - Y + Z$

Рис. 3

Если $Y > 3$, то ни *A*, ни *B* не имеет смысла нарушать установленные правила. Если $Y < 2$, то и *B* тоже выгодно нарушить правила безотносительно того, какое решение примет *A*, так что сдерживающая сила санкций равна нулю. Если санкции применены гарантом в соответствии с установленными правилами, то налицо ошибка II рода в правоустановлении. Наконец, если $2 < Y < 3$ для *A*, несмотря на санкции, вновь выгодно нарушить правила. Соответственно, доминирующей стратегией также становится нарушение правил. Что касается *B*, то выбор «нарушать» становится итеративно доминирующей стратегией в том смысле, что если бы *A* было выбрано соблюдение правил, то и *B* их соблюдал бы.

Однако поскольку *A* нарушает правила (предпосылка об известности структуры платежной матрицы участникам игры), то и *B* будет нарушать. Таким образом, если $Y < 3$, возникают ошибки II рода, связанные с некорректно установленными санкциями (поскольку пока предполагается, что гарант ошибок в применении установленных норм не делает). Такая ситуация отражает нарушение принципа сдерживающей функции санкций.

Соответственно, если в игре появляется третий субъект, то возникает более сложная ситуация стратегического взаимодействия ввиду того, что структура платежей должна отражать различные варианты комбинаций решений, принимаемых участников игры. В том числе: (1) все соблюдают правила, (2) два соблюдают, один не соблюдает, (3) один соблюдает, двое не соблюдают, (4) никто не соблюдает. Количество вариантов увеличится, если снять предпосылку о симметричности структуры платежей участников игры.

Кроме того, в этой связи возникает комплекс новых вопросов для выстраивания системы сдерживания в обменах, характеризующихся свойством обезличенности: (1) выявление субъекта или группы субъектов с максимальными значениями минимальных санкций, действенно выполняющих функцию сдерживания; (2) разработка такой системы санкций, которая позволяла бы избежать формирования итеративно доминирующих стратегий «нарушать» у тех участников игры, которые выбрали бы «соблюдать» в случае, если игрок (группа игроков) с наименее чувствительной к санкциям структурой платежей также выбрал бы вариант «соблюдать».

Вполне возможно возникновение ситуации с двумя неэффективными равновесиями, когда результатом нарушения правил обоими игроками является выигрыш, существенно более низкий, чем в случае соблюдения указанных правил. Иными словами имеет значение разница не только в выигрышах каждого из участников при условии соблюдения другим установленных правил, но и соотношение этой разницы с той, которая возникает в случае, если другой игрок, как предполагается, нарушает установленные правила. Частично данный вопрос разобран в свете дискриминации по стоимости услуг со стороны гаранта.

Отметим, что вопрос о размере санкций в данном случае специально не обсуждается, хотя он является одним из принципиальных в экономической теории преступления и наказания¹, так же

¹ См.: Becker G.S. Crime and Punishment: An Economic Approach // Essays in the Economics of Crime and Punishment / ed. by G.S. Becker, W.M. Landes. National

как и вопрос, кто именно эти санкции может применять¹. К этому вопросу мы вернемся позже, при обсуждении проблемы размера компенсаций и связанных с ними вопросов соотношения публичных и частных механизмов, обеспечивающих соблюдение установленных правил.

Постановку вопроса о размерах санкций (не только минимальных, но и максимальных), так же как и о субъекте, применяющем санкции, следует рассматривать с учетом одного важного обстоятельства: санкция — мера обоюдоострая и может превратиться из оружия защиты в оружие нападения как форма проявления злоупотребления правом на защиту. Вот почему важно учитывать также размер компенсаций (который вовсе не обязательно должен быть всегда положительным именно ввиду риска злоупотреблений правом). Далее при обсуждении вопросов дискриминации со стороны гаранта будет сделана специальная оговорка. Кроме того, вопрос злоупотребления правом тесно связан с ошибками I рода, которые влияют, как будет показано далее, на полную стоимость услуг гаранта и на силу сдерживающего эффекта санкций.

Даже если не принимать во внимание эффекты санкций и компенсаций, стоимость прямых расходов на услуги гаранта, как известно, может нивелировать результат относительно Парето-ненеоптимального равновесия в исходной игре. С этой точки зрения вопрос о том, что лучше — «война всех против всех» или «Левиафан», — остается открытым, особенно если не трансформировать его в «контракт среди равных». Действительно, не лучше ли участникам экономических обменов согласиться на то, что более вероятным вариантом взаимодействия будет вынужденный обмен, предполагающий нарушение правил каждым из них, чем такие распределительные эффекты с гарантом, которые, хотя и обеспечивают Парето-оптимальность равновесия по Нэшу в узком смысле, то есть в рамках рассматриваемой игры с гарантом, тем не

Bureau of Economic Research. 1974. P. 1—54; Buccirossi P., Ciari L., Duso T., Spagnolo G., Vitali C. Deterrence in Competition Law // Discussion Paper SP II 2009 — 14, Wissenschaftszentrum Berlin. 2009. P. 1—28; Sunstein C.R., Schkade D.A., Kahneman D. Do People Want Optimal Deterrence? // Journal of Legal Studies. Vol. 29. No. 1 (Jan. 2000). P. 237—253; Tabbach A.D. Does a Rise in Maximal Fines Increase or Decrease the Optimal Level of Deterrence? // Review of Law and Economics. Vol. 5. Issue 1 (Jan. 2009). P. 53—73.

¹ См.: Polinsky A.M., Shavell S. The Economic Theory of Public Enforcement Law // Journal of Economic Literature. Vol. 38. No. 1 (March 2000). P.45—76; Polinsky A.M., Shavell S. The Theory of Public Enforcement of Law// Handbook of Law and Economics. Vol. 1. North Holland: Elsevier, 2007. P. 403—454.

менее могут не соответствовать критерию Калдора—Хикса (возможностям улучшения положения одного или нескольких участников без ухудшения положения других) в случае, если бы у них была возможность выбора между системами обменов без гаранта и с гарантом — третьей стороной.

В связи с рассматриваемым вопросом о структурных альтернативах организации обменов важно обратить внимание и на то, что существует различие между защищенностью прав (связанных с соблюдением правил другими лицами) и наказанием нарушителя.

Охрана прав вполне может быть единственной в плане наказания нарушителя (отсутствие ошибок), но необязательно с точки зрения восстановления нарушенных прав, которое в данном случае имеет количественную оценку в виде размера полученной компенсации¹. Кроме того, и этот вопрос является одним из важных, — экономия на издержках, связанных с предоставлением услуг по гарантии прав, лишь на первый взгляд позволяет обеспечить безболезненный переход к комбинации стратегий, предполагающих соблюдение прав всеми участниками экономических обменов. Размер платы за гарантii при прочих равных условиях может повлиять и на вероятность совершения ошибок первого и второго рода, в частности, через нарушение стандартов доказательства при установлении фактов нарушения правил (прав).

Отметим, что в данном случае рента гаранта в общем виде может быть представлена следующим образом: $R = T - G$ (что в первом приближении можно рассматривать как целевую функцию гаранта, если только он не является одновременно участником игры наряду с A и B), а применительно к рассматриваемому случаю — $R_1^{ND} = T - G_1^{ND}$, где $G_1^{ND} = G_{1E}^{ND} - G_{1C}^{ND}$ — расходы гаранта как недискриминирующего монополиста, состоящие соответственно из G_{1E}^{ND} — расходов на поддержание порядка (обеспечение соблюдения правил и прав) и G_{1C}^{ND} — расходов на сбор платежей за услуги. В этой связи за пределами обсуждения остается вопрос конкуренции между гарантами — не только актуальной, но даже потенциальной. Вот почему в целях упрощения цена услуг гаранта рассматривается как экзогенная и не связанная с барьерами входа в сферу услуг по гарантированию прав собственности и контрактных прав. Кроме того, отметим, что в случае доминирования

¹ Стого говоря, возможна компенсация опосредованно: если размер санкций таков, что в дальнейшем необратимо ослабляет переговорную позицию одного из участников игры, но это уже другая игра.

демократических институтов $R > 0$ означает нецелевое использование средств, если иное не одобрено избирателями. Данный вопрос может быть учтен в рамках обсуждения проблемы сравнительных преимуществ различных способов гарантирования прав участников экономических обменов.

Указанный аспект является важным в контексте существующих различий в подходах, основанных на поиске оптимального режима сдерживания в случае, если гаранты максимизируют общественное благосостояние в отличие от ситуаций, когда они максимизируют свою целевую функцию, условия экстремума которой не совпадают с условиями максимизации общественного благосостояния. Однако в данном случае задача обсудить взаимосвязь максимизации общественного благосостояния с деятельностью гаранта в контексте проблемы ошибок I и II рода не ставится.

Имеет ли значение жесткость наказания с точки зрения достижения Парето-оптимальности результата в одноходовой игре? Да имеет, поскольку жесткость наказания влияет на соотношение между величинами выигрышем каждого из игроков при сравнении двух стратегий — «соблюдать» или «нарушать».

Однако то же соотношение указывает на необходимость соизмеримости наказания, тем более что к нему по идеи привязана и другая переменная — размер компенсации, который может рассматриваться как $Z = kY$ (без учета времени выплаты компенсации относительно момента совершения нарушения, то есть дисконтирующего фактора), где $0 \leq k \leq 1$, а k может рассматриваться как индикатор эффективности восстановления прав, если только величина санкций соразмерна тяжести нарушения. Отметим, что если $k = 1$, то, оказывая (прямое) сильное сдерживающее влияние и обеспечивая максимальный уровень восстановления прав с учетом имеющейся системы санкций, такая практика создает стимулы для провоцирования или имитации нарушения со стороны потенциальной жертвы, в том числе злоупотребления правом на защиту. Поэтому максимальная эффективность системы восстановления нарушенных прав не гарантирует наивысшей из возможных эффективности их защиты, а также наилучших из достижимых условий равновесия.

В этой связи нельзя не отметить, что вариант организации экономических обменов для случая $k = 0$ приводит к тому, что (а) сторона, которая может быть признана пострадавшей, не заинтересована в приложении собственных усилий для того, чтобы к нарушителю были применены санкции; (б) большая нагрузка при

выявлении фактов нарушения ложится на гаранта, в то время как и валовые (необязательно чистые) поступления от услуг по гарантии прав в случае обнаруженных нарушений будут выше. В частности, такая ситуация возникает, если, например, были нарушены права одного из участников обмена на конкуренцию, что, возможно, привело к ущербу, установить размеры которого с разумными издержками при существующих требованиях к доказательственной базе, не представляется возможным. Таким образом, весь размер санкций — это штрафы, уплачиваемые в адрес гаранта.

На первый взгляд, отсутствие компенсаций не влияет на определение условий равновесия в игре с гарантом — третьей стороной. Кажется, что действительно достаточно только санкций, применяемых к нарушителю.

Однако такой тезис основывается на одном нереалистичном допущении: все действия, связанные с установлением факта нарушения, — выявление нарушителя, установление степени его вины — по определению более эффективно выполняются третьей стороной-гарантом (государством). В данном случае получается, что штрафные санкции формируют часть дохода гаранта наряду с платежами за услуги, связанные с обеспечением соблюдения правил (прав). Однако при ближайшем рассмотрении санкции в отношении нарушителя могут быть составными: $Y = Y_G + Z$, где Y_G — оценка санкций, применяемых собственно гарантом (штрафы, Y_{GT} или стоимостная оценка санкций, связанных с санкциями в форме ограничения прав, в том числе прав свободы — лишение свободы, дисквалификация, Y_{NT}), тогда как Z — собственно размер компенсаций, выплачиваемых пострадавшей стороне.

В этой связи нельзя не вспомнить об известном правиле кратного возмещения ущерба нарушителями антимонопольного законодательства, когда коэффициент возмещения равен трем. При этом важно учитывать, что Y не является индикатором количественной оценки размеров нанесенного ущерба. Такое правило, не исключая использования услуг гаранта (но в данном случае эту функцию могут выполнить суды, а не набор «суды + административный орган»), может создать стимулы по защите правил и через данные правила — собственных интересов. Вот почему более осмысленным является рассмотрение вопроса о комбинации частного и публичного механизмов применения права в связи со сравнимыми преимуществами того и другого.

Соотношение между Y и Z имеет большое значение с точки зрения выстраивания баланса, позволяющего обеспечить

действенные ограничения на злоупотребления со стороны гаранта, формирующего переменную часть доходов от санкций, а также злоупотребления участниками экономических обменов правом на защиту.

До этого момента мы обсуждали только вопросы, связанные с одноходовыми играми, которые, являясь своеобразным аналогом обезличенных обменов, могут быть противопоставлены повторяющимся играм с неопределенным моментом окончания. Как известно, именно эта альтернатива рассматривается в качестве способа обеспечения изменения характеристик равновесия с тем же составом участников. Если бы участники экономических обменов имели возможность выбирать, какой способ обеспечения гарантий правил (прав) выбрать, то чрезмерная стоимость услуг третьей стороны — гаранта могла бы привести посредством конкуренции институтов к тому, что стали бы использоваться аналоги персонализированных обменов, в которых эффект повторяемости игры приводил бы к тому, что в ряде случаев участники игры предпочли бы соблюдать правила и права друг друга, но без участия третьей стороны-гаранта.

Соответственно, проблема в том, что может существовать класс ситуаций, когда у участников игры по сути дела нет выбора: (1) платить или не платить гаранту за услуги; (2) прибегать или не прибегать к услугам гаранта, даже если они и так оплачивают доступ к этим услугам. Однако то, что это действительно проблема с точки зрения обеспечения эффективности результатов экономических обменов, становится наиболее очевидным в связи с ошибками со стороны гаранта, которые создают дополнительные сложности выстраивания системы экономических обменов, минуя привлечение третьей стороны полностью или частично (то есть когда судебная составляющая функции гаранта используется, а административная — нет).

1.1.2. Дискриминирующий гарант

Рассмотрим вопрос о дискриминации со стороны гаранта, предположив, что n — доля стоимости услуг гаранта, оплачиваемая A , а $(1 - n)$ — доля, оплачиваемая B . В целях упрощения сначала мы не рассматриваем вопрос о дискриминации в части возникновения различий в размерах компенсаций, причитающихся соответственно A и B , а также других аспектах дискриминации. Соответственно, структура платежной матрицы примет вид (см. рис. 4).

		Субъект <i>B</i>	
		Соблюдать	Нарушать
Субъект <i>A</i>	Соблюдать	$A_1 - nT;$ $B_1 - (1-n)T$	$A_2 - nT - Z;$ $B_2 - (1-n)T - Y$
	Нарушать	$A_3 - nT - Y;$ $B_3 - (1-n)T + Z$	$A_4 - nT - Y + Z;$ $B_4 - (1-n)T - Y + Z$

Рис. 4

Если $n > 0,5$, то гарант дискриминирует в пользу *B* и наоборот, предполагая, что структура платежной матрицы симметрична. Следует подчеркнуть, что в результате дискриминации возникает эффект благосостояния (дохода) для участников игры (для кого-то положительный, а для кого-то — отрицательный), но набор доминирующих стратегий относительно недискриминационного варианта остается тем же ввиду единственности структуры платежной матрицы с точностью до монотонного преобразования. Подчеркнем, что дискриминация в данном случае имеет место не только потому, что цена одних и тех же услуг для разных субъектов разная, но и потому, что (1) предполагается отсутствие основания в виде соответствующих различий в издержках предоставления услуг разным категориям участников; (2) невозможны арбитражные операции между участниками обменов в части, касающейся оплаты услуг по гарантии прав.

Однако результат может измениться, если дискриминация распространяется на размеры наказания (в том числе в случае наличия дискреции в принятии решений гарантами) и компенсаций, которые выплачиваются при содействии гарантов. Пусть a_1 и b_1 — соответственно корректирующие коэффициенты при величинах наказания, так что $a_1 > 1$, $0 < b_1 < 1$, тогда как a_2 и b_2 — корректирующие коэффициенты при величинах компенсаций, причем $0 < a_2 < 1$, $1 < b_2 < m$, где m — коэффициент, устанавливающий связь между величиной компенсации и размерами нанесенного участнику игры ущерба ($Z = m(A_1 - A_2) = m(B_1 - B_2)$, что, строго говоря, основано на допущениях, которые в дальнейших исследованиях могут быть ослаблены). Коэффициент m в первом приближении является аналогом правила кратного возмещения ущерба, величина которого, в свою очередь, оценивается на основе сравнения тех выигрышей, которые были бы получены добросовестным участником экономического обмена в случае, если бы другой участник

соблюдал правила, с теми выигрышами, которые получены в результате нарушения им установленных правил.

Данное предположение сделано для того, чтобы не рассматривать случаи использования гаранта как инструмента для перераспределения выигрыша, улучшающего положение пострадавшего и создающего соответственно стимулы для злоупотребления правом, о чем было сказано ранее. Вместе с тем комплексное исследование проблематики ошибок I и II рода предполагает также изучение и данного вопроса в той мере, в какой предполагается оценить, в какой степени нормы, структурирующие экономические обмены, можно считать сбалансированными в смысле распределения выигрышей между действующими лицами, а также извлекаемого суммарного выигрыша (см. рис. 5).

		Субъект <i>B</i>	
		Соблюдать	Нарушать
Субъект <i>A</i>	Соблюдать	$A_1 - nT;$ $B_1 - (1-n)T$	$A_2 - nT - a_2Z;$ $B_2 - (1-n)T - b_1Y$
	Нарушать	$A_3 - nT - a_1Y;$ $B_3 - (1-n)T + b_2Z$	$A_4 - nT - a_1Y + a_2Z;$ $B_4 - (1-n)T - b_1Y + b_2Z$

Рис. 5

Ввиду того, что условие $Y > A_3 - A_1 = B_2 - B_1$ теперь оказывается недостаточным для выбора решения «соблюдать» игроком *B*, его стратегия может вновь измениться. Однако изменение его стратегии приведет и к изменению стратегии *A*, что в результате будет означать восстановление (после преодоления некоторого порога) Парето-неоптимального равновесия по Нэшу, когда дискриминация в части применения санкций и выплаты компенсаций приводит к доминированию стратегии «нарушать» для *B*.

Если предположить, что $n = 0$, $a_1 = 0$, $a_2 = 1$, $b_1 = 1$; $b_2 = 0$, то рассматриваемая ситуация будет напоминать хорошо известный принцип «друзьям (гаранта. — А.Ш.) — всё, остальным — закон», как наиболее четкое обозначение отклонения от принципа верховенства права. Правда, и здесь есть некоторый нюанс. Если по закону положена компенсация, в то время как на *A* не налагаются штрафные санкции, то и компенсация для *B* будет нулевой. Другой вариант — это штрафные санкции (которые также

не применяются к A , даже если нарушение выявлено) без выплаты компенсации по закону¹.

Отдельный вопрос — эффекты дискриминации для гаранта. Если такая дискриминация является результатом выбора гаранта, то величина ренты должна быть как минимум не меньше, чем в случае равномерного распределения бремени платежей, а также жесткости наказания и размера компенсаций. Где возникают возможные источники дополнительных выигрышней? Во-первых, это экономия на издержках сбора платежей в случае распределения основного бремени на тех, с кого легче всего их собрать и соответственно обвинить в нарушении правил, добившись вынесения окончательного обвинительного решения. Иными словами, первое условие — досягаемость участника игры для гаранта. Во-вторых, экономия на издержках, связанных с восстановлением нарушенных прав. В данном случае участники могут различаться возможностями восстановления нарушенных прав своими силами с учетом принятого гарантом решения. Таким образом, предполагается, что при равенстве общей суммы платежей участников игры, T , величина расходов гаранта, составит $G_1^D = G_{1E}^D + G_{1C}^D$, причем $G_1^D < G_1^{ND}$. Соответственно $R_1^D > R_1^{ND}$. Подчеркнем, что указанное соотношение не учитывает в качестве составляющей дохода разницу между величиной санкций в отношении нарушителя и компенсацией пострадавшим (часть санкций, которая существует в форме, передаваемой от одного субъекта другому, Y_{GT}).

Возможным основанием ослабления данного предположения является то, что (1) установление факта нарушения требует определенных издержек так же, как (2) установление нарушителя (а в более общей форме — субъектов, причастных к нарушению); (3) определение тяжести нарушения (степени вины); (4) определение меры ответственности (строгости наказания); (5) применение санкций к нарушителю (приведение в исполнение решения гаранта), не говоря уже о необходимости разработки соответствующей системы правил, включая правила применения санкций, тоже требует определенных расходов, о чем более подробно — в разделе III.

В свою очередь каждое из указанных действий не осуществляется автоматически, а предполагает решение комплекса вопросов

¹ В принципе такой вариант возможен, когда, например, участник рынка штрафуется за монополистическую деятельность, но штраф идет в бюджет, тогда как пострадавшей стороне приходится отдельно доказывать нанесенный ей ущерб с тем, чтобы взыскать компенсацию с нарушителя.

из сферы материального и процессуального права. Значительная их часть раскрыта в структуре индекса верховенства права¹. Применение той или иной технологии (соответственно выбор институциональной технологии), соответствующей указанным аспектам, связан с тем, какова вероятность ошибочного установления факта нарушения, выявления нарушителя и т.п.

В качестве предваряющего дальнейшее изложение комментария следует отметить, что дискриминация со стороны третьей стороны-гаранта создает определенные сложности в изучении ошибок I и II рода потому, что они предполагают не только необоснованное наказание или, наоборот, необоснованное освобождение от наказания, но и чрезмерную мягкость (жесткость) наказания. Получается, что в случае с дискриминацией можно обнаружить ошибки I рода в отношении одной группы участников экономических обменов и ошибки II рода — в отношении других.

Вот почему сначала рассматривается недискриминационный вариант с ошибками I и II рода с тем, чтобы отделить указанные ситуации от распределительных эффектов дискриминации с возможными интерпретациями ее последствий в терминах указанных ошибок.

2. ЭФФЕКТЫ ОШИБОК I И II РОДА СО СТОРОНЫ ГАРАНТА

Более общий — и реалистичный — случай, когда вероятность ошибок первого и второго рода больше нуля, но меньше единицы. Для начала предполагается, что данные вероятности одинаковы для всех участников игры (см. рис. 6).

Причем $\rho_1(Y - Z) \geq 0$, что соответствует принятой выше предпосылке о том, что размеры получаемой пострадавшей стороной компенсации меньше, чем общая величина изъятых ресурсов у стороны, признанной виновной. Аналогично $(1 - \rho_2)(Y - Z) \geq 0$. Интуитивно, чем выше вероятность ошибок первого и второго рода, тем больше оснований утверждать, что доминирующей может вновь стать стратегия «нарушать» для каждого из игроков, даже если *прямые издержки*, связанные с предоставлением государством услуг по защите прав, не столь велики.

В случае, если применяется дискриминация по вероятности неправового решения (административного или судебного), то, при

¹ См.: Agrast M.D., Botero J.C., Ponce A. The Rule of Law Index. Measuring Adherence to the Rule of Law around the World. World Justice Project. Washington. 2009.

		Субъект <i>B</i>	
		Соблюдать	Нарушать
Субъект <i>A</i>	Соблюдать	$A_1 - \frac{T}{2} - \rho_1(Y - Z);$ $B_1 - \frac{T}{2} - \rho_1(Y - Z)$	$A_2 - \frac{T}{2} + (1 - \rho_2)Z - \rho_1Y;$ $B_2 - \frac{T}{2} - (1 - \rho_2)Y + \rho_1Z$
	Нарушать	$A_3 - \frac{T}{2} - (1 - \rho_2)Y + \rho_1Z;$ $B_3 - \frac{T}{2} + (1 - \rho_2)Z - \rho_1Y$	$A_4 - \frac{T}{2} - (1 - \rho_2)(Y - Z);$ $B_4 - \frac{T}{2} - (1 - \rho_2)(Y - Z)$

Рис. 6

прочих равных условиях, это ведет к повышению привлекательности нарушения условий контракта подмножеством игроков.

Пороговое значение разницы в выигрышах действующих лиц, если вероятность ошибок первого и второго рода равна нулю: $(A_1 + B_1) - (A_4 + B_4) = T^*$. Соответственно, если $T < T^*$, то, при прочих равных условиях использование услуг гаранта имеет экономические основания в смысле возможности Парето-улучшения равновесия. Если $T = T^*$, Парето-улучшения не происходит. Если же $T > T^*$, условия равновесия в сравнении с отсутствием гаранта ухудшаются.

Если теперь предположить появление ошибок I и II рода, то появится новое соотношение: $(A_1 + B_1) - (A_4 + B_4) = T + 2\rho_1(Y - Z)$, что является более жестким условием для выбора каждым из игроков стратегии «соблюдать» установленные правила и соответственно абсолютные и относительные права собственности. Даже если $T < T^*$, существует множество ситуаций, когда услуги гаранта не приводят к улучшению характеристик равновесия в сравнении с результатами обмена без третьей стороны — гаранта. Предположим, что $\Delta T = T^* - T$. Соответственно если $0 < \Delta T < 2\rho_1(Y - Z)$, то все равно нет экономических оснований для использования услуг гаранта.

Полученный результат указывает на то, что *ошибки первого рода более значимы с точки зрения ухудшения характеристик условия равновесия и, соответственно, ухудшения его координационных эффектов*.

Кроме того, в представленном выше уравнении можно обнаружить, что оптимальные санкции, по Беккеру, могут не привести к желаемому результату, что, в свою очередь, может потребовать

более высоких санкций как способа компенсировать (увеличение) вероятности ошибок второго рода, но если это приводит также и к росту ошибок первого рода, то ситуация может лишь ухудшиться.

Соответственно, для компенсации негативных эффектов ошибок первого рода должна быть уменьшена сумма санкций, но тогда может пострадать сдерживающая сила санкций!

В приведенном примере важным представляется поставленный ранее вопрос о зависимости вероятности совершения ошибок I и II рода от количества ресурсов, затрачиваемых гарантом, а в более детализированном случае — от способа настройки стимулов исполнителей на стороне гаранта в условиях асимметричного распределения информации. Иными словами, речь идет не только о вероятности верификации, которая зависит от технологии и используемых в правоприменении ресурсов, но и от стимулов предпринимать какие-либо меры на основе полученных результатов.

Дополнение представленной выше ситуации фактором дискриминации по стоимости услуг, санкциям и компенсациям позволяет использовать далее следующую платежную матрицу (см. рис. 7).

		Субъект B	
		Соблюдать	Нарушать
Субъект A	Соблюдать	$A_1 - nT - \rho_1(a_1Y - a_2Z);$ $B_1 - (1-n)T - \rho_1(b_1Y - b_2Z)$	$A_2 - nT + (1-\rho_2)a_2Z - \rho_1a_1Y;$ $B_2 - (1-n)T - (1-\rho_2)b_1Y + \rho_1b_2Z$
	Нарушать	$A_3 - nT - (1-\rho_2)a_1Y + \rho_1a_2Z;$ $B_3 - (1-n)T + (1-\rho_2)b_2Z - \rho_1b_1Y$	$A_4 - nT - (1-\rho_2)(a_1Y - a_2Z);$ $B_4 - (1-n)T - (1-\rho_2)(b_1Y - b_2Z)$

Рис. 7

Соответственно, граничные условия при сравнении с ситуацией обмена без участия третьей стороны-гаранта примут вид: $(A_1 + B_1) - (A_4 + B_4) = T + \rho_1[(a_1 + b_1)Y - (a_2 + b_2)Z]$.

Дискриминация со стороны гаранта может распространяться не только на собственно стоимость услуг, а также размер

взыскиваемых штрафов (применяемых санкций) и выплачиваемых компенсаций, но и на вероятность совершения ошибок первого и второго рода, которые также могут дифференцироваться. Однако в невырожденном случае наличие дискриминации должно означать для участника игры в худшем положении не только более высокую вероятность ошибки I рода (если только это по каким-то причинам сильно не затрагивает интересы другого субъекта), но и более низкую вероятность ошибок II рода. Иными словами, в случае дискриминации одной из ее составляющих является принцип асимметричности распределения вероятности ошибок I и II рода по дискриминируемым субъектам.

Вследствие дискриминации по вероятностям совершения ошибок I и II рода искажающие эффекты еще более усиливаются, поскольку большая вероятность совершения ошибки I рода в отношении субъекта В, по предположению, означает большую вероятность выплаты компенсации А, и, наоборот, более низкая вероятность наказания В влечет за собой и более низкую вероятность выплат компенсации А, в том числе по причине того, что частноправовые иски будут иметь меньше перспектив удовлетворения в ситуации, когда нарушение на стороне В в публично-правовом порядке не выявлено. Таким образом, стимулы А не соблюдать права В усиливаются даже по сравнению с недискриминационным случаем, тогда как стимулы В соблюдать установленные правила (права) ослабляются ввиду как снижения ожидаемой компенсации, так и увеличения ожидаемых санкций в случае дискриминации в пользу А. Представленная матрица может быть использована для иллюстрации избирательности правоприменения в части санкций и выплаты компенсаций, основанной не на ограниченных возможностях субъекта правоприменения относительно массовости нарушений и в то же время сложности установления их факта (ввиду чрезмерной строгости правил) в лице третьей стороны — гаранта, а на дискриминации.

3. Ошибки первого и второго рода в контексте взаимосвязи правоприменения и правоустановления

В рамках данного раздела на основе простой классификации рассмотрены различные варианты соотношения между двумя компонентами института — правилами (соответственно правоустановлением) и механизмами, обеспечивающими соблюдение

установленных правил (первый параграф), а также показаны альтернативные варианты механизмов правоустановления в контексте решения задачи минимизации последствий ошибок I и II рода (второй параграф).

3.1. Простая классификация вариантов соотношения «правоустановление – правоприменение»

До этого момента были рассмотрены последствия ошибок I и II рода в части применения действующих норм безотносительно того, каким именно образом они были установлены. Это важно именно потому, что механизм, обеспечивающий соблюдение установленных правил, превращает указанные правила как набор некоторых предписаний в институт.

Вместе с тем содержание норм как таковое также имеет значение, поскольку именно в них указано, какие действия запрещены или, наоборот, разрешены. В этом смысле тезис о том, что нормы приняты хорошие (в соответствии с лучшими зарубежными практиками), а вот правоприменение портит всю картину — реалистичная история, но в то же время лишь часть более широкой картины. Соответственно, в зависимости от того, какова конфигурация запретов, можно строить и предположения относительно возможных вероятностей ошибок I и II рода в правоприменении с учетом сложившихся стандартов доказательства (в том числе установления факта нарушения, субъекта нарушения, определения степени вины, (в том числе нанесенного ущерба).

Вот почему ошибки в правоустановлении также могут иметь значение с точки зрения результатов экономических обменов — координационных и распределительных, несмотря на правильное применение установленных норм. Соответственно, взаимосвязь между правоприменением и правоустановлением — важный аспект развития любой правовой системы, проектирования любой реформы и отдельного закона как строительных блоков институциональной среды ведения бизнеса.

Однако даже если предположить, что ошибки в правоприменении не зависят от ошибок в правоустановлении, хотя и вместе влияют на результаты экономических обменов, можно выделить девять классов ситуаций соотношения между правоустановлением и правоприменением с учетом возможностей возникновения двух типов ошибок (см. рис. 8).

		Правоприменение		
		Нет ошибок	Ошибки I рода	Ошибки II рода
Правоустановление	Нет ошибок	1.1	1.2	1.3
	Ошибки I рода	2.1	2.2	2.3
	Ошибки II рода	3.1	3.2	3.3

Рис. 8

Прежде чем комментировать различные варианты соотношения правоустановления и правоприменения, необходимо отметить, что:

- (1) последствия ошибок в правоустановлении могут усиливаться ошибками в правоприменении (усиливающие эффекты);
- (2) последствия ошибок в правоустановлении в определенных случаях могут смягчаться ошибками в правоприменении (компенсирующие эффекты);
- (3) различные комбинации ошибок могут оказывать влияние не только на координационные характеристики результатов обмена (возможности их Парето-улучшения), но и на распределение выигрышей (или бремени издержек или риска) между его участниками;
- (4) если ошибки в правоустановлении можно квалифицировать в терминах неиспользованных возможностей Парето-улучшения результатов обмена (то есть координационных характеристик), то ошибки в правоприменении — лишь на предмет соответствия применения санкций в рамках отношения «правило — регламентируемое действие».

1.1. Отсутствие ошибок правоустановления и правоприменения. В этой ситуации выбирается наилучшее из доступных правил с точки зрения достижения институциональных границ экономических обменов¹, которое дополняется таким механизмом, который безошибочно выявляет и наказывает нарушителя. Наличие такой ситуации можно было бы предположить в случае, если

¹ Об институциональных границах экономических обменов см.: Шаститко А.Е. Неоинституциональный подход в экономическом анализе: постановка проблем // Фактор трансакционных издержек в теории и практике российских реформ / под ред. В.Л.Тамбовцева. М.: ТЕИС, 1998. С.131—132.

применить предпосылку о нулевых трансакционных издержках в отношении (а) поиска компромиссов в части установления правил, структурирующих экономические обмены и (б) принуждения участников обмена к соблюдению установленных правил.

1.2. Безошибочность установленных правил, совмещенная с ошибками I рода в правоприменении, — ситуация, которая, по сути, была рассмотрена в предшествующем разделе с той только разницей, что не были точно определены размеры вознаграждения гаранту, которое должны выплачивать участники обмена. Результат — «плохой» институт.

1.3. Безошибочность правил, совмещенная с ошибками II рода в правоприменении — ситуация, которая также нашла отражение в предшествующем разделе с аналогичной оговоркой. Результат тот же — «плохой» институт. Один из вариантов объяснения такого рода последствий тесно связан с побочным эффектом в виде правового нигилизма.

Именно для случаев 1.2. и 1.3. применим тезис, суть которого сводится к тому, что правила хорошие, а вот их применение — плохое. Основанием для такого аргумента может стать предположение о том, что правила могут быть заимствованы из других право-порядков, что нетождественно тезису о заимствовании институтов ввиду того, что механизм принуждения к соблюдению установленных правил обычно специфичен по той стране, в которой применяется. Однако в этой связи нельзя не отметить, что правила, отражающие лучшие практики, и правила, которые не содержат ошибок I и II рода — разные вещи именно потому, что не существует правил (как компонент института) отдельно от механизмов, обеспечивающих их применение.

2.1. Ситуация, когда правила ошибочны, хотя правоприменение безошибочно, с использованием предшествующего изложения, может быть охарактеризована так. Например, правило, ставящее фактически знак равенства между ущемлением интересов контрагента и ограничением конкуренции — ошибочно, но в случае наличия признаков ущемления интересов правоприменение вполне могло бы наказывать исключительно тех, кто ущемил интересы своих контрагентов. Представленная здесь ситуация типична для проблем антимонопольной политики, целью которой является защита конкуренции, обеспечивающей эффективное использование ресурсов. Однако ввиду неизбежных побочных распределительных эффектов применения инструментов антитреста возникает иллюзия поддержки с помощью данных инструментов отдельных

участников рынка. А следующий шаг превращения — применение инструментов антитреста собственно для защиты интересов отдельных участников рынка. Данный механизм особенно актуален потому, что с наиболее сильными стимулами, как правило, связана защита интересов отдельных групп, тогда как защита конкуренции как ключевой характеристики эффективных рынков, в свою очередь являющихся ядром современных экономик, наиболее слаба. Вот почему самым естественным предположением была бы гипотеза о беневолентном гаранте как способ обяснить инструменты антимонопольной политики и последствия их применения.

Однако данную проблему следует отличать от вопроса, насколько правильно установлен сам факт ущемления интересов участников рынка, что может считаться противозаконным, но не вести к ограничению конкуренции. В этом случае речь идет о стандартах установления факта ущемления интересов, а также соблюдении установленных стандартов. В этой связи следует отметить, что все добровольные экономические обмены включают элемент столкновения интересов. Соответственно, у каждого из участников обмена есть стимулы воспользоваться возможностями изменения баланса выгод и издержек в свою пользу, если такие возможности действительно есть. Соответственно, чем легче доступ к такого рода инструменту, тем меньше стимулов воспользоваться более «естественной» альтернативой — переключением на другого контрагента (особенно если с другим придется реализовывать ту же операцию принуждения).

2.2. Совмещенность ошибок I рода в правоустановлении и правоприменении фактически демонстрируют пример репрессивного гаранта, когда не только ошибочно устанавливаются запреты на определенные действия (бездействия), но и даже, несмотря на избыточные запреты, применение оказывается более жестким, наказывая и тех, кто соблюдает установленные запреты.

2.3. Совмещенность ошибок I рода в правоустановлении с ошибками II рода в правоприменении позволяют смягчить негативные последствия. Представленная ситуация хорошо вписывается в известную поговорку: «строгость законов компенсируется необязательностью их соблюдения». Однако из этого не следует, что результатом будет «хороший» институт.

3.1. Ошибки II рода в правоустановлении наряду с безошибочностью применения установленных правил приводят к ситуации, когда часть действий, которые должны были быть запрещены, а нарушители соответственно наказаны, остаются в рамках закона и не

подлежат наказанию (по крайней мере в правовом поле). Фактически это напоминает ситуацию воспроизведения двусторонней игры «дilemma заключенного», но при наличии гаранта, который своими действиями, даже если они безошибочны, не может надлежащим образом изменить структуру платежной матрицы.

3.2. Ошибки II рода в правоустановлении совмещены с ошибками I рода в правоприменении. В известном смысле эта ситуация похожа на ситуацию 2.3, но только с точностью до наоборот. Правила, на первый взгляд, не предусматривают квалификации того или иного действия как противоправного, но применение правила таково, что соблюдающие их также могут оказаться нарушителями. Иными словами, это корректировка избыточной мягкости правил более жестким способом их применения. Одна из проблем, возникших в рамках модернизации правил конкуренции в России, состояла в том, что, с одной стороны, законодатель признал: вертикальные соглашения (вертикальные ограничивающие контракты) следует рассматривать особо, так как они в целом несут в себе меньшие риски для конкуренции, чем горизонтальные соглашения. Однако на практике ситуации, когда производитель, заключая договоры с дилерами, одновременно конкурирует с ними на нижестоящих рынках, создавал определенные риски признания таких соглашений ограничивающими конкуренцию, — не как вертикальных, а как горизонтальных. В этом случае предусматривается совсем иная степень ответственности, что создает дополнительные риски для участников экономических обменов. В данном случае ошибка II рода могла состоять в том, что правила вроде бы не запрещают производителю конкурировать с дистрибутором на нижестоящем рынке. Однако отсутствие необходимой оговорки — то, что дистрибутор не является одновременно производителем конкурирующей продукции, — создает риски использования и вполне безобидных форм коммерческой практики.

3.3. Совместное возникновение ошибок II рода в правоустановлении и в правоприменении создает аналогичную ситуацию, что и в случае 3.1 за некоторыми исключениями. В частности, расходы гаранта в случае 3.1 могут оказаться выше, чем в 3.3.

Нетрудно увидеть даже на основе беглого сопоставления различных вариантов, что, при прочих равных условиях, получить «плохой» институт с точки зрения результатов обмена шансов больше, чем создать «хороший» институт. Вот почему специальная технология создания формальных институтов имеет значение (хотя, безусловно, не всегда достижима), даже если она и не

является универсальным способом решения поставленных проблем. Такой вывод тесно связан с характеристикой институционального подхода к исследованию экономических обменов, которая была дана Дугласом Нортом: «наш институциональный анализ не гарантирует “хеппи-энд”»¹.

3.2. Регуляторный фундаментализм vs. регуляторный функционализм

Включение в анализ правоустановления требует расширения функционала гаранта, который вступает в стратегическое взаимодействие с участниками игры по поводу установления правил. Строго говоря, включение в анализ правоустанавливающей функции предполагает, что необходимо обсуждать не только вопрос о соотношении данной функции с правоприменительной, связанной с выявлением нарушений, применением санкций и компенсациями пострадавшей стороне (удовлетворение исков в гражданско-правовом порядке), но и об институтах, опосредующих формирование норм, так же, как и моделях, объясняющих поведение как лиц, принимающих политические решения (в данном случае разрабатывающих и принимающих формальные правила игры²), так и субъектов, вступающих с первыми в стратегическое взаимодействие по поводу данных правил³. Однако в данной работе основное внимание уделено основаниям и ограничениям так называемой реформы регулирования, предполагающей замещение «фундаменталистского» подхода «функционалистским», построенным на принципе сравнительного анализа дискретных структурных альтернатив⁴ — одной из ключевых методологиче-

¹ См.: Норт Д. Институты, институциональные изменения и функционирование экономики. М.: Фонд экономической книги «Начала», 1997. С. 168.

² В случае демократических режимов со сменяемой властью вопрос о способе правоустановления, возможно, связан со способом проведения предвыборных кампаний партиями, ориентирующимися на особенности поведенческих характеристик своих избирателей. См., например: Berggren N., Jordahl H., Poutvaara P. The Right Look: Conservative Politicians Look Better and Their Voters Reward it // IFN Working Paper. No. 855. 2010.

³ С этой точки зрения вопрос в том, в какой степени и в чем именно должна обеспечиваться независимость правоустанавливающей ветви от правоприменительной и наоборот — один из ключевых, известный в литературе как принцип разделения властей. Однако данный вопрос специально здесь не рассматривается.

⁴ Подходы к обсуждению данных вопросов сформулированы, в частности, в следующих работах: Полтерович В.М. Элементы теории реформ. М.: Экономика, 2007; Заморенова Н.Г., Крючкова П.В., Луковкина Е.В., Гамбовцев В.Л. Принципы

ских характеристик новой институциональной экономической теории.

Само по себе установление формальных правил предполагает различную степень активизма со стороны гаранта, которым в такого типа ситуациях, как правило, выступает государство. Различия в степени государственного активизма могут быть интерпретированы как в терминах устранения изъянов рынка, так и в терминах компенсации указанных изъянов (например, правило собственности в отличие от налогообложения в случае возникновения отрицательных внешних эффектов и соответственно различных способов их интернализации).

Если есть согласие между всеми заинтересованными сторонами, что государство в первую очередь должно устранять, а не компенсировать изъяны рынка (презумпция невмешательства государства) там, где это возможно, то полемика, причем усиливаемая противоречиями в экономических интересах, будет концентрироваться вокруг вопросов о том, какие именно изъяны в том или ином случае являются устранимыми, а какие — нет (по крайней мере, на данный момент), каков наиболее адекватный способ их устранения. В частности, следует ли обеспечивать условия конкуренции посредством снижения (избыточных!) барьеров входа на рынки или же защищать конкуренцию применением таких методов антимонопольного контроля, как пресечение злоупотреблений доминирующим положением, соглашений и согласованных действий¹.

В этой связи нельзя не обратить внимание на существование так называемых «фундаменталистского» и «функционалистского» подходов к решению вопроса о выборе регуляторного режима и соответственно степени государственного активизма (роли «третьей стороны» в экономических обменах). Фундаменталистский подход построен на принципе абсолютных преимуществ какой-то из форм координации действий участников экономических обменов. Например, в рамках неоавстрийского подхода в экономической теории таким преимуществом обладает рынок как способ

и процедуры оценки целесообразности мер государственного регулирования. Бюро экономического анализа. М.: Тейс, 2005; Использование оценок регулирующего воздействия для совершенствования корпоративного законодательства / под ред. Р.А. Кокорева, А.Е. Шаститко. М.: Тейс, 2006; Экономический анализ нормативных актов / под ред. В.Л. Тамбовцева. М.: Тейс, 2001.

¹ Напомним, если первое направление относится к так называемой активной конкурентной политике, то второе — к защитной, или антимонопольной, политике.

обеспечения конкуренции, посредством которой происходит выявление альтернатив использования известных ресурсов и выявление новых ресурсов. Другое направление фундаментализма ориентировано на использование допущения (в явном виде или по умолчанию) о преимуществах активной формы государственного вмешательства. Примером может служить «пигувианский» подход к решению вопроса об интернализации внешних эффектов — регуляторный фундаментализм.

Особенностью фундаменталистского подхода является возможность экономии на издержках проведения позитивных исследований и соответственно издержках дальнейшего согласования полученных в результате таких исследований выводов с теми возможностями, которые проистекают из соотношения групп интересов по соответствующим вопросам экономической политики. Действительно, в этом случае нет необходимости вырабатывать специальные институциональные технологии оценки оснований принимаемых решений и ожидаемых последствий. Более того, в этом случае лицам, принимающим решения, нет необходимости вникать в тонкости доказательств, поскольку проще следовать принципу «упрощенной рутины»¹, когда презумпции доминирования одной из альтернатив неопровергаемы, а принцип сравнительного анализа дискретных структурных альтернатив применяется для проформы.

Таким образом, существует риск, что те изъяны, которые могут быть устраниены на основе существующих технологий или организационных форм, тем не менее будут пытаться компенсировать лишь по причине того, что это выгодно влиятельным группам (хуже того, в некоторых случаях это может быть превратно понятый собственный интерес, что уже является предметом изучения с помощью инструментария поведенческой политической экономии), которые образуют решающую коалицию в политическом процессе (создание регуляций). Фактически данный класс ситуаций рассматривается Раджаном и Зингалесом, сформулировавшими тезис о неустойчивости политической поддержки рынков².

¹ Термин, предложенный одним из анонимных рецензентов статьи автора, опубликованной в Журнале Новой экономической ассоциации и ставшей основой для данной работы. См.: Шаститко А.Е. Ошибки I и II рода в экономических обменах с участием третьей стороны-гаранта // Журнал Новой экономической ассоциации. 2011. № 10. С.125—148.

² См.: Раджан Р., Зингалес Л. Защита капитализма от капиталистов. М.: Институт комплексных стратегических исследований, 2003.

Однако возможен и другой вариант: неустранимые на данный момент рыночные изъяны будут пытаться устранять потому, что это также приносит выгоды группам специальных интересов. В этом плане нельзя не отметить проблему бизнеса на дерегулировании, когда предлагаются решения, которые не могут принести выгод широким кругам ни в краткосрочной, ни даже в долгосрочной перспективе, но позволяют извлечь выгоды (как минимум на краткосрочном и среднесрочном горизонте) узкой группе интересов. По сути, данная позиция была озвучена Дж. Стиглицем¹.

Систематическое воспроизведение ошибок в правоустановлении может привести к парадоксальной ситуации: «исправлению» одной ошибки другой ошибкой в рамках кумулятивного процесса институциональных изменений. Особенно это касается ошибки первого рода в правоустановлении, которая может быть компенсирована ошибкой второго рода в правоприменении, так же как ошибка второго рода в правоустановлении ошибкой первого рода в правоприменении (см. ситуации 2.3 и 3.2 на рис. 8).

Вариант, который хорошо известен в истории современной России, — отказ от применения статьи Уголовного кодекса за валютные спекуляции, когда репрессивные нормы закона были компенсированы более чем либеральной практикой его применения в начале 90-х годов прошлого века. В этом случае ошибка I рода в части правоустановления «компенсируется» ошибкой II рода в правоприменении, что соответствует широко известному принципу: «строгость правил компенсируется необязательностью их соблюдения». Однако возможно и взаимодополняющее маятниковое движение в сторону роста вероятностей ошибок II рода, что может принять форму неоправданной либерализации законодательства (соответствует ситуации 3.3 на рис. 8).

Кажется, что от перемены мест слагаемых сумма не меняется. Возможно, это и так, но как минимум за одним исключением: стратегия компенсации одних ошибок другими приводит к воспроизведству вредной идеи: «институты (особенно формальные) не имеют значения», — тесно связанной с феноменом, который известен как правовой нигилизм — один из важнейших побочных эффектов «компенсирующих» колебаний в правоустановлении

¹ См.: Стиглиц Дж. Глобализация: тревожные тенденции. Национальный общественно-научный фонд. М.: Мысль. 2003. Следует отметить, что фактически данный тезис получил развитие, в частности, в так называемом Докладе Стиглица (Доклад Стиглица о реформе международной валютно-финансовой системы; уроки глобального кризиса. М.: Международные отношения, 2010).

и правоприменении. Вот почему практики такого рода компенсирования — также одно из оснований «плохих» институтов. В этом смысле создание правил, не подкрепленных соответствующими механизмами принуждения¹, может быть даже хуже, чем отсутствие такого правила (в первую очередь — формального) вовсе.

«Функционалистский» подход построен на идее, что выбор формы организации экономических обменов хотя и может быть построен на принципе «презуммирования», тем не менее требует аргументов, которые эту презуммацию не опровергают. Один из таких вариантов функционалистского подхода был реализован в рамках реформы системы регулирования в ряде развитых стран, где в качестве точки отсчета был применен принцип нецелесообразности вмешательства со стороны государства. Иными словами, различные формы государственного вмешательства, ранжированные по интенсивности, степени влияния условия экономических обменов, сопоставлялись друг с другом в целях определить, какой из вариантов является наиболее приемлемым.

Для ответа на вопрос о сохранении/введении/устраниении государственного регулирования требуется показать, что ни один из его вариантов (а точнее — наилучший из доступных вариантов государственного регулирования) не обеспечивает результата (эффективность использования ресурсов в части создания стоимости), превышающего тот, который может быть получен вследствие применения альтернатив государственному регулированию².

Безусловно, решение данного вопроса в рамках функционалистского подхода предъявляет существенно более высокие требования к применяемым стандартам доказательства с использованием специализированного инструментария общественных наук, в первую очередь экономической. Более того, учет наличия множества групп, чьи интересы так или иначе затрагивает институт или его изменение, — один из важнейших элементов оценки регулирующего воздействия³, так же, как и институционального про-

¹ В данном случае речь идет о создании издержек для тех, кто нарушает правила, что является более широким классом ситуаций, чем санкции, прямо предусмотренные в законе за нарушение данного правила.

² В ситуации, когда уже сложилась какая-то практика, вариантом функционалистского подхода будет сравнительный анализ предлагаемых изменений со статус-кво.

³ Использование оценок регулирующего воздействия для совершенствования корпоративного законодательства / под ред. Р.А. Кокорева, А.Е. Шаститко. М.: Тейс, 2006.

ектирования¹, создающего более широкие возможности для реализации стратегии выращивания институтов².

Особый интерес представляет технология полноформатных оценок регулирующего воздействия, которая предполагает не только *ex ante* оценки оснований и возможных последствий сохранения/введения/устраниния тех или иных норм, но и *ex post* анализ полученных результатов применения (или отмены) соответствующих норм. Такой подход означает создание нескольких контуров обратной связи, в рамках которых возможна систематическая, а не *ad hoc* корректировка формальных правил. Иными словами, в данной технологии возможно отражение взаимосвязи между ошибками I и II рода как в правоприменении, так и в правоустановлении в операционной плоскости, позволяя настроить работающий институт таким образом, чтобы с учетом возможных балансов интересов установленные правила, выполняя наилучшим из возможных способов сдерживающую функцию, тем не менее на создавали избыточных проблем с возникновением ошибок I рода.

Это не означает, что технология оценки регулирующего воздействия является универсальным способом устранения ошибок, поскольку само применение ОРВ требует довольно значительных затрат времени и ресурсов, что не всегда оправданно. Действительно, ОРВ предполагает оценку масштабов проблемы, что само по себе может потребовать значительных усилий по проведению позитивных исследований в соответствующей сфере. Однако такого рода оценки должны быть также связаны с вычленением основных групп интересов, позиционирование которых по отношению к данной проблеме имеет принципиальное значение как с точки зрения определения возможных целей изменений, так и сравнительного анализа структурных альтернатив достижения поставленных целей. Поскольку институциональная среда экономической деятельности характеризуется сопряженностью институтов, предлагаемые изменения не могут не повлиять на смежные сферы, так что наиболее значимые эффекты должны быть хотя бы обозначены.

¹ См.: Тамбовцев В.Л. Теоретические вопросы институционального проектирования // Вопросы экономики. 1997. № 3. С. 82—94; Тамбовцев В.Л. Основы институционального проектирования: Учебное пособие. М.: Инфра-М, 2007; Экономический анализ нормативных актов / под ред. В.Л. Тамбовцева. М.: Тейс, 2001.

² См.: Полтерович В.М. Указ соч.; Полтерович В.М. Трансплантация экономических институтов // Экономическая наука современной России. 2001. № 3. С. 24—50.

Ограничения на возможность и целесообразность проведения ОРВ относятся к ситуациям, когда новое правило с соответствующими поддерживающими механизмами является специфическим по времени ресурсом или когда масштаб проблемы не таков, чтобы затрачивать ресурсы на проектирование формальных правил. В свою очередь указанные критерии сами по себе могут быть использованы в качестве инструментов стратегического взаимодействия по поводу сохранения и/или изменения формальных правил игры.

В этой связи можно отметить, что одна из установок, которой (ошибочно!) могут руководствоваться участники обмена в стратегическом взаимодействии по поводу правил, формирующих институциональную среду ведения бизнеса на базе фундаменталистского подхода, сводится к тому, чтобы спровоцировать систему правоустановления на принятие норм, резко повышающих вероятности в первую очередь ошибок I рода¹. Результатом, как предполагается, должна стать дискредитация инструментов, заложенных в нормы законодательства, и тем самым — резкое ослабление в будущем требований формальных правил. Фактически это ставка на разрыв в измерении «легальность — легитимность».

Однако следствием такого рода действий может стать резкое повышение вероятности ошибок II рода не только в правоустановлении, но и в правоприменении. Причем последовательность повышения во времени может быть разной. Проблема в том, что одна форма фундаментализма вполне может сменить другую, тем более что в одном они похожи — минимальные требования к позитивному анализу основания и последствий применения различных способов организации экономических обменов.

Один из недавних примеров — не прекращающаяся уже более шести лет реформа российского антимонопольного законодательства, в рамках которой на стадии обсуждения и принятия так называемого «первого антимонопольного пакета» в 2006 году были созданы нормы, против которых бизнес хотя и возражал, но не слишком активно. В том числе об этом можно судить и по тому, что бизнес не предлагал системно своих вариантов и не продвигал свои формулировки по ключевым новациям, в частности по концепции коллективного доминирования (речь

¹ См.: Авдашева С.Б., Шаститко А.Е. Новое антимонопольное законодательство: результат стратегического взаимодействия? // Экономическая политика. 2007. № 3. С.72—91.

шла лишь о второстепенных аспектах, связанных с содержанием данной нормы)¹.

В результате в российском антимонопольном законодательстве появились новые инструменты, которые в 2008 году были использованы и показали свою действенность в части обоснования необходимости применения санкций в отношении крупных компаний, индивидуально злоупотребляющих своим положением в составе коллективно доминирующих хозяйствующих субъектов. Однако привело ли это к дискредитации самой нормы или закона в целом? Скорее, наоборот, отсутствиеенной обратной связи позволяет проводить без оглядки на последствия ошибочные нормы, применение которых может вызвать еще более значительные эффекты.

Еще один, возможно, самый характерный пример ошибки I рода в правоустановлении — уголовное наказание за согласованные действия (статья 178 УК РФ, принятая в новой редакции в 2009 году) в ситуации, когда обеспечить должные стандарты доказательства виновности, так же как и невиновности участников рынка с разумными издержками, не представляется возможным. Именно в этом случае открываются возможности злоупотребления правом (в том числе с использованием потенциала гаранта в применении насилия), которые могут повлиять не только на структуру платежной матрицы (распределение выигрышней), но и на характеристики итогового равновесия.

Аналогом правовой конструкции «согласованные действия» является экономическая концепция молчаливогоговора. Основная проблема применения данной концепции состоит в том, что для доказательства факта согласованных действий необходимо, исходя из гипотезы отсутствия согласованности действий, доказать, что изменения цен (если рассматриваются только вопросы ценовой конкуренции) не могут быть объяснены какими-либо фактами, кроме как кооперативным стратегическим взаимодействием участников рынка, нацеленным на извлечение экономической прибыли. Такая постановка вопроса создает определенные гарантии для участников рынка в том смысле, что вероятность ошибок I рода в случае расследования будет меньше по сравнению с ситуацией, когда по факту используется альтернативная гипотеза: согласованные действия на рынке были, и необходимо посредством

¹ Данная норма представлена в части 3 статьи 5 Закона «О защите конкуренции». Более подробно см.: Шаститко А.Е. Экономико-правовые аспекты коллективного доминирования // Экономическая политика. 2011. № 3. С.167—190.

исследования различных факторов опровергнуть данную гипотезу. Справедливости ради необходимо отметить, что в рамках «третьего антимонопольного пакета» из 178-й статьи УК РФ был изъят состав нарушений в виде согласованных действий, что позволило снизить вероятность ошибок I рода.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

В числе оснований появления третьей стороны — гаранта правил и прав собственности (относительных или абсолютных) в экономических обменах является отклонение равновесия по Нэшу от условий Парето-оптимальности в условиях одноходовой игры «дilemma заключенных», а также существование множества равновесий, которые могут соответствовать критерию Парето-оптимальности. Однако данные основания не являются абсолютными, что указывает на организацию экономических обменов с помощью третьей стороны-гаранта лишь как на одну из альтернатив со своими сравнительными преимуществами и изъянами.

Услуги гаранта позволяют таким образом изменить структуру платежной матрицы относительно первоначального распределения выигрышей, соответствующего одноходовой игре «дilemma заключенных», что условия равновесия по Нэшу будут соблюдать-ся в случае соблюдения участниками игры правил (прав) других участников. Действенность услуг недискриминирующего гаранта может обеспечивать приближение Парето-оптимальности результата в контексте новой структуры игры.

Стоимость услуг гаранта имеет значение с точки зрения результатов сравнения условий равновесия в одноходовых играх с Парето-неоптимальным равновесием по Нэшу, хотя не дает оснований для однозначных выводов относительно направления изменений общественного благосостояния ввиду трудноразрешимого вопроса о сопоставимости двух ситуаций (с гарантом и без гаранта через призму субъективной оценки выигрышей участниками экономических обменов) в рамках позитивной теории общественного благосостояния. В этой связи важно учитывать, что услуга по гарантированию прав является составной и включает не только наказание нарушителя, но и восстановление нарушенного права. Указанный элемент должен учитываться в сравнительном анализе дискретных структурных альтернатив организации экономических обменов. Фактически это означает, что при определенных условиях услуги третьей стороны — гаранта могут стать препятствием для

урегулирования участниками обменов вопросов договорной практики своими силами, в том числе посредством обмена залогами, выстраивания повторяющихся обменов без определенного момента окончания (с механизмами пролонгирования договора). Особую остроту данная проблема приобретает в случае, когда свойства трансакций обуславливают сравнительные преимущества двухсторонних или трехсторонних механизмов управления трансакциями, но с приоритетом частного порядка улаживания конфликтов.

Ошибки первого и второго рода влияют как на распределение выигрыш между участниками игры и третьей стороной-гарантом, так и на характеристики равновесия. Особенно важными в этом контексте являются ошибки первого рода, создающие эффект более высоких издержек, связанных с предоставлением услуг гарантом прав и правил (с учетом указанных ограничений).

Дискриминация со стороны гаранта по стоимости услуг, предоставленных участникам обменов, не приводит сама по себе к корректировке стратегий и соответственно изменению условий равновесия, в то время как другие проявления дискриминации могут повлиять на характеристики итогового равновесия.

Для более полной оценки результатов игры необходимо учитывать не только выигрыши участников экономических обменов, но и выигрыши гарантов соблюдения установленных правил, которые позволяют (1) учесть стимулы гарантов, (2) представить более полные оценки результатов игры.

Оценка качества института в рамках отношений «правоустановление — правоприменение» по лимитирующему фактору указывает на доминирование взаимодополняемости между двумя элементами, в то время как заменяемость является вторичным и, как правило, несущественным аспектом, определяющим влияние институтов на характеристики равновесия в игре.

Регуляторный и рыночный фундаментализм — основа для систематического воспроизведения ошибок соответственно I и II рода, риск возникновения которых может быть снижен посредством применения принципов регуляторного функционализма, в числе которых — технологии невырожденных оценок регулирующего воздействия для проектируемой части институтов. Невырожденность оценок регулирующего воздействия предполагает отражение в них не только реальных альтернатив, но и групп интересов, для которых выбор той или иной альтернативы связан с определенными выгодами, издержками и рисками.

ГЛАВА 4

ИЗДЕРЖКИ НЕЗАЩИЩЕННОСТИ БИЗНЕСА В РОССИИ

М.А. Субботин, кандидат экономических наук, старший научный сотрудник ИМЭМО РАН, заместитель директора Центра правовых и экономических исследований НИУ ВШЭ

В последнее время стало модно говорить о бизнес-климате (инвестиционный климат, климат деловой активности) и в том числе — о способах его оценки. При этом выделить «уголовную составляющую» инвестиционного климата в представленных международных рейтингах и опросах совсем не просто: она кроется в избытке и неэффективности администрирования, а значит, в недостатках системы госрегулирования, в отсутствии независимого суда, в масштабной коррупции и во многих других факторах давления на бизнес, что в конце концов выливается в уголовное преследование предпринимателей, незащищенность прав собственности. Более того, в каждом случае нужно корректно оценить и интерпретировать соответствующие экономические показатели и результаты различных опросов.

Инвестиционный климат и международные рейтинги

Подводя итоги своей деятельности на посту председателя правительства РФ, Владимир Путин выступил в Государственной думе с отчетом о работе правительства. В своем выступлении он особо отметил, что Россия готова к тому, чтобы через пару лет войти в пятерку крупнейших экономик мира¹. Этого точно нельзя

¹ <http://premier.gov.ru/events/news/18671/>. Впервые задача вхождения российской экономики к 2020 году в пятерку крупнейших экономик мира ставилась Минэкономразвития в 2007 году в Концепции долгосрочного социально-экономического развития РФ до 2020 года (утверждена распоряжением Правительства Российской Федерации от 17 ноября 2008 г. № 1662-р). Россия в настоящее время занимает 6-е место по размеру ВВП по ППС (паритету покупательной способности российского рубля) — после США, Китая, Японии, Индии и Германии. Очевидно, что обогнать первые четыре страны в обозримой перспективе России маловероятно. Поэтому цель может ставиться стать крупнейшей экономикой в Европе (при расчете ВВП по ППС) и при этом не дать обогнать себя Бразилии.

достичь без кардинального улучшения инвестиционного климата, без коренного изменения отношения государства к предпринимательскому сословию. «Рабочие места создаются прямыми инвестициями, прежде всего частными... Нам нужно довести уровень инвестиций не менее чем до 25 процентов ВВП к 2015 году, а затем и до 30 процентов». Для достижения этих целей «в России должен быть не просто создан благоприятный, а конкурентоспособный инвестиционный климат. Мы ставим перед собой задачу в ближайшие годы сделать 100 шагов вперед... и подняться с нынешнего 120-го места до 20-го», — сказал Путин¹.

Речь в этом заявлении шла о рейтинге благоприятности деловой среды, который ежегодно составляют Всемирный банк и Международная финансовая корпорация (IFC). При этом в отмеченном рейтинге Россия заняла 120-е место далеко не по всем параметрам, которые учитывались при составлении соответствующего рейтинга, и соответственно до 20-го места нужно проделать больший путь. Россия занимает самые низкие позиции по таким компонентам рейтинга, как начало бизнеса, получение разрешений на строительство, регистрация прав собственности, защита прав инвесторов, подключение к электросетям. Например, по сложности подключения к электросетям наша страна на самом последнем — 183-м месте².

¹ <http://www.rg.ru/2012/04/11/putin-duma.html>. Не исключено, что выбор данного рейтинга был во многом обусловлен не только желанием действительно изменить ситуацию с инвестиционным климатом к лучшему или простотой его расчетов, но еще и тем обстоятельством, что в нем у России есть реальные шансы улучшить свои позиции, а составители Doing Business обнаружили, что Россия вместе с Китаем и Индией входит в число 30 стран, наиболее сильно улучшивших свои позиции в рейтинге. В 2012 году в России будут подготовлены 12 «дорожных карт» из 21, которые, как предполагается, должны улучшить деловой климат в различных секторах экономики и позволят подняться со 120-го на 20-е место в рейтинге Doing Business. Речь идет о программах по совершенствованию разрешительных и контрольно-надзорных процедур при создании и эксплуатации опасных предприятий, по расширению доступа к госзаказу в рамках федеральной контрактной системы, по совершенствованию налогового администрирования и по формированию эффективной системы коммуникаций между бизнесом и властью, «включая механизм оперативного реагирования на обращения предпринимателей». Подробнее см.: <http://www.asi.ru/initiatives/Доклад%20НПИ%201%20квартал.pdf>.

² Страны, включенные в рейтинг «Doing Business», оцениваются по 11 показателям, в числе которых — издержки компаний при создании, функционировании и закрытии, при получении разрешений на строительство и при найме рабочей силы, а также налоги и режим внешней торговли. В рейтинге «Doing Business-2012», опубликованном 20 октября 2011 года, Россия занимала 120-е место, расположившись между Кабо-Верде (119-е место) и Коста-Рикой (121-е место). Кстати, на 20-м месте была Япония, а на 21-м — Латвия. Россию существенно обгоняют

В частности, согласно «Глобальному рейтингу конкурентоспособности» Всемирного экономического форума (ВЭФ), среди детальных показателей стабильно наихудшие у России — госрегулирование (132-е место), доверие полиции (132-е), защита прав собственности (130-е) и интересов миноритариев (135-е), качество дорог (130-е), а также сложность таможенных процедур (137-е), высокие барьеры для торговли (134-е), низкая клиентоориентированность бизнеса (136-е). Крайне низко опрошенные оценили надежность банков (129-е место), способность бизнеса адаптировать новые технологии (130-е) и привлекать прямые иностранные инвестиции (129-е).

Зато стабильно высокие оценки Россия получает за размеры рынка, низкий уровень госдолга и большое количество мобильных телефонов на каждые 100 человек населения (7-е место в мире), а также — за высокую женскую занятость (18-е), распространенность высшего образования (13-е) и качество математической и научной подготовки (50-е)¹.

Таким образом, власть наконец признала, что проблемы с привлечением в российскую экономику частных инвестиций (отечественных и иностранных) носят системный характер. И объективными были признаны те самые рейтинги, методику исчисления которых на протяжении длительного времени высшие должностные лица ставили под сомнение, объявляли их политизированными и несправедливыми по отношению к России.

Или, как писал в одной из своих предвыборных статей В. Путин: «Деловой климат в стране, ее привлекательность для долгосрочного помещения капиталов все еще являются неудовлетворительными... Мы проигрываем в конкуренции юрисдикций — работающий в России бизнес часто предпочитает регистрировать собственность и сделки за границей... Главная проблема — недостаток

и ее партнеры по Таможенному союзу и Единому экономическому пространству: Белоруссия — на 69-м месте, Казахстан — на 47-м.

¹ В ежегодный «Глобальный рейтинг конкурентоспособности» ВЭФ в 2011 году были включены 142 страны. Рейтинг конкурентоспособности был рассчитан по 111 индикаторам, из них 65 процентов основаны на опросе 14 000 руководителей крупных компаний (в том числе около 300 — в России), остальные — на данных статистики. Индикаторы объединены в 12 групп, поделенных на три блока: базовые условия для бизнеса, факторы эффективности и инновационные факторы. Россия за год потеряла три строчки, опустившись на 66-е место. Это самый низкий уровень за последние шесть лет (в 2005 году ВЭФ изменил методику рейтинга, и данные прежних лет с новыми несопоставимы) (<http://www.general-bank.ru/1349-ezhegodnyy-globalnyy-reyting-konkurentosposobnosti.html>).

прозрачности и подконтрольности обществу в работе представителей государства, от таможенных и налоговых служб до судебной и правоохранительной системы. Если называть вещи своими именами, речь идет о системной коррупции¹.

По свидетельству главы РСПП Александра Шохина, «уровень защищенности частной собственности — один из наиболее тревожных показателей. При и без того низкой базе (в 2007 году 65 процентов опрошенных оценивали уровень защищенности частной собственности как низкий) более половины опрошенных не видят значимых улучшений в данной сфере, 20 процентов полагают, что ситуация ухудшилась»² и «Россия падает в международных рейтингах конкурентоспособности и инвестиционной привлекательности. В лучшем случае наши позиции не меняются». В частности, за последние месяцы несколько сот предприятий «проголосовали ногами» — сменили российское «гражданство» на казахстанское. Тем самым отечественные предприниматели продемонстрировали, где, по их мнению, уровень защищенности инвестиций, несмотря на все нарекания, заметно выше, чем в России³.

Предпринимательский климат по традиции имеет несколько измерений:

- приток в страну прямых иностранных инвестиций;
- размеры инвестиций в основной капитал, их соотношение с ВВП;
- разного рода рейтинги⁴.

Поскольку к международным страновым рейтингам отношение в России теперь почти как к плановым заданиям, то нужно понимать, что и они далеко не в полной мере отражают существующие проблемы в экономике из-за того, что международные индикаторы представляют собой сводные показатели, в которые, как в лукошко, складываются оценки различных факторов, а те, в свою очередь, имеют разный вес.

¹ Путин В. Нам нужна новая экономика // Ведомости. 30.01.2012. (http://www.vedomosti.ru/politics/news/1488145/o_nashih_ekonomiceskikh_zadachah#ixzz22nnNsrCK).

² Шмелева Е. Климат меняется к лучшему // Российская бизнес-газета. 07.02.2012. № 834 (5) (www.rg.ru/2012/02/07/shohin.html).

³ Наумов И. Владимир Путин поможет бизнесу нарастить мускулы// Независимая газета. 22.04.2011 (http://www.ng.ru/economics/2011-04-22/4_business.html).

⁴ Подробнее см., например: Миронов В., Авдеева Д. Конкурентоспособность России в международных рейтингах: 10 лет спустя // Forbes.ru. 23.01.2012 (<http://www.forbes.ru/sobytiya-column/rynki/78617-konkurentosposobnost-rossii-v-mezhdunarodnyh-reitingah-10-let-spustya>).

Что касается последствий неблагоприятного инвестиционного климата, то обычно выделяют два очевидных следствия «сворачивания» бизнеса: отток капитала и т.н. «бегство мозгов» из страны. Очевидно, что такой подход является серьезным упрощением и не всегда позволяет верно оценить реальное положение дел в экономике страны. Кроме того, нужно понимать, о каком именно капитале идет речь и соответственно с какими причинами (наряду с факторами уголовного регулирования бизнеса) может быть связан отток капитала, какова структура человеческого капитала и степень реалистичности масштабов «бегства мозгов» в условиях глобализации мировой экономики.

Наконец, в подавляющем большинстве работ, посвященных инвестиционному климату, до сих пор остается в стороне такая важнейшая проблема, как фактор ожиданий, который не только отражает настроение предпринимательского сословия, но и, в свою очередь, неизбежно сказывается на его экономическом поведении.

Дефекты бизнес-среды

Вскоре после заявлений главы государства о том, что планируется внести целый пакет поправок в законодательство, которые призваны существенно улучшить деловой климат, создать дополнительные гарантии для инвесторов¹, в России появились региональные уполномоченные по защите прав предпринимателей, а затем еще и омбудсмен — на федеральном уровне введен институт уполномоченного по защите прав предпринимателей, который назначается президентом. Кроме того, в Генпрокуратуре создано специальное Управление по надзору за соблюдением прав предпринимателей (подобные подразделения — в прокуратурах субъектов РФ). Однако эффективность этих новых институтов еще только предстоит проверить практикой.

Издание «РБК daily» в прошлом году изучило проспекты эмиссии ценных бумаг крупнейших игроков ведущих отраслей экономики на предмет возможных рисков. В результате выяснилось, что именно в таких проспектах компании честно говорят о своих озабоченностях², в первую очередь в отношении:

¹ <http://m.rg.ru/2012/04/11/biznes-anons.html>.

² Почему российские компании очерняют себя в глазах иностранных инвесторов // РБК daily. 20.06.2011. «Подробное изложение таких рисков является профессиональным и грамотным подходом, поскольку зарубежные инвесторы крайне обеспокоены целым рядом аспектов, сопряженных с ведением любого бизнеса

- недостаточной развитости политических, правовых и экономических институтов;
- рисков прямого государственного вмешательства — опасности агрессивного применения противоречивых или двусмысленных законов (правил) либо политически мотивированных действий;
- опасности отсутствия консенсуса между президентом и правительством (а точнее, их команд) и, как следствие, о политической нестабильности;
- противоречивости и частых изменениях налогового и валютного законодательства;
- «неопытности» и «отсутствии независимости» судебной системы России; при этом неверная трактовка закона может привести к ликвидации компании, а в России может быть не признано решение иностранных судов;
- рисков, связанных с действиями ФАС (прежде всего в отношении нефтяных компаний);
- сложностей привлечения и сохранения квалифициированного персонала;
- непредсказуемости колебаний валютных курсов.

Власти и предприниматели видят ключевые инвестиционные проблемы по-разному. Так, первый вице-премьер, ответственный за инвестиции Игорь Шувалов еще в 2011 году разослал список поручений министерствам и ведомствам, составленный в строгом соответствии с мнением бизнесменов. Адресатам предложено радикально упростить регистрацию фирм, выдачу разрешений на строительство и пересечение таможенной границы. Плюс по традиции на высоком государственном уровне регулярно обсуждаются благоприятный налоговый режим и необходимость создания государством производственной, в первую очередь транспортной инфраструктуры для бизнеса.

Очевидно, перечисленные меры правительства, даже при условии их реализации, недостаточны для создания в стране нормальной бизнес-среды. Более того, такой куцый список правительственных заданий скорее свидетельствует об опасениях предпринимателей относительно самой возможности обсуждать «скользкие» темы вроде посадок предпринимателей или отъема у них бизнеса. Или — что еще

в России», — так оценил эту ситуацию главный экономист Capital Economics Джуллиан Джессоп (<http://www.rbcdaily.ru/2011/06/20/focus/562949980460813>).

хуже — регулирование предпринимательской деятельности с помощью уголовного закона стало восприниматься бизнесом как часть государственной политики, а соответствующие заявления, подвергающие критике такую практику и направленные на защиту бизнеса, рассматриваются едва ли не как политические, а потому — запретные и наказуемые¹.

В проекте «Стратегия-2020» было рекомендовано улучшать инвестиционный климат не по всем возможным направлениям, а «очагами», затыкать «черные дыры» в самых проблемных местах, которые указывают сами инвесторы². Однако беда в том, что предприниматели предпочитают некоторые вопросы публично не обсуждать. Поэтому первое, что должно быть сделано властью, это создание условий для свободного обсуждения проблем инвестиционного климата.

О риске прямого государственного вмешательства упоминали даже те компании, где капитал нематериален — это люди, идеи или технологии. «Бизнес в России, особенно заметных компаний, может быть объектом агрессивного применения противоречивых или неоднозначных законов или правил либо политически мотивированных действий, которые могут оказать существенное неблагоприятное воздействие на наш бизнес, финансовое положение и результаты деятельности», — предупреждал инвесторов «Яндекс» перед размещением своих ценных бумаг³.

Следует учитывать, что коррупция одновременно выступает сразу в нескольких ипостасях: дополнительный налог, запрет на входжение в отрасль, угроза ведению бизнеса, угроза его потери. Тревоги иностранных инвесторов постоянно подогреваются свежими скандалами и коррупционными расследованиями, а Россия продолжает оставаться на самых низких строчках рейтингов

¹ В результате куда более откровенно, чем инвесторы, заговорили чиновники из экономического блока в правительстве. Так, по заявлению министра финансов РФ А. Силуанова, «инвесторы должны понимать, что будет в России через 2–3 года, какая политика государства их ожидает» и что в экономике необходимо провести целый «ряд структурных реформ», не ограничиваясь «снижением административных барьеров и борьбой с коррупцией». См.: РБК. 18.02.12 (<http://www.rbc.ru/rbcfree/news/20120218144619.shtml>). Хотя для таких отраслей, как нефтегазовая или горнорудная, где основной инвестиционный этап наступает после 5–7 лет разведки, прогнозируемость государственной политики всего лишь на 2–3 года является де-факто запретительной для инвестирования.

² Революция в пользу бизнеса «преждевременна» // Финмаркет. 21.02.2012 (<http://finmarket.ru/z/nws/hotnews.asp?id=2763219&nt&p=1&sec=0>)

³ YANDEX N.V. Form F-1 Registration Statement under the Securities Act of 1933. P. 27. (<http://sec.gov/Archives/edgar/data/1513845/000104746911004187/a2203514zf-1.htm>).

коррупции наподобие рейтинга Transparency International. И какой-то существенной положительной динамики в борьбе с коррупцией за последние годы не видят даже президент и премьер страны.

Что касается налоговой или антимонопольной политики, то проблемы в наибольшей степени возникали у нефтяных компаний¹. Так, только в 2011 году четыре (!) раза менялась формула экспортной пошлины на сырую нефть, а общая сумма штрафов, наложенных на нефтяные компании в рамках «трех волн» антимонопольных дел, составила 20,7 млрд руб.; около 19 млрд руб. нефтяники уже заплатили. Тем самым фактически был введен новый налог на нефтяной бизнес, а в ключевой отрасли экономики, которая могла бы стать ее локомотивом, активнее других блокируется приток инвестиций.

На подходе новые экологические и социальные риски. И вовсе не потому, что в государственной политике стала наконец доминировать забота об экологии — просто эта сфера все еще остается крайне неопределенной, что весьма удобно для предъявления дополнительных претензий компаниям. Тем более налоговая нагрузка на бизнес в любой момент может быть увеличена для исполнения правительством заявленных социальных обязательств, как это уже произошло в последние годы с социальными платежами.

В конце 2011 года на сайте РБК, пользователями которого в основном являются предприниматели, эксперты и чиновники, был проведен опрос относительно «великолепной семерки» законов, которые в первую очередь необходимы России².

Итоги опроса оказались таковы:

1. Об обязательном и честном исполнении всех законов.
2. Новый Уголовный кодекс.
3. Закон о выборах.
4. Борьба с коррупцией.
5. Контроль над властью.
6. Экологическое законодательство.
7. Закон для борьбы с дискриминацией.

¹ По мнению главного экономиста BNP Paribas по России и странам СНГ Юлии Цепляевой, «самый интересный для иностранцев нефтегазовый сектор остается фактически закрытым». См.: Рыжкова А. Аналитики: потоки прямых инвестиций в Россию вязнут в коррупционной составляющей // РБК daily. 26.07.2011 (<http://www.rbcdaily.ru/2011/07/26/focus/562949980815240>).

² <http://top.rbc.ru/society/27/10/2011/622375.shtml>.

Совсем не случайно на первом месте в приведенном списке оказалась особенно болезненная для России проблема разумного правоприменения. Без ее решения обсуждение остальных проблем носит во многом абстрактный характер. Затем идет новый Уголовный кодекс. При этом веры в то, что его можно исправить точечными поправками, у участников опроса нет. Даже, казалось бы, относительно далекий от непосредственно экономических условий ведения предпринимательской деятельности справедливый закон о выборах неизбежно обеспечивает не только собственно контроль над властью, но и автоматически ведет к реальному ограничению злоупотребления ею, а значит — к формированию конкурентной среды в экономике, ограничивающей дискриминацию и обеспечивающей подрыв коррупции.

«Возвращение государства в экономику», а на деле — деприватизация наиболее эффективных частных компаний не может способствовать росту экономической эффективности в целом, а заботливое выращивание «национальных чемпионов» — это тяжелый удар по конкуренции. Первые лица государства на словах постоянно подчеркивают, что госкапитализм — «не наш путь», что госкомпании — временная и чуть ли не антикризисная мера, что они должны быть акционированы или умереть, а страна заинтересована в прямых иностранных инвестициях. Между тем на протяжении ушедших нулевых все делалось с точностью до наоборот.

Сказав «а» про частную собственность, нужно еще «сверху» создать бизнесу нормальные условия для плодотворной работы на благо общества — от элементарной защиты прав собственности до недостижимого верховенства права. Без всех этих условий спеленутая частная собственность гарантирует безумные доходы только тем, кто при содействии властей всех уровней и мастей сумел оседлать механизмы взимания административной или коррупционной ренты.

Без конкуренции нет эффективности, а конкуренцию может обеспечить деятельность на рынке большого числа частных (в том числе иностранных) компаний. При этом частному капиталу нужны стабильность условий контрактов, гибкие налоги, справедливый суд, ответственное за свои действия государство, и эти задачи не решить силами ФАС даже при поддержке МВД и Генпрокуратуры. Пока властями принимаются стратегические решения, ограничивающие конкуренцию, ФАС остается сторожем на складе, с которого все давно уже вынесли. И уголовный закон стал мощнейшим оружием в усилении монополизации в стране — и в политике, и в экономике.

Бегство и отток. Общие вопросы

Сегодня принято говорить, что свидетельством неблагополучия бизнес-среды в стране являются отток капитала и массовая эмиграция («бегство мозгов»). Реже за пределами научного сообщества обсуждается взаимосвязь между неудачами в развитии экономики и настроениями, царящими в обществе и бизнесе, в том числе обманутыми ожиданиями и ограничением конкуренции, которое связано с дискриминацией частного капитала — отечественного и иностранного — в условиях патернализма капиталу государственному.

Движение капитала часто используется как несомненное свидетельство улучшения или ухудшения инвестиционного климата. Впрочем, есть и другая широко распространенная позиция: отток капитала — это просто «страшилка», которая на самом деле ни о чем не говорит, поскольку он может быть вызван самыми разными причинами. Поэтому вопрос интерпретации оттока капитала из России, объяснение причин этого явления имеет прямое отношение к вопросу об экономических издержках отсутствия в стране верховенства права.

Оптимистический взгляд на проблему состоит в том, что Россия является одним из крупнейших в мире получателей прямых иностранных инвестиций (ПИИ). По итогам 2011 года в страну пришло 52,9 млрд долларов. По данным UNCTAD — это седьмой результат среди четырех десятков крупных экономик мира. Приток ПИИ в страну составляет около 3 процентов ВВП, что больше, чем у крупнейшего импортера мировых инвестиций — США. По этому показателю Россия опережает также не только соседей по БРИК — Китай, Бразилию, Индию, но и большинство европейских стран¹.

Кроме того, Россия вышла на 8-е место в десятке государств-лидеров по привлечению прямых иностранных инвестиций. За четыре года в страну поступило 207,7 млрд долларов прямых иностранных инвестиций. Россия вошла в топ-25 стран по прогрессу в проведении реформ по улучшению инвестиционного климата². А отток капитала идет чуть ли не отовсюду, то есть это просто такой всемирный тренд, и не более того.

21 декабря 2011 года Владимир Путин, выступая на форуме «Деловой России», пообещал бизнесу избавить его от рейдеров,

¹ Гладунов О. ПМЭФ-2012: Путин хочет инвестиций // Свободная пресса. 24.06.2012 (<http://svpressa.ru/economy/article/56346/>)

² <http://premier.gov.ru/events/news/18734/>.

совершенствовать налоговое законодательство, а также сохранять приемлемый курс рубля: «Нам необходимо запустить наш собственный, внутренний инвестиционный мотор, поддержать именно производственный бизнес, создать такие условия, чтобы вкладываться в отечественную экономику и промышленность было выгодно»¹.

Однако проблема состоит в том, что для бизнеса важна не только выгодность, но и безопасность. Более того, подчас чем выше риски, тем выше и доходность бизнеса. А это неизбежно сказывается на качестве инвестиций: обменять риски на доходность обычно готовы не солидные инвесторы, а именно авантюристы и жулики. В конце концов, деньги — деньгами, но ведь еще нужно что-то взять предложить тем, у кого есть технологии, опыт работы в крупномасштабных проектах и рынки сбыта, на которые они готовы вывести своих партнеров по бизнесу. Не-экстремалам для жизни и работы нужны соответствующие условия, а угроза личной свободе предпринимателя, равно как и неуважение прав частной собственности явно выходят за грани разумного ведения бизнеса.

Данный тезис признается властями: «Каждый, кто делает бизнес в России, должен быть уверен в том, что право частной собственности... должно быть надежно защищено. Давайте подумаем, если есть необходимость, над этим — над укреплением этого института. И конечно, продолжим укрепление и развитие судебной системы страны, включая создание эффективных механизмов разрешения корпоративных споров, пресечения рейдерских схем. До сих пор это нас беспокоит и вызывает серьезные нарекания, справедливые нарекания бизнес-сообщества. Главное — в основе нашей налоговой, судебной системы, работы правоохранительных органов должны лежать справедливость и объективность»².

Итак, стоит ли придавать большое значение оттоку капитала, когда на самом деле в стране все благополучно, или это признак грядущей катастрофы, свидетельство застойных явлений, когда экономика не в состоянии привлекать средства для своего развития? В конце концов, вывоз капитала может осуществляться для создания плацдарма и последующей экспансии на мировом рынке, но может означать и выдавливание частных инвесторов из страны. Обеспокоенность экспертного сообщества вызывает не сам по себе отток капитала, а некоторые сопутствующие обстоятельства:

¹ <http://www.deloros.ru/main.php?mid=24&doc=21770>.

² Там же.

- угрожающие масштабы оттока капитала, когда за три-четыре года из страны он уходит примерно в таком же объеме, что и накопленные за долгие годы иностранные инвестиции¹;
- неблагоприятная структура притекающего и уходящего капитала (если приходит мало прямых, самых ценных инвестиций: были годы, когда доля прямых иностранных инвестиций достигала 10 процентов);
- доля иностранного капитала из офшорных зон, свидетельствующая о том, что российский капитал «перекрашивается» под иностранный в целях самозащиты²;
- отток капитала из страны происходит в условиях недонакопления, когда очевидно, что деньги для развития «нужны самим»³;
- отток капитала происходит не только на стадии циклического падения, в условиях экономического кризиса, но и в условиях восстановления экономики после него, когда, казалось бы, самое время инвестировать;
- отток капитала из России наблюдается в то время, когда в других странах БРИК идет приток (или, по крайней мере, существуют более низкие темпы оттока);
- прогнозы экспертов и правительственные чиновников относительно оттока капитала, которые не сбываются: гадания, когда отток сменится притоком, не только не внушают уважения, но и вызывают сомнения в наличии осмысленной государственной политики привлечения инвестиций в страну.

Пока происходил отток капитала из России, ответственные лица из правительства, Центробанка и Кремля говорили о том, что

¹ На конец 2011 года накопленный иностранный капитал в экономике России составил 347,2 млрд долл. Наибольший удельный вес в накопленном иностранном капитале приходился на прочие инвестиции, осуществляемые на возвратной основе — 57,1 процента (на конец 2010 года — 58,3 процента), доля прямых инвестиций составила соответственно 40,1 процента и 38,7 процента), портфельных — 2,8 процента и 3,0 процента. См.: Приток иностранных инвестиций в РФ вырос за 2011 год на 66 процентов // Ростбарт. 28.02.2012 (<http://www.rosbalt.ru/business/2012/02/28/951197.html>).

² Там же: крупнейшими иностранными инвесторами России по итогам 2011 года являются Кипр, Нидерланды и Люксембург, на долю которых приходится соответственно 22,5 процента, 14,1 процента и 10,7 процента всех накопленных инвестиций в страну. В первую десятку крупнейших инвесторов входят далее Германия (8,3 процента), Китай (8 процентов), Великобритания (7,7 процента), Виргинские острова (3,7 процента), Ирландия (3,7 процента), Япония (2,9 процента), Франция (2,8 процента).

³ В России отношение инвестиций к ВВП составляет 20,6 процента, а согласно официальным заявлениям требуется уровень 25–30 процентов.

это явление — следствие экономического кризиса в России и капитал перемещается в развитые экономики. Пройдет кризис — прекратится и отток. Потом заговорили о кризисе в Европе как едва ли не главной причине бегства капитала, то есть для борьбы с ним иностранные компании были вынуждены вернуть капиталы домой.

Затем пришел черед ссылок на внутриполитические причины: мол, поскольку в России прошли две предвыборные кампании — думская и президентская, то, очевидно, бизнес на всякий случай решил на время укрыть свой капитал за границей (его волновал даже не столько собственно результат, но и реакция общества на него, включая возможные социальные волнения). Кроме того, европейские банки из-за кризиса корректировали свою финансовую политику — им нужно было увеличить капитал и снизить активы, что препятствовало получению у них займов российскими компаниями. Оказались не забыты и неблагоприятные макроэкономические факторы в российской экономике: нет хороших проектов и хороших заемщиков, а поэтому некому давать кредиты, отечественный фондовый рынок не растет, зарабатывать в России стало труднее и т.п.

Однако, с другой стороны, как раз российская макроэкономическая ситуация — весьма благоприятна на фоне мировой: так и не наступила неблагоприятная конъюнктура на нефтегазовом рынке, способная вызвать дестабилизацию в российской экономике, у страны минимальный внешний долг, огромные золотовалютные резервы, столь же масштабные стабилизационные фонды, безработица на низком уровне, умеренный экономический рост, бездефицитный бюджет и т.п. Однако капитал в Россию все равно не приходит, а напротив, стремительно ее покидает. Следовательно, если это происходит вопреки мировым трендам и здравому смыслу, то нужно искать внутренние причины.

Речь должна идти о неблагоприятных условиях для ведения бизнеса: начиная от показательных посадок предпринимателей, число которых измеряется несколькими десятками тысяч, появлением в списке «Форбс» новых близких к властям олигархов, возможностью для иностранных инвесторов вести бизнес в России только при наличии личных договоренностей на самом высоком уровне и т.д. Бизнес бежит за границу от беззакония, коррупции, всеяластия чиновников и ангажированности судов¹.

¹ См.: Докучаев Д. Бегство на длинную дистанцию (www.newsru.com/columnists/15may2012/dokuchaev.html).

Неблагоприятный деловой климат в России (плюс низкая энергоэффективность) были особо выделены в Докладе Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР). Относительными преимуществами России в нем названы отрицательный чистый государственный долг, профицит бюджета, снижение уровня безработицы и достаточно гибкий рынок труда. Однако Россия значительно отстает от стран — членов организации в показателях делового климата, и ОЭСР советует бороться с бюрократией и коррупцией, провести судебную реформу, приватизировать госкомпании, отменить государственные субсидии и либерализовать торговлю. В отсутствие указанных реформ в России сохранится низкий уровень конкуренции и инвестиций. Ведение бизнеса в России воспринимается трудным и рискованным, и это впечатление подтверждается тенденцией российских компаний делать листинг, выпускать ценные бумаги и заключать юридические соглашения за рубежом. ОЭСР оценивает это как «патологическое явление»¹.

Это до известной степени объясняет и отток капиталов, и то, что в проспектах эмиссий наши компании, включая государственные (например, «РЖД» и «Газпром»), откровенно информируют иностранных инвесторов о политических рисках в стране, о том, что российские бизнесмены предпочитают улаживать свои споры в зарубежных судах, а не на родине.

Анализ структуры капитала может помочь разобраться, идет ли речь о приходе спекулянтов или о вложениях стратегических инвесторов. Часто говорят о благоприятном инвестиционном климате, когда приходят иностранные инвестиции, и о неблагоприятном, когда они уходят. Однако иностранными инвестициями подчас называют все приходящие в Россию деньги из-за рубежа, что может исказить всю картину. В частности, «Роснефть» в 2007 году заняла у западных банков 22 миллиарда долларов для приобретения активов «ЮКОСа», продававшихся на аукционах после банкротства компании, то есть покупка «ЮКОСа» на иностранные кредиты госкомпанией выглядела как приток иностранного капитала и свидетельство благоприятного инвестиционного климата².

¹ См.: Экономические обзоры ОЭСР. Российская Федерация. Декабрь 2011. Основные выводы и рекомендации (<http://www.oecd.org/eco/49234694.pdf>).

² Минфин предпочитает оперировать данными Банка России об иностранных инвестициях по платежному балансу — эти данные обычно в несколько раз больше аналогичных данных Росстата. Все зависит от методики расчетов. Наибольший удельный вес в накопленном иностранном капитале приходится на так называемые

Если в отнесении к «прямым инвестициям» средств, потраченных на поглощения и слияния, есть определенный экономический смысл (можно рассчитывать, что новый собственник начнет расширять свое дело), то большая часть иностранных инвестиций в нашу страну — это вообще займы. В свою очередь, резкий рост заимствований в недавней истории России возникал во многом из-за значительного увеличения внешнего долга частных и контролируемых государством компаний и банков. Так, в период последнего кризиса долги госкомпаний и окологосударственных компаний стали национальной проблемой, а в последние годы отток капитала — это уже не только внутренняя проблема России, но еще и следствие конъюнктуры, сложившейся на внешних рынках.

В свою очередь, с учетом наличия огромной армии всем довольных госкомпаний и их смежников, опросы, которые ставят Россию в конце инвестиционных рейтингов, свидетельствуют, что ситуация для ведения частного бизнеса в стране на самом деле еще хуже.

Некоторые эксперты не без оснований считают, что *ни ЦБ, ни правительство России вообще не воспринимают утечку капиталов как проблему* — эта утечка автоматически решает многие проблемы, то есть, несмотря на колоссальное положительное торговое сальдо, валюта в страну не прибывает, а значит, ЦБР не надо ее скупать, сдерживая укрепление рубля, и нет необходимости эмитировать рубли, провоцируя тем самым инфляцию¹.

Ну, а «с притоком капитала справиться очень легко», — грустно шутит бывший советник президента РФ, старший научный сотрудник Института Катона в Вашингтоне Андрей Илларионов:

«прочие инвестиции, осуществляемые на возвратной основе» (кредиты международных финансовых организаций, торговые кредиты и пр.), затем идет доля прямых инвестиций (взносы в капитал, лизинг, кредиты, полученные от зарубежных совладельцев организаций и прочие), немного приходится на портфельные инвестиции (в том числе в акции и паи). Таким образом, к прямым инвестициям официальная статистика относит как простую замену собственника в той или иной компании в результате ее приобретения — в международной практике инвестиции такого рода принято измерять показателем «слияния и поглощения» (*Mergers and Acquisitions*) — так и затраты на создание нового производства. Или, другими словами, в аналитических целях прямые инвестиции в форме взноса в капитал делятся на инвестиции, увеличивающие и не увеличивающие его размер. К первым относятся инвестиции в создание новых компаний (*«Greenfield investment»*) и дополнительную эмиссию акций, размещение долей, паев уже действующих структур, а также реинвестированные доходы. Вторые включают в себя инвестиции в уже существующие финансовые инструменты: акции, доли, паи и пр.

¹ См. подробнее: *Михайлов А. Беги, рубль, беги // Газета.ru. 19.03.12 (www.gazeta.ru/comments/2012/03/19_a_4096793.shtml).*

«Надо устроить что-нибудь в политической жизни, наехать на какую-нибудь компанию, посадить бизнесмена. И отток капитала возобновится. Таким способом регулирование у нас и произошло все 12 лет»¹.

«Дело Ходорковского... влияет на отношение иностранных инвесторов», — констатирует А. Шохин. «Россия по всем рейтингам сейчас во второй сотне по инвестиционному климату. Влияет оно и на принятие решений о будущих инвестициях. Паузы часто связаны с пиками судебных процессов... Еще два года назад я ставил вопрос: если человек не заплатил налоги и получил за это срок, то мог ли он украсть то, с чего должен был заплатить налоги? Если украл, то надо было бы отменить предыдущее решение суда за отсутствием состава преступления», — говорит глава РСПП².

В результате «дело «ЮКОСа»» продемонстрировало огромный разрыв в понимании категорий рыночной экономики предпринимателями и правоприменителями. Выяснилось, что уголовным деянием может оказаться торговля по цене ниже рыночной, что можно украсть у самого себя, что использование заработанных денег может быть интерпретировано как легализация средств, нажитых преступным путем, что создание акционерного общества может квалифицироваться как осуществленное группой лиц по предварительному сговору, что законы могут иметь обратную силу, а сомнение не трактуется в пользу подозреваемого в совершении преступления³.

«Дело «ЮКОСа»» — модельное для уголовного давления на бизнес. В январе 2011 года во время поездки в Давос президент Медведев заявлял в интервью Bloomberg TV, что предъявленные Ходорковскому обвинения считает законными. При этом он не исключил, что инвесторы, которые вкладывают средства в экономику России, могут повторить печальную судьбу Ходорковского, если не будут соблюдать законы: на вопрос, могут ли в России

¹ Сукаров А. Опасный приток // Московские новости. № 252 (252). 06.04.2012 (http://mn.ru/business_economy/20120406/315060035.html).

² Нам нужна предсказуемость политики (интервью А. Шохина) // Коммерсантъ. № 70 (4611). 21.04.2011 (<http://www.kommersant.ru/doc/1625913>).

³ В 2011 году незаметно прошел очень важный для российского правосудия юбилей — 50 лет «дела валютчиков». В 1961 году в ходе рассмотрения этого дела дважды были переписаны нормы закона, а обвиняемые были расстреляны «в порядке исключения». Потом еще 5 тысяч человек были посажены и расстреляны по той же схеме — «в порядке исключения». Есть такие дела, которые становятся не просто прецедентными или резонансными, но еще и модельными для правоприменителей.

появиться «новые ходорковские», Медведев ответил, что инвестор должен соблюдать законы, «в противном случае он может получить срок, как Ходорковский или Мэдофф»¹.

А уже в марте 2011 года вице-президент США Джозеф Байден, приехавший в Россию с официальным визитом, заявил, что бизнес-климат и состояние судебной системы в РФ являются очень серьезным препятствием для прихода в страну большего числа американских бизнес-компаний, и в качестве примеров «нарушения судебных законов» привел дела Ходорковского и Магнитского, а также преследование политической оппозиции².

Поэтому чрезвычайно важно, чтобы была взята сформулирована инвестиционная повестка нового президента и нового правительства, своего рода инвестиционная дорожная карта, включающая принципиальные для бизнеса составляющие: не только разумное налогообложение, но и защиту прав личности, собственности, обеспечение конкуренции на рынке, ограничение ручного управления и вообще избыточного государственного вмешательства и т.п. Для привлечения иностранных инвестиций в РФ необходимо продолжить улучшать конкурентную среду в стране, вопросы законодательства, связанные с улучшением инвестиционного климата, включая ясные жесты, направленные на оздоровление атмосферы в инвестиционном сообществе: вроде освобождения Ходорковского, расследования дела Магнитского, наказания всех, кто замешан в смертях предпринимателей в местах содержания под стражей.

За 20 лет рыночных реформ в стране так и не было проведено ни одной экономической амнистии, которая в некоторой степени могла бы помочь вернуть предпринимателей не только на свободу, но и в бизнес. И частично устранить допущенные «перегибы». Ведь предприниматели были привлечены к уголовной ответственности в период трансформации постсоветской экономики не только на основании плохих законов, сформулированных в переходный период от социализма к капитализму, так называемых «рудиментов советского правосознания», которые, как заявлял президент В. Путин, действуют до сих пор³, но и на основании неверной правовой интерпретации рыночной экономики

¹ <http://www.bloomberg.com/video/66212400-medvedev-interview.html>.

² http://www.bbc.co.uk/russian/mobile/russia/2011/03/110310_biden_moscow_democracy.shtml.

³ Путин В. Указ. соч.

правоприменителями. Действовавшими, опираясь на свои опыт и знания. Когда многие принципиальные проблемы становления рыночной экономики в стране оставались предметом дискуссий в среде экономистов.

А. Дворкович признает: «Если бы у государства существовала презумпция невиновности предпринимателя, структура контроля и надзора за экономической деятельностью была бы иной, но доверия к бизнесу нет». «Поэтому мы не можем пойти на решения, которые означали бы улучшение инвестиционного климата... Но и к государству доверия нет — многие его инициативы встречают у общества либо апатию, либо агрессию», — посетовал он¹. Трудно, находясь в тупике, рассчитывать на то, что в конце концов для инвесторов будет найден выход.

«Бегство мозгов»: миграция явная и скрытая

Идет масштабный отток не только капиталов из страны, но еще и «бегство мозгов». «Утечка мозгов» из России препятствует росту конкурентоспособности экономики гораздо сильнее, чем в других странах БРИК, а по способности привлекать иностранных специалистов страна опустилась с первой на последнюю позицию по сравнению с остальными быстроразвивающимися странами, согласно Рейтингу конкурентоспособности IMD (International Institute for Management Development), который дает оценки социальной и институциональной среды (компонент эффективности государства по IMD) по таким критериям, как достаточность защиты личной безопасности и частной собственности, честность судебной системы, политическая стабильность, прозрачность государственной политики, отсутствие бюрократии и коррупции².

В России принято жить по поговорке «что имеем — не храним, потерявши...» Плачем ли? В частности, руководитель Федеральной миграционной службы Константин Ромодановский посчитал, что за прошлый год, Россию покинуло около 100 тысяч граждан: 70 тысяч из них уехали за границу работать, еще 32—33 тысячи выехали на ПМЖ. И сделал вывод, что не все так и страшно: «Даже если мы предположим, что их (уехавших) в три раза больше, — это

¹ Кувшинова О. Шансы российского бизнесмена угодить за решетку — 50 на 50 // Ведомости. 06.04.2012. (www.vedomosti.ru/career/news/1610900/ugolovnaya_ekonomika).

² См.: Миронов В., Авдеева Д. Конкурентоспособность России в международных рейтингах: 10 лет спустя (<http://www.politcom.ru/13163.html>).

не потеря», ведь ежегодно в Россию прибывают только 38 тысяч квалифицированных специалистов — иностранцев¹. Получается, что меняем двух своих на одного чужого.

Статистика — штука коварная. Вот, например, Росстат считает «полноценными» эмигрантами только тех, кто официально отказался от российского паспорта. А зачем им это? Ведь согласно ч. 1 ст. 62 Конституции РФ «Гражданин Российской Федерации может иметь гражданство иностранного государства (двойное гражданство) в соответствии с федеральным законом или международным договором Российской Федерации». Следовательно, тот, кто уехал работать, получать образование или просто сдал собственную квартиру в аренду и на эти деньги живет где-нибудь за границей, не учитывается как покинувший ее. Оценки правительственные чиновников не учитывают «скрытой» эмиграции. Ведь мир глобален. Не отраженные в отечественной статистике реальные эмигранты могут по-прежнему числиться в составе населения РФ. Эти «мертвые души» могут учитываться при разработке национальных проектов, в частности, того же проекта поддержания численности населения на уровне 140—142 млн человек.

Насколько официальная статистика соответствует реальности, согласно данным, предоставляемым некоторыми развитыми странами? Согласно Росстата, в 2010 году в США отправились жить 1461 россиян, а власти Соединенных Штатов сообщили, что в том же году только на ПМЖ их въехало в пять раз больше — 7502 гражданина РФ. Еще разительнее контраст по Франции: по данным Росстата, в 2009 году во Францию отправились жить 198 человек, а гостеприимные хозяева обнаружили у себя их в 80 раз больше — 16 245 трудовых мигрантов из России². При таком качестве официальных оценок трудно надеяться на адекватность принимаемых политических и организационных решений на государственном уровне.

Представления наших официальных органов совпали, однако, с результатами недавнего исследования Gallup, который опросил потенциальных мигрантов по всему миру. Для России обнаружилось то самое «соотношение им. ФМС» — «2:1» в пользу «отезжающих», то есть в Россию готовы приехать 7 млн человек, а покинуть ее хотели бы в два раза больше — 15 млн. Получается, что

¹ Подробнее см.: Сколько россиян хочет «отвалить»? // Финмаркет. 23.02.2012 (<http://www.finmarket.ru/z/nws/hotnews.asp?id=2769464>).

² Там же.

жизнь в стране этих 15 млн человек пора бы менять к лучшему, чтобы число потенциальных отъезжающих сократилось, а не выросло еще больше. Кстати, почти все приезжающие к нам — это уроженцы республик Средней Азии, но многие из них рассматривают Россию лишь как страну-транзитера и не планируют надолго в ней задержаться.

Конечно, уедут не 15 процентов, а 2—3 процента (порядка 3 млн человек), причем не за год, а за более длительное время. В том числе, потому что на Западе не так легко найти работу. Особенno тем, кто дорожит своей квалификацией. Однако подавляющее большинство нормальных людей просто не в силах оторвать себя от собственных корней, от родных, от естественной культурной среды, пусть и архаичной в представлении одних, но своеобразной — в понимании других. Где родился — там и сгодился. Плюс языковые проблемы. Но эти сдерживающие моменты с каждым годом ослабевают, в Европе сокращаются местные ресурсы рабочей силы, а потому континент потребует больше мигрантов. И все-таки главное — это настроение, с которым будут работать в России те, кто хотел уехать, но по разным причинам не смог.

В 1998 году Россию покинули 213 тысяч человек, в 1999 — 215 тысяч. В начале «нулевых» уровень эмиграции упал до 40—70 тысяч в год. Но это данные Росстата. Резкое, в разы, снижение официальной миграции по сравнению с 90-ми имеет простое объяснение. Все больше россиян предпочитают «мягкий», постепенный выезд за границу. Даже получив временный (ВНЖ) или постоянный вид на жительство (ПМЖ) в той же Европе, они продолжают, сохраняя российские внутренние и заграничные паспорта, числиться гражданами страны и в сводках Росстата не фигурируют как мигранты¹.

В последние годы люди рассматривают, например, Чехию или Австрию как запасной аэродром. Часто при получении ВНЖ тут остаются мать с детьми, а отец семейства продолжает зарабатывать деньги в России. Главный мотив отъезда бизнесменов — жесткий прессинг со стороны силовиков и чиновников. А интеллигенция объясняет свою миграцию «резко сузившимся окном возможностей», особенно после кризиса 2008—2009 годов.

¹ Например, данные Росстата и ФМС показывают, что только за 2005—2009 годы Россию покинули 229 тысяч человек, а с учетом скрытой миграции — 440 тысяч. См.: *Никулин П. Пятнадцать миллионов потенциальных эмигрантов // Свободная пресса. 06.08.2010 (<http://svpressa.ru/t/28694>).*

Есть оценки, согласно которым ориентировочно объем эмиграции из постсоветской России составляет примерно 4,5–5 миллионов человек. Очевидно, что эта цифра нуждается в дальнейшем уточнении и изучении. Если первая волна эмиграции, охватившая около 2 млн человек, справедливо оценивается как одна из демографических катастроф, пережитых Россией в XX веке, то получается, что за 1992–2004 годы страна пережила как минимум две такие демографические катастрофы, понеся при этом тяжелейшие качественные потери¹.

Направления миграции в мире устойчивы, и экономический кризис 2008–2010 годов их нисколько не изменил: 70 процентов всех мигрантов привлекает 18 стран мира. При этом переехать в США мечтает каждый четвертый — 23 процента потенциальных мигрантов, то есть 145 млн человек, что примерно равно всему населению России. Россия в условиях ухудшения структуры человеческого капитала и его убывания не может рассчитывать на возможность конкуренции со странами, в которые люди стремятся приехать.

По данным исследования, проведенного социологами ВЦИОМа, после прошедших выборов 11 процентов россиян хотят уехать за границу на постоянное жительство. Основные потенциальные эмигранты, по данным социологов, — сторонники экс-кандидата в президенты России Михаила Прохорова (25 процентов), молодежь (25 процентов) и активные пользователи интернета (19 процентов). По оценкам ВЦИОМа, не хотят уезжать из России пожилые россияне (98 процентов) и приверженцы победителя президентских выборов Владимира Путина (93 процента).

Среди тех, кто хотел бы уехать жить за границу, 39 процентов еще не думали о том, когда именно они это сделают. Представление о возможных сроках своей эмиграции имеют 44 процента таких респондентов. При этом 11 процентов определившихся планируют уехать в течение ближайших двух лет, 13 процентов — в течение трех-пяти лет, 11 процентов откладывают переезд на шесть-девять лет, а 8 процентов и вовсе не планируют эмигрировать в ближайшие десять лет².

¹ См.: Пальников М.С. Четвертая волна эмиграции (http://www.perspektivy.info/srez/val/chetvertaja_volna_emigracii_2007-12-22.htm).

² Сторонники Прохорова хотят уехать // Интерфакс. 26.03.2012 (<http://interfax.ru/society/txt.asp?id=237813>).

В результате ущерб отечественной экономике, нанесенный оттоком капитала или «бегством мозгов», будет не столь очевиден, так же, как, например, не всегда заметна скрытая безработица. В отсутствие новых лиц в руководстве страны Россия сползает в застой, разочарование и эмиграцию, по аналогии с Советским Союзом времен Л.И. Брежнева. Эмиграция продолжится, особенно если протесты не принесут политических перемен¹. Вместе с тем не стоит преувеличивать потенциал эмиграции или оттока капитала: и то и другое будет происходить в «стертой» форме.

«Бегство мозгов» критически опасно для России еще и потому, что количественно приток иммигрантов не сможет исправить демографическую ситуацию: чтобы снизить давление на рынок труда, этот приток должен вырасти кратно. Однако даже скромный приток мигрантов неизбежно вызовет в стране всплеск национализма. По экспертным оценкам, в России через 10 лет достигнут пенсионного возраста около 22,5 млн человек, но заменить их на рабочих местах смогут лишь 13,4 млн. Нашей стране, в отличие от других развивающихся рынков, не нужно заботиться о том, как занять растущее трудоспособное население и обеспечить ему приемлемый рост доходов — это произойдет само собой: работодателям придется постоянно повышать зарплаты, чтобы сохранить работников, даже если экономика будет стагнировать².

Ожидания в экономике

В условиях экономической нестабильности последних лет очевидно действие психологического фактора: перестраховки, ожидания новых рисков и т.п. Часто даже эксперты не находят очевидных новых причин для существенного падения курсов акций, переходящего в обвал на фондовом рынке, в ценовые скачки на мировых энергетических рынках и т.п. и объясняют это страхами относительно будущего мировой экономики, возможностью крупных политических катализмов, включая войны, отмечают, что участники рынка паникуют. Ожидания замедления экономического роста то США, то Китая или Европы месяцами будоражат мировые рынки.

¹ См.: *Harding L.* Russian elections: Putin has six more years to draw level with Brezhnev // *Guardian*. 04.03.2012 (<http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2012/mar/04/russian-elections-putin-brezhnev>).

² См.: *Куликов С.* Вашингтон написал для Москвы «Стратегию-2020» // Независимая газета. 27.06.2012 (http://www.ng.ru/economics/2012-06-27/1_strategy.html).

Неудивительно, что премия по экономике, учрежденная в память об Альфреде Нобеле шведским Госбанком в 1968 году, в 2011 году была присуждена ученым из США Томасу Сардженту и Кристоферу Симсу за эмпирические исследования причин и ожиданий в макроэкономике. Сардженту удалось продемонстрировать, что структурная макроэконометрика может применяться для анализа постоянных изменений в экономической политике, а Симс разработал метод под названием «векторная авторегрессия» для анализа влияния временных изменений в экономической политике на экономику¹.

«Экономическая политика влияет на экономику, а экономика — на экономическую политику. Ожидания — это основные аспекты этого взаимодействия, — говорится в пресс-релизе Нобелевского комитета. — Ожидания частного сектора относительно будущей экономической активности и политики оказывают влияние на принятие решений о заработной плате, сбережениях и инвестициях. Одновременно экономическая политика находится в зависимости от ожиданий событий в частном секторе. Методы, разработанные лауреатами Нобелевской премии по экономике, могут быть использованы для определения двусторонней связи и объяснения роли ожидания. Это делает возможным установление эффектов, вызванных как принятием неожиданных политических мер, так и систематическими сдвигами в политике»².

¹ Знакомство с механизмом формирования ожиданий позволяет точнее представить влияние экономической политики на развитие экономического процесса. Известны две теории, или два подхода к оценке ожиданий: теория адаптивных ожиданий и теория (гипотеза) рациональных ожиданий. Теория адаптивных ожиданий исходит из того, что фирмы корректируют свои ожидания (и действия), исходя из событий прошлого, тенденций и подтверждений или ошибок прошлых прогнозов. Подобным образом оценивается вероятная ситуация на рынках отдельных товаров, динамика цен, изменения конъюнктуры. Адаптивные ожидания опираются, таким образом, на несколько суженную, ограниченную оценку; фирмы опираются преимущественно на прошлый опыт, прошлые «траектории» в движении переменных параметров. Гипотеза рациональных ожиданий базируется на более полной и широкой информации, основанной на анализе, оценках предстоящих (будущих) событий. Рациональные ожидания основываются на прогнозах. Это не что иное, как «предсказание экономических событий». «Классический способ включить ожидание в экономическую теорию — это предположить, что тот, кто принимает решение, может оценить общее вероятностное распределение будущих событий». См. подробнее: Довбенко М.В., Осик Ю.И. Современные экономические теории в трудах нобелиантов. Академия естествознания, 2011. Глава 3.4. (<http://www.rae.ru/monographs/129-4225>); Довбенко М. Теория рациональных ожиданий (http://dovbenko.kiev.ua/ru/published/articles/1150_2/).

² http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/2011/press.html.

В здоровом экономическом теле — здоровый предпринимательский дух. Депрессия в обществе ведет к депрессии в экономике. И наоборот. Как выяснила компания Grant Thornton International (GTI) в ходе исследования, проведенного в четвертом квартале 2011 года, российские бизнесмены смотрят на развитие экономики в России с пессимизмом, тогда как предприниматели других стран БРИК настроены оптимистично. Всего в опросе GTI приняли участие более 2,7 тыс. компаний по всему миру. В России респондентами выступили генеральные (управляющие) директоры около 100 компаний, представляющих средний и крупный бизнес, с численностью сотрудников от 100 до 499 человек в Москве, Санкт-Петербурге, Екатеринбурге, Нижнем Новгороде и Новосибирске¹.

Эксперты отметили, что индекс настроений среди российских предпринимателей снижался на протяжении всего 2011 года. При этом столичные предприниматели меньше верят в скорое улучшение экономического положения, чем их коллеги в регионах. Наиболее позитивно оценивают свое будущее бизнесмены из Бразилии, где индекс настроений составляет 74 процента — на такую величину число оптимистов превышает количество пессимистов. На втором месте Индия (58 процентов), затем Китай (22 процента). Россия замыкает этот список с отрицательным показателем (−4 процента), то есть она единственная страна в БРИК, где пессимистов больше, чем оптимистов. Эксперты GTI отмечают, что в общем рейтинге 40 стран, участвовавших в опросе об уровне оптимизма, Россия занимает 27-е место, разделяя его с Сингапуром, Малайзией, Швейцарией².

А. Дворкович в эфире телеканала «Россия 24» заявил, что за 5–7 лет можно увеличить объем инвестиций в Россию в 1,5–2 раза. Для этого необходимо устранить недоверие инвесторов, преодолеть стереотипы и отдалить чиновников от принятия инвестиционных решений. Следовательно, преодоление недоверия или стереотипов выглядит, по его мнению, едва ли не главным вопросом инвестиционной политики государства³.

¹ Бизнесмены не верят в улучшение экономики // Grant Thornton. Пресс-релиз. 08.11.2011 (http://www.gtrus.com/main_ru.php?year=2011&chapter=press&page=pr/2011/pr_1124); Focus on: Russia // Grant Thornton International Business Report 2011 — Economy focus series (www.internationalbusinessreport.com/files/ibr2011%20-%20russia%20focus%20final.pdf).

² Подробнее см.: Алексеева О., Климентьев Г. Российский бизнес ждет худшего // Газета.ru. 10.01.2012 (<http://www.gazeta.ru/business/2012/01/10/3958989.shtml>).

³ Мы не строим государственный капитализм // Интерфакс. 17.06.2011. (<http://www.interfax.ru/txt.asp?id=195018>)

В 1955 году лауреатом Нобелевской премии в области экономики стал американский экономист Роберт Лукас из Чикагского университета. Премия присуждена за разработку гипотезы рациональных ожиданий, которая привела к изменению макроэкономического анализа и углублению понимания экономической политики. Суть его гипотезы состояла в том, что не следует рассматривать потребителей и предпринимателей только как объекты макрорегулирования: «У них есть свои мозги, и ожидания людей столь же важны для экономики, как экономическая политика правительства. Простейший пример — прогноз роста инфляции немедленно ускоряет этот рост»¹.

Экономические агенты не только следят за информацией, не только ее получают. Они ее перерабатывают, оценивают, обучаются на основе полученной информации. Занимая определенное социальное положение, обладая профессиональными навыками, опытом, следя традициям и «правилам игры», люди реагируют на внешние события, происходящие и ожидаемые перемены.

24 сентября 2011 года произошла известная политическая рокировка, которая оказалась спусковым крючком для последующих социально-политических событий в стране. Комментаторы, как правило, говорят об оскорблении чувстве избирателей, которые осознали, что все было решено за их спиной. Однако объяснение может быть другим: осознание отказа от принципа сменяемости власти, ощущение дежавю, исчезновение надежды на обновление и, как следствие, перспективы — уверенности в завтрашнем дне. Люди были готовы ждать, даже ощущая иллюзорность своих надежд на реформы, в расчете на перемены, которые неизбежны в условиях сменяемости власти, а потом и иллюзия исчезла. И больше ждать стало нечего².

¹ См.: Бартенев С. А. Экономические теории и школы (история и современность): Курс лекций. М.: БЕК, 1996 (http://thebookdeal.com/book_51_glava_96_3_Gipoteza_ra%D1%81ionalnykh_ozhi.html).

² Иногда о происходящих переменах в настроениях предпринимателей можно судить по косвенным фактам. Так, например, недавно галерист Марат Гельман подтвердил сообщение о том, что «Гельман Галерея» на «Винзаводе» прекратит существование в нынешнем виде: «У нас есть у каждого свои личные причины, и есть общее понимание того, что происходит: порядка 80 процентов всех коллекционеров, собиравших современное искусство, покинуло Россию». И добавляет, что нынешняя атмосфера в стране не располагает к коллекционированию: «Ситуация связана с тем, что сегодня богатыми людьми чаще становятся чиновники, а не свободные бизнесмены», а они «не заинтересованы показывать обществу свое благосостояние» (см.: <http://www.bbc.co.uk/russian/>

Из материалов, представленных в данной работе, следует, что:

- нельзя привлечь частные инвестиции без частных инвесторов, равно как и иностранный капитал — без зарубежных предпринимателей, которые на самом деле чуть ли не наполовину (в объеме иностранных инвестиций в российскую экономику) фактически являются отечественными, принявшими форму иностранных только ради большей защищенности своего бизнеса, что лучше всяких слов свидетельствует об их оценке уровня защищенности отечественного капитала. Поэтому защита прав собственности, и прежде всего личной свободы предпринимателей, — исходные условия для успешного развития страны;
- невозможно обеспечить догонающее развитие страны при уменьшающемся человеческом капитале и ухудшении его структуры, то есть невозможно добиться качественного развития экономики при массовой эмиграции (или ясно выраженном желании эмигрировать) наиболее инициативных людей, в том числе предпринимателей, не создавая условия для той части населения, которая организует производственную жизнь, вкладывая капитал и управляя им.

Нельзя не отвечать ожиданиям населения на перемены к лучшему, на сменяемость власти, поскольку экономическая и общественно-политическая жизнь — сосуды сообщающиеся. Ощущение застойных явлений в политической жизни неизбежно вызывает утрату видения перспективы наиболее активной частью населения страны, людей с амбициями, тех, кто предопределяет появление новых идей, приток капитала, новых рабочих мест, собираемость налогов. Рост ВВП и уровня жизни, наконец.

rolling_news/2012/04/120411_m_gelman_russia_corruption.shtml). Ожидается, что закроется галерея XL Елены Селиной, закрывает свою галерею и Айдан Салахова. См.: Айдан Салахова закрывает свою галерею и уходит из арт-бизнеса // РИА Новости. 11.04.2012 (<http://ria.ru/culture/20120411/623170162.html>).

ГЛАВА 5

Отнять или создать?

Стимулы к применению насилия в экономике и факторы, способные его ограничить¹

А.А. Яковлев, директор Института анализа предприятий и рынков
НИУ ВШЭ, кандидат экономических наук

Одним из препятствий для экономического развития в России в последние годы стало систематическое давление на бизнес со стороны правоохранительных структур с целью захвата собственности и получения контроля над активами. О такого рода давлении заявляют не только предприниматели и журналисты², но также эксперты и политики³. По состоянию на 2012 год в России насчитывалось свыше 120 тысяч предпринимателей, осужденных за экономические преступления (включая условные сроки)⁴. Одним из следствий рас-

¹ Данная глава подготовлена на основе результатов исследований по теме «Коллективные действия фирм: компенсация провалов государства и рынка или поиск ренты», поддержанных Программой фундаментальных исследований ВШЭ, а также с использованием данных, собранных в рамках Международного центра изучения институтов и развития (МЦИИР). Автор признателен за содержательные комментарии на предшествующие версии статьи В. Радченко, Е. Новиковой, А. Федотову и М. Субботину из Центра правовых и экономических исследований (ЦПЭИ), В. Волкову, Э. Панеях и К. Титаеву из Института проблем правоприменения при Европейском университете в Санкт-Петербурге, Е. Салыгину и специалистам факультета права ВШЭ, а также А. Верникову, А. Зимину, А. Карапетову, Я. Паппэ, В. Радаеву, И. Розинскому и А. Чепуренко.

² См. материалы сайта НП «Бизнес-солидарность» (<http://www.kapitalisty.ru>) и многочисленные публикации Л. Никитинского и О. Романовой.

³ См.: *Жалинский А., Радченко В.* Уголовный закон: Большая имитация реформы // Ведомости. № 113 (2879). 23.06.2011; *Жалинский А., Радченко В.* Уголовный закон: Политика изгнания бизнеса // Ведомости. № 114 (2880). 23.06.2011; Уголовная политика в сфере экономики: экспертные оценки. М.: Фонд «Либеральная миссия». 2011; *Морщакова Т., Радченко В., Новикова Е.* Спасти бизнес от репрессий // Московские новости. 17.01. 2012; выступление Д. Медведева 10 апреля 2012 года на заседании рабочей группы по подготовке предложений по формированию в России системы «Открытое правительство» (<http://www.kremlin.ru/transcripts/14995>).

⁴ См.: *Рубченко М.* За взятки лоббировать не буду (интервью с уполномоченным при президенте РФ по защите прав предпринимателей Б. Титовым) // Эксперт. 2–8 июля 2012. № 26 (809). С. 44–46.

тущего «силового давления» на бизнес стал массированный отток капитала из России, который достиг 84 млрд долларов в 2011 году и сохраняется на примерно таком же уровне в 2012 году.

Осознание представителями власти общественной значимости этой проблемы и ее социально-экономических последствий привело к политическим заявлениям о гуманизации уголовного законодательства, поправкам в Уголовный кодекс РФ и частичным изменениям правоприменительной практики. Однако насколько эти меры дадут эффект в несовершенной институциональной среде, характерной для России? И какие иные практические действия, учитывающие российскую специфику, могут быть предприняты для снижения давления на бизнес со стороны правоохранительных структур? Отвечая на эти вопросы, ниже мы покажем, при каких условиях с точки зрения экономической теории «силовое давление» для самих предпринимателей оказывается рациональной стратегией поведения, рассмотрим факторы, предопределившие рост давления на бизнес в России в 2000-е годы, а также проанализируем меры, которые могут способствовать изменению ситуации в современных российских условиях.

К теории вопроса: типы предпринимательской активности, стимулы и ограничения для «силового давления» на бизнес

В экономической литературе признается, что для получения прибыли предприниматель среди прочих может использовать стратегии, противоречие интересам общества. Так, в работах А. Крюгер и Дж. Бхагвати были выделены «поиск ренты» и «прямонепроизводительная деятельность» (directly-unproductive, rent-seeking activity — DUP), которые противопоставлялись производительному предпринимательству¹. В дополнение к их аргументам У. Баумоль, наряду с производительной и непроизводительной (или перераспределительной) деловой активностью, выделил категорию «разрушительного предпринимательства» (destructive entrepreneurship)². В его понимании этот тип предприниматель-

¹ См.: Krueger A.O. The Political Economy of the Rent-Seeking Society // The American Economic Review. Vol. 64. No. 3 (June 1974). P. 291—303; Bhagwati J.N. Directly-Unproductive Profit-Seeking (DUP) Activities // Journal of Political Economy. Vol. 90. 1982. P. 988—1002.

² См.: Baumol W.J. Entrepreneurship: Productive, Unproductive, and Destructive // Journal of Political Economy. Vol. 98. No.5. 1990. P. 893—921.

ской активности, обеспечивая частные выгоды отдельным индивидам, приносит чистые потери для общества. В сегодняшнем мире это прежде всего организованная преступность, но исторически это также военные (или силовые) формы предпринимательства.

Как подчеркивает Баумоль, при всей значимости иных факторов в основе военных действий, как правило, лежат экономические мотивы. Войны ведутся за получение доходов с завоеванных территорий, доступ к ресурсам и рынкам сбыта. При этом на протяжении многих веков развитие технологий предопределялось потребностью в новых средствах защиты и нападения — от стальных лат и каменных укреплений до арбалетов и артиллерии. Однако эти инновации не использовались для производства потребительских благ и, как следствие, на протяжении столетий средние доходы на душу населения оставались практически на одном и том же уровне.

Баумоль констатирует, что доля людей с задатками к предпринимательской деятельности может различаться в разных обществах, но в каждом случае она относительно инертна — особенно в кратко- и среднесрочном периоде¹. Поэтому благосостояние и динамика развития разных обществ в гораздо большей степени зависят от того, в какой пропорции «предприимчивые» люди распределяются по разным типам активности. Процветающими, скорее, оказываются те общества, в которых предприниматели в большей степени вовлечены в создание новых благ и инновации, связанные с этим процессом. Напротив, в категорию стагнирующих на длинных отрезках времени чаще попадают общества, где поиск ренты и прямое насилие обеспечивают большую отдачу на вложенные усилия в сравнении с производительной активностью. Политические меры в отдельной стране вряд ли могут существенно увеличить общее число людей со склонностью к предпринимательской деятельности. Однако изменение «правил игры», приводящее к смещению пропорций распределения «предпринимательских талантов» в пользу производительной деятельности и инноваций, в состоянии обеспечить существенные позитивные эффекты для экономического развития.

В истории не было линейного движения от деструктивного предпринимательства к производительному. Периоды экономического прогресса и развития сменялись затяжными и разрушительными войнами (достаточно вспомнить «Столетнюю войну»

¹ Этот вывод подтверждается эмпирическими данными Глобального мониторинга предпринимательства — см.: www.gemconsortium.org.

в Европе в XIV—XV веках и первую половину XX века с двумя мировыми войнами). При этом Баумоль не дает ответа на вопрос, кто и почему принимает решения, меняющие пропорции в распределении «предпринимательских талантов».

Ответ на этот вопрос, на наш взгляд, позволяют сформулировать последние работы Д. Норта, Д. Уоллиса, С. Уэбба и Б. Вейнгаста, посвященные эволюции социальных порядков и роли насилия в экономическом развитии¹. Исходная точка рассуждений Норта и его коллег примерно та же, что у У. Баумоля — в общем случае у любого индивида есть выбор: он может пытаться сам заработать себе на пропитание какой-либо продуктивной деятельностью либо попытаться отнять то, что заработал его сосед. Вторая опция (с выбором в пользу насилия) имеет разрушительные последствия, поскольку чистый выигрыш победителя в вооруженном конфликте всегда меньше совокупных потерь проигравшей стороны. Кроме этого насилие ограничивает возможности для развития, так как угроза принудительного изъятия заработанных доходов снижает стимулы к производительной деятельности.

Таким образом, с точки зрения благосостояния общества оптимальным является ограничение возможностей для насилия. В рамках концепции Норта и его соавторов решение этой проблемы связывается с возникновением *организаций*, которые защищают своих членов от насилия извне и одновременно налагают санкции на тех своих членов, которые нарушают установленные правила внутреннего взаимодействия. Тем самым речь идет об организациях, обладающих собственным потенциалом насилия и сочетающих экономические, политические и военные функции.

Исторически первой такой организацией является клан (род, племя), возглавляемый военным вождем. Клан в значительной степени остается неформальной организацией, так как он опирается на личные отношения между членами, а основные правила

¹ См.: North D., Wallis J., Webb S., Weingast B. Limited Access Orders in the Developing World: A New Approach to the Problems of Development // World Bank Policy Research Working Paper. No. 4359, September 2007; North D., Wallis J.J., Weingast B.R. Violence and Social Orders: A Conceptual Framework for Interpreting Recorded Human History. New York: Cambridge University Press, 2009; North D., Wallis J.J., Webb S., Weingast B.R. In The Shadow of Violence: The Problem of Development in Limited Access Societies. New York: Cambridge University Press, 2012; Норт Д., Уоллис Дж., Уэбб С., Вайнгаст Б. В тени насилия: уроки для обществ с ограниченным доступом к политической и экономической деятельности // Вопросы экономики. 2012. № 3. С. 4—31. (Далее для ссылок на этих авторов мы будем использовать аббревиатуру NWW).

взаимодействия между ними остаются неписанными. Появление клановых или родоплеменных структур, однако, не решает проблему насилия, а лишь переводит ее на другой уровень — когда столкновения и конфликты происходят уже не между отдельными людьми, а между кланами. При этом последствия вооруженных столкновений становятся более серьезными. И в понимании NWWWW это делает необходимым появление государства как *механизма, ограничивающего насилие*.

Возникающее на этой стадии общественное устройство NWWWW определяют как «естественное государство» (natural state) или «порядок ограниченного доступа» (limited access order, далее по тексту — ПОД). На начальных этапах естественное государство представляет собой систему личных договоренностей между «специалистами по насилию», возглавляющими отдельные кланы и формирующими элиту нового общества. Для вождя отдельного клана отказ от насилия по отношению к представителям других кланов оправдан, если вождь и его окружение на регулярной основе получают достаточную компенсацию или ренту. Именно поэтому ограничение в доступе к экономической и политической деятельности, создающее ренту, является необходимым условием существования естественного государства. Одновременно логика ПОД заставляет искать «политическое покровительство» те социальные группы, которые не обладают собственным потенциалом насилия, но при этом способны откупиться от потенциальных захватчиков¹.

Однако подобный социальный порядок оказывается «хрупким», поскольку он держится на личных привилегиях для «специалистов по насилию», и любое изменение баланса сил между ними становится поводом к пересмотру ранее достигнутых договоренностей о «ненападении». Именно поэтому широко распространенный тезис о том, что «государство должно обеспечить законность и порядок», в абсолютном большинстве современных обществ (включая Россию) не отражает реальность, поскольку государство здесь не является чем-то единым. Скорее оно представляет собой совокупность противоборствующих кланов, каждый из которых опирается на подконтрольные ему экономические, политические

¹ В Средневековье угрозе захвата и разорения со стороны феодальных армий в первую очередь подвергались развитые и богатые города, не имевшие монаршего покровительства, — примерно так же, как в современной России внимание рейдеров и их партнеров из правоохранительных структур прежде всего привлекают успешные средние компании, не обладающие «политическими связями».

и военизированные организации (включая те из них, которые по своему формальному статусу являются государственными)¹.

В логике NWWWW прогресс в развитии общества связан с переходом от личных привилегий к системе безличностных прав, гарантированных сначала представителям элиты, а потом и более широким группам граждан. Такой переход возможен, если *представители элиты оказываются способны договориться между собой о выработке и соблюдении законов и правил, единых для всех членов элиты.* (В этом контексте NWWWW говорят о появлении принципа верховенства права, который изначально распространяется не на всех граждан, а лишь на элиту.)

Стабильность «порядка ограниченного доступа», который возникает из взаимодействия между различными кланами (или группами в элите), предопределяется способностью ПОД к поддержанию динамического баланса их интересов. Такая способность связана с реализацией трех функций:

- осуществление контроля за исполнением договоренностей в части получения своей доли ренты каждой группой в элите;
- демонстрация убедительной угрозы применения силы в случае нарушения договоренностей одной из групп;
- возможность разрешения конфликтов путем переговоров без прямого применения силы.

Здесь, по нашему мнению, очень важную роль играет появление *специализированных экономических и политических организаций*, которые действуют автономно от государства, понимаемого как «правящая коалиция элит». Исторически такие организации возникают по инициативе конкретных лиц и на начальной стадии неизбежно отражают именно их интересы. С течением времени некоторым из этих организаций удается дистанцироваться от своих учредителей². Именно такие организации становятся выразителями интересов определенных групп в элите, включая те

¹ В этой связи NWWWW специально подчеркивают, что вопреки нормативным представлениям, характерным для многих экономистов, политологов и юристов, наличие у государства монополии на насилие в понимании М. Вебера в историческом контексте является исключением, а не правилом. В современном мире это исключение имеет место лишь в наиболее развитых странах, где консенсус элит в рамках демократических институтов обеспечивает условия для поддержания централизованного политического контроля над вооруженными силами и правоохранительными структурами.

² Подобные устойчивые организации, пережившие своих непосредственных создателей, NWWWW определяют как «непрерывно существующие» (perpetually lived).

группы, которые не представлены в «правящей коалиции». Выступая от имени этих групп, подобные организации могут вести переговоры о поддержании единых «правил игры» и о разрешении конфликтов без применения насилия. Для Англии, Франции и США на границе XVIII—XIX веков в качестве таких организаций NWWWW рассматривают прежде всего политические партии и корпорации. При этом NWWWW говорят о взаимодействиях и переговорах только внутри элиты.

Возможности участия в подобных переговорах для массовых социальных групп (таких как граждане или обычные предприниматели) предопределяются наличием организаций, публично выраждающих и отстаивающих их коллективные интересы. В средние века в Европе эти функции выполняли гильдии купцов и ремесленников. Позднее примерами таких организаций являлись профсоюзы, бизнес-ассоциации, гражданские некоммерческие организации. Появление массовых организаций такого рода позволяет неэлитным слоям оказывать давление на «правящую коалицию» элит, способствует формированию более устойчивых единых правил (и системы права как их документального отражения) и обеспечивает возможности для *политического разрешения конфликтов* между разными социальными группами.

На этой основе становится возможным формирование механизмов коллективного политического контроля за применением насилия. Возникновение убедительной системы санкций за нарушение сложившихся договоренностей о «коллективной безопасности» приводит к тому, что потенциальная отдача от применения насилия становится меньше связанных с этим издержек и стимулы к «деструктивному предпринимательству» ограничиваются. В свою очередь это ведет к перераспределению «предпринимательских талантов» в пользу более производительных видов деятельности.

Российский контекст

Если СССР, с точки зрения концепции NWWWW, можно было относить к «базовому» или даже «зрелому» порядку ограниченного доступа, то Россия 1990-х сместилась к «хрупкой» стадии ПОД — с очень слабым государством и регулярными вооруженными столкновениями между различными группами интересов. Конфликты возникали и разрешались «силовыми» средствами между разными политическими течениями (как это было в противостоянии между Верховным Советом РСФСР и президентом Б. Ельциным в октябре 1993 года),

между федерацией и отдельными регионами (война в Чечне), между государственными и частными силовыми структурами («инцидент» между службой охраны президента Б. Ельцина и службой безопасности финансовой группы «МОСТ» в декабре 1994 года).

Следствием распада государства стал бурный рост криминальной активности, включая силовое давление на появляющийся частный бизнес. Реалии того времени подробно описаны В. Волковым в его работах о феномене «силового предпринимательства»¹. Недавно о них вновь напомнили проходившие в Лондоне судебные процессы между Б. Березовским и Р. Абрамовичем, а также — между О. Дерипаской и М. Черным. В отсутствие дееспособной правоохранительной системы конфликты между предпринимателями в России в 1990-е годы разрешались при посредничестве криминальных «крыш», которые в обмен на свои услуги получали долю доходов от «опекаемого» бизнеса.

Однако достаточно быстро услуги такого рода стали предоставлять не только организованные преступные группы, но и представители государственных правоохранительных структур (МВД, ФСБ, Федеральной службы налоговой полиции и т.д.). При этом в общении с предпринимателями подобные «защитники бизнеса» вели себя практически одинаково, и подчас невозможно было определить, кто это — бандиты или милиция².

В терминах У. Баумоля период 1990-х в России однозначно характеризуется доминированием непроизводительного и «деструктивного» предпринимательства. В первом случае речь шла о масштабном перераспределении национального богатства в рамках приватизации, валютных и кредитных операций, за счет игры на разнице между внутренними и мировыми ценами на сырье и товары народного потребления. Во втором случае наряду с криминальным давлением и убийствами бизнесменов происходил массовый вывод активов с приватизированных предприятий, что вело к разрушению промышленности. В результате на фоне 40-процентного падения национального продукта Россия к концу 1990-х оказалась в числе стран-лидеров по количеству миллиардеров.

Валютно-финансовый кризис августа 1998 года (с резкой девальвацией рубля и дефолтом по государственным обязательствам),

¹ Volkov V. Violent Entrepreneurship in Post-Communist Russia // Europe-Asia Studies. 1999. No 5. P. 741—754; Волков В. Силовое предпринимательство. СПб.: Летний сад. 2002.

² Радаев В.В. Формирование новых российских рынков: трансакционные издержки, формы контроля и деловая этика. М.: Центр политических технологий, 1998.

а также политические события осени 1998 года показали, что сохранение подобной системы «дикого капитализма» с массовым «захватом государства» различными группами интересов чревато серьезными рисками для новой российской элиты¹. Хотя основные потери от кризиса понес средний класс и кризис не привел к реальной смене власти, элита осознала, что в случае повторения подобного катализма она может лишиться активов, доставшихся ей в 1990-е годы.

Кризис привел к активному внутриэлитному диалогу на площадках разных организаций, таких, как Клуб-2015 и Совет по внешней и оборонной политике (СВОП)². Одним из результатов этого диалога стало понимание необходимости проведения ответственной макроэкономической политики, расчистки неплатежей, создания работающей налоговой системы. Выстраивание «вертикали власти», провозглашенной В. Путиным, стало возможным именно потому, что данный процесс опирался на консенсус элит в отношении необходимости «восстановления государства».

Стоит также отметить, что в соответствии с логикой NWWWW в этот период государство попыталось создать новые организации для коллективного представительства интересов бизнеса, включая «новый РСПП» для крупного бизнеса (с его Бюро правления, в которое входили все олигархи), объединение ОПОРА России для малых предприятий и ассоциацию «Деловая Россия» для средних компаний. Одновременно в начале 2000-х годов с восстановлением дееспособности правоохранительной системы наблюдалось давление криминальной активности с вытеснением из бизнеса и политики криминальных «авторитетов». Также начало 2000-х годов характеризовалось снижением «силового» давления на бизнес, чему способствовали радикальная налоговая реформа (включая реструктуризацию накопленной задолженности по налогам и упрощение налоговой системы) и ликвидация ФСНП³.

¹ См.: *Yakovlev A. The evolution of business-state interaction in Russia: From State Capture to Business Capture // Europe-Asia studies. Vol. 58. No. 7. 2006. P. 1033–1056.*

² Если Клуб-2015 был создан владельцами успешных частных фирм и топ-менеджерами, работающими в российских офисах международных компаний, то СВОП преимущественно объединял экспертов и представителей силовых структур из окружения Е.М. Примакова, занимавшего в течение 1990-х посты директора Службы внешней разведки, министра иностранных дел и председателя правительства РФ.

³ Косвенным подтверждением сказанному являются данные статистики МВД о сокращении в 2000–2003 годах числа выявленных и расследованных экономических преступлений, особенно в крупном и особо крупном размерах. См.: *Волков В., Дмитриева А., Панеях Э., Поздняков М., Титаев К. Активность правоохранитель-*

Почему эти тенденции повернулись вспять и сегодня эксперты и предприниматели говорят о репрессивности уголовного законодательства и «обвинительном уклоне» по отношению к бизнесу? По нашему мнению, этому способствовал ряд объективных и субъективных факторов, в числе которых можно выделить:

- отношение к бизнесу в обществе;
- «эффект переключения», связанный с поиском новых форм силового давления на бизнес в условиях ограничения возможностей передела собственности, типичных для конца 1990-х годов;
- тенденция к централизации и ужесточению формального контроля в правоохранительной системе;
- дело «ЮКОСа» как политический прецедент «силового» давления на бизнес.

Отношение к бизнесу в обществе. Эксперты ЦПЭИ неоднократно отмечали тенденцию к усилению репрессивности законодательства об экономических преступлениях. Однако эта тенденция стала проявляться уже в конце 1990-х годов, и, по нашему мнению, она связана с реальными и массовыми правонарушениями в сфере экономики, которые наблюдались в течение 1990-х годов.

Стоит отметить, что в восприятии самих предпринимателей в начале и середине 1990-х основная угроза силового давления исходила от криминальных структур. При этом на фоне общей слабости правоохранительной системы практика правоприменения была относительно либеральной — просто в силу того, что старое законодательство не предусматривало какого-либо регулирования для многих новых видов экономической активности, появившихся после 1991 года, а текущая политика правоприменения во многом ориентировалась на логику первоначальных реформ Б. Ельцина (в духе Указа «О свободе торговли»¹).

Однако именно этот период был отмечен массовыми правонарушениями в сфере экономики. Речь шла не только о нарушениях прав инвесторов и акционеров, о чем писалось во многих работах². Очень серьезно нарушались экономические права и интересы

ных органов РФ по выявлению преступлений в сфере экономической деятельности, 2000—2011 гг. // Аналитические записки по проблемам правоприменения. Ноябрь 2011 (http://enforce.spb.ru/images/analit_zapiski/pm_econ_crime_1111.pdf).

¹ Указ Президента РФ от 29.01.1992 № 65 «О свободе торговли».

² См., например: *Black B., Kraakman R., Tarassova A. Russian Privatization and Corporate Governance: What Went Wrong?* // Stanford Law Review. Vol. 52. Issue 6. 2000. P. 1731—1808.

широких слоев граждан — через махинации в рамках финансовых пирамид, мошенничества при покупке квартир, вывод активов и неплатежи по зарплате работникам приватизированных предприятий. Инициаторы подобных «схем» и махинаций пользовались несовершенством законодательства и системы правоприменения. Их деятельность в полной мере можно отнести к непродуктивному и «деструктивному» предпринимательству в терминах У. Баумоля. Очевидно, что они представляли отнюдь не всех предпринимателей, но в результате именно их активности в обществе возникало ощущение нарастающей социальной несправедливости и укреплялось негативное восприятие бизнеса¹. Это, в свою очередь, создавало моральные основания для усиления репрессивности законодательства в отношении предпринимателей.

Эффект «переключения» на новые схемы передела собственности. Необходимо сознавать, что «силовое давление» на бизнес инициируется отнюдь не только правоохранителями или криминальными элементами. Очень часто его использовали (и используют) сами предприниматели — для устранения конкурентов, а также просто для захвата привлекательных активов в рамках корпоративного рейдерства.

Однако схемы такого рода передела собственности менялись во времени. Долгое время они строились на манипулировании нормами закона об акционерных обществах, принятого в 1995 году, и закона о банкротстве 1998 года, резко расширившего права кредиторов и дававшего возможность ввести на предприятии конкурсное управление при наличии минимальной просроченной задолженности². Подобная практика, угрожавшая реально развивавшемуся бизнесу, встретила коллективное противодействие, и в 2001—2002 годах в оба закона были внесены существенные поправки, которые заметно ограничили возможности для захвата активов и передела собственности.

¹ См.: Avtonomov V. Balancing State, Market and Social Justice: Russian Experiences and Lessons to Learn // Journal of Business Ethics. Vol. 66. No. 1 (June 2006). P. 3—9; Yakovlev A., Avraamova E. Public attitudes toward business in contemporary Russia: influence of economic policy and opportunities for corporate response // Post-Communist Economies. Vol. 20. Issue 3. 2008. P. 263—286.

² См.: Яковлев А. Спрос на право в сфере корпоративного управления: эволюция стратегий экономических агентов. // Вопросы экономики. 2003. № 4. С. 37—49; Volkov V. Hostile Enterprise Takeovers: Russia's Economy in 1998—2002 // Review of Central and East European Law. Vol. 29 (2004). No. 4. P. 527—548; Симачев Ю.В., Радыгин А.Д. Институт банкротства в России: особенности эволюции, проблемы и перспективы // Российский журнал менеджмента. Т. 3. 2005. № 2. С. 43—70.

Между тем к этому времени на корпоративном рынке уже сложились команды профессиональных рейдеров, которые стали искать новые инструменты «силового» давления на интересующие их предприятия и переключились на использование статей Уголовного кодекса в этих целях. Этот тезис, естественно, ни в коей мере не отрицает того факта, что все эти схемы, используемые рейдерами, были бы невозможны без участия недобросовестных полицейских, следователей, прокуроров, нотариусов и судей.

Тенденция к централизации и ужесточению формального контроля в системе МВД и других правоохранительных структурах. В начале 2000-х годов в рамках общего восстановления «вертикали власти» наблюдалась тенденция к укреплению системы правоприменения. Однако этот процесс происходил при сохранении закрытости правоохранительных органов от общественного контроля. При этом в МВД, ФСБ и прокуратуре произошло восстановление и укрепление специфической ведомственной системы оценки результатов деятельности, известной сегодня как «палочная система»¹.

«Палочная система» не является российским изобретением. Подобные системы оценки, опирающиеся на специфический набор индикаторов, существовали в правоохранительных органах СССР, а также действуют и сегодня во многих странах. Крупные иерархические структуры в целом не могут обходиться без подобных механизмов оценки. При этом их возможное негативное воздействие на поведение нижестоящих уровней в иерархии достаточно широко известно. Однако искажающий эффект подобных формализованных механизмов внутренней оценки выше в тех случаях, когда соответствующее ведомство более централизовано и когда оно остается закрытым для общественного контроля.

Применительно к МВД логика «палочной системы» строится на том, что центральный аппарат министерства оценивает результаты деятельности нижестоящих подразделений по числу возбужденных и расследованных уголовных дел по соответствующим статьям Уголовного кодекса. При этом для разных подразделений «профильными» будут различные статьи Уголовного кодекса.

¹ О негативном влиянии «палочной системы» на деятельность органов внутренних дел публично заявил майор Алексей Дымовский в своем интернет-обращении к премьер-министру РФ В.В. Путину (см. www.dymovskiy.ru). Подробный анализ внутренней логики «палочной системы» и ее последствий дан в работе Э. Панеях (см.: Панеях Э. Трансакционные эффекты плотного регулирования на стыках организаций (на примере российской правоохранительной системы // Полития. 2011. № 2 (61). С. 38–59).

На уровне областных УВД набор показателей очень широк, и по каждому из них требуется весьма подробная отчетность. В контексте «палочной системы» сокращение *любого из этих показателей* рассматривается как *свидетельство плохой работы соответствующего подразделения*. Очевидно, что независимо от наличия реальной вины такая логика однозначно служит поддержанию обвинительного уклона в отношении всех граждан, которые попали в поле зрения органов МВД и не могут защититься с помощью связей в правоохранительных органах.

Как показывает анализ данных статистики МВД об экономических преступлениях в 2000-е годы, в регионах эта «поступательная динамика» прерывается на короткий срок лишь в связи со сменой начальников областных УВД. Объясняется это тем, что новый начальник формально не несет ответственности за показатели своего предшественника и поэтому в своих первых отчетах до известной степени может не учитывать «отчетную базу» прошлого периода.

Дело «ЮКОСа» как политический прецедент «силового» давления на бизнес. Сочетание рассмотренных выше трех тенденций (усиление репрессивности законодательства как следствие растущего негативного отношения к предпринимателям; «эффект переключения» в деятельности корпоративных рейдеров; укрепление системы правоприменения с расширением использования формальных отчетных показателей) может рассматриваться как объективный фон для возросшего давления правоохранительных структур на бизнес. Политическим же импульсом, широко открывшим двери для такого давления, безусловно, стало «дело «ЮКОСа»».

Мы не будем останавливаться на обсуждении причин и общих последствий этого дела, ему уже было посвящено множество статей и книг. По нашему мнению¹, весьма грубое «избирательное применение» законодательства против М. Ходорковского и его партнеров, по крайней мере отчасти, стало реакцией власти на действия компании «ЮКОС» в политической сфере — включая финансирование оппозиционных партий и блокирование через «дружественных» депутатов в Госдуме невыгодных компаний законопроектов, внесенных правительством.

Однако в таком «силовом решении», на наш взгляд, в действительности проявилась не сила, а слабость власти, которая,

¹ Аргументы в защиту изложенной ниже точки зрения представлены в статье: Яковлев А.А. Эволюция стратегий взаимодействия бизнеса и власти в российской экономике // Российский журнал менеджмента. Т. 3. 2005. № 1. С. 27–52.

оказавшись не в состоянии убедить бизнес в своей правоте, пошла на внеправовое по своей сути подавление политических оппонентов. Широкая поддержка В. Путина избирателями на парламентских и президентских выборах (в декабре 2003 года и в марте 2004 года) означала, что с формальной точки зрения власть в рамках конфликта с «олигархами», олицетворением которых выступал М. Б. Ходорковский, одержала безоговорочную победу.

В конфликте с владельцами компании «ЮКОС» власть смогла эффективно использовать нараставшее в обществе ощущение социальной несправедливости. Однако вряд ли это можно считать успехом власти. Скорее, откровенное игнорирование бизнесом реальной проблемы общественного признания новой структуры прав собственности¹ вылилось в то, что при всей нелюбви и традиционном недоверии к власти общество продемонстрировало еще меньшую степень доверия по отношению к российским «олигархам». В итоге «дело «ЮКОСа»» разрушило те механизмы диалога, которые начали складываться между властью и бизнесом в течение предшествовавших трех лет.

Применительно к анализу поведения правоохранительных органов мы можем полагать, что «дело «ЮКОСа»» послужило сигналом об изменении политики правоприменения по отношению к бизнесу. В частности, с 2004 года начинается уверенный рост числа выявленных преступлений — в отличие от снижения этого показателя в 2000—2003 годах².

При этом мы не считаем, что представители политического руководства страны давали на этот счет какие-либо прямые указания. Скорее, люди, сидевшие на средних и нижних этажах «вертикали власти», посчитали, что им «тоже так можно» — причем не из каких-либо высших соображений «национальной безопасности», а просто для реализации собственных частных интересов. А поскольку такое использование государственного аппарата принуждения в частных интересах никак не пресекалось, оно закономерным образом получало все большее распространение — несмотря на то что такие действия правоохранителей не только сокращали стимулы к инвестициям на стороне бизнеса, но также явным образом подрывали авторитет высших уровней власти.

¹ В более широком контексте эта проблема — как проблема политического консенсуса среди населения в отношении рыночных реформ — выделяется в качестве одной из центральных для переходных и развивающихся экономик в известной книге: Зингалес Л., Раджсан Р. Спасение капитализма от капиталистов. М.: ИКСИ, 2004.

² См.: Волков В., Дмитриева А., Панеях Э., Поздняков М., Титов К. Указ. соч. С. 10—11.

Часть экспертов полагает, что подобная модель отражает сложившуюся в рамках правоохранительных органов «систему кормления» — когда при назначении на должность соответствующий начальник получал право на неформальный «сбор доходов» с подведомственной ему территории. Однако, на наш взгляд, подобное представление отражает лишь часть реальной картины.

Мы можем допустить, что во многих случаях отношения между разными блоками и уровнями в правоохранительной системе строились по принципу «живи сам и давай жить другим». Однако управление огромной и сложной системой, какой, в частности, являются органы МВД, не может строиться лишь на подобных отношениях. Здесь принятие решений объективно не может не опираться на официальные потоки внутриведомственной информации. Но регулярное искажение этой информации в рамках сверхцентрализованной и закрытой для внешнего контроля системе приводило к утрате управляемости всей системой. И при внешней видимости всесилия высших начальников «вертикаль власти», выстроенная в России в 2000-е годы, на практике не работает.

Верхние этажи этой вертикали, опирающиеся в своих решениях применительно к силовым структурам на искаженную «палочную отчетность», реально не контролируют действия нижних и средних этажей. Фактически правоохранительная система сегодня «живет своей жизнью» — независимой от интересов общества и воли высших начальников¹. Соответственно, на наш взгляд, центральный вопрос заключается в том, как можно добиться восстановления управляемости правоохранительной системы и как подчинить ее общественным интересам?

К выработке рецептов и способов лечения

Проблемы реформирования правоохранительной системы обсуждаются уже несколько лет². При этом изначально для дискуссий на эту тему был характерен акцент на изменение законодательства, включая поправки в Уголовный кодекс, публичное обсуждение и принятие закона «О полиции». Очевидно, что законодательство

¹ Стоит подчеркнуть, что сказанное касается не только правоохранительных органов, а всей «бюрократической вертикали», выстроенной самой властью в 2000-е годы в отсутствие механизмов контроля со стороны общества.

² См., например: Верховенство права и проблемы его обеспечения в правоприменительной практике / под ред. В.М. Жуйкова, А.Г. Федотова, Е.В. Новиковой, М.А. Субботина. М.: Статут, 2009.

должно меняться и дальше. Однако необходимо сознавать, что законы применяют конкретные сотрудники правоохранительных органов. И если они недобросовестны, то они всегда смогут найти новые «дырки в законодательстве». А если к тому же в правоохранительной системе неверно выстроены механизмы оценки результатов деятельности и мотивации, то даже добросовестные сотрудники вместо борьбы с преступностью и обеспечения безопасности граждан будут вынуждены заниматься фальсификацией дел для целей «палочной» отчетности.

Поэтому очень важным является анализ практики правоприменения в России и опыта реализации реформ в этой сфере в других странах — прежде всего близких к нам по степени несовершенства институциональной среды. В ряде работ такого рода анализ уже проводился¹. Вместе с тем в дополнение к уже высказанным в них идеям и предложениям мы считаем нужным аргументировать ряд дополнительных шагов по реформированию правоохранительной системы.

При всех негативных тенденциях последних лет *правоохранительная система остается неоднородной*. Наряду с коррумпированными «оборотнями в погонах» в ней продолжают работать добросовестные сотрудники, старающиеся исполнять свой долг². При этом система не может быть реформирована одной лишь «политической волей верхов» — без учета интересов и проблем, с которыми сталкиваются ее сотрудники в их повседневной деятельности, и без опоры на добросовестных полицейских, следователей, прокуроров и судей.

В этой связи **первый шаг** — это очищение от недобросовестных сотрудников, которое должно осуществляться через стандартные

¹ См.: Волков В., Панеях Э., Титаев К. Реформа МВД в России: четыре проблемы и восемь мер по их решению // Аналитические записки по проблемам правоприменения. Июнь 2010 (http://enforce.spb.ru/images/analit_zapiski/irl_pp1006_mvd_reform_4-8.pdf); Зимин А., Фалалеев Д. Как нам реорганизовать милицию? // Harvard Business Review — Russia. № 1 (65). Январь–февраль 2011; Панеях Э., Титаев К. От милиции к полиции: реформа системы оценки деятельности органов внутренних дел. // Аналитические записки по проблемам правоприменения. Март 2011 (http://enforce.spb.ru/images/analit_zapiski/wp_11_03_palki_v_mvd_final-3103-fin.pdf); Волков В. Extra Jus: Реформа порочного круга // Ведомости. 25.05.2012.

² Примеры такого рода, а также описание проблем, с которыми сталкиваются добросовестные полицейские, следователи и судьи в рамках действующих правил игры, см., в частности: Чапковский Ф., Нагибина Е. Милиция деградировала на моих глазах // Русский репортер. № 41 (219). 20.10.2011; Дзядко Ф., Краевская Л. Ваша честь. Юлия Сazonova, бывший мировой судья // Большой Город. № 210 (299). 30.05.2012. С.14—17. (<http://www.bg.ru/stories/10985/>).

процедуры контроля за расходами и имуществом, а также за конфликтами интересов. Это должно быть сделано не только в МВД, но также в прокуратуре, Следственном комитете, ФСБ и в судах. Для всех сотрудников всех этих ведомств эти процедуры не могут быть запущены одновременно — для этого просто не хватит ресурсов. Поэтому процесс контроля за расходами и конфликтами интересов должен выстраиваться с верхних уровней в системе.

Следует отметить, что при аттестации высшего руководящего состава МВД комиссия под председательством С. Нарышкина с участием руководителя Росфинмониторинга и заместителей руководителей ФСБ, Генпрокуратуры и Следственного комитета учитывала вопрос о доходах и имуществе. Как утверждал в октябре 2011 года заместитель министра МВД Сергей Герасимов, «ряд генералов не могли объяснить, откуда у них такое имущество при относительно невысокой зарплате»¹. Однако пока этот процесс является непубличным и непрозрачным, что дает возможность оставить в системе недобросовестных, но лояльных начальству сотрудников.

Другая модель сводится к тому, что при выявлении значительных несоответствий между расходами и доходами, а также при искажении данных в декларациях должно следовать *автоматическое отстранение от должности*. При этом уголовное преследование не критично. На данной стадии гораздо важнее обеспечить мирную замену в госаппарате должностных лиц, работающих не на государство, а на аффилированный бизнес — с освобождением мест для тех, кто будет готов работать по новым «правилам игры».

Второй шаг — приведение в соответствие со здравым смыслом внутренней «палочной» отчетности, на основе которой строится текущее управление и оценивается деятельность нижестоящих подразделений не только в системе МВД, а во всех правоохранительных органах. Следует отметить, что в МВД с 2012 года введен новый, существенно сокращенный перечень показателей оценки деятельности² с акцентом оставшихся индикаторов в основном на насильственные преступления (убийства, грабежи, изнасилования и др.). Эта логика понятна для общества, поскольку именно насильственные преступления представляют наибольшую угрозу для безопасности граждан. Важно, чтобы аналогичные по направленности изменения в оценке результатов деятельности произошли в других правоохранительных ведомствах.

¹ См.: http://www.mn.ru/newspaper_zoom/20110119/306004037.html.

² См. приказ МВД России от 29 июня 2011 г. № 735.

Вместе с тем в новом приказе МВД остались такие показатели, как «количество выявленных сотрудниками полиции преступлений экономической направленности, совершенных в крупном или особо крупном размере либо причинивших крупный ущерб» и «количество выявленных сотрудниками полиции налоговых преступлений». По нашему мнению, количество дел не должно быть индикатором эффективности деятельности правоохранительных органов. Меньшее число преступлений скорее свидетельствует о хорошей профилактике преступности. На самом деле важна раскрываемость преступлений (особенно тяжких) — при корректной регистрации всех правонарушений. Для того чтобы избежать отказов в регистрации правонарушений, возможно, следует создать общефедеральный call center (по крайней мере для тяжких преступлений) — с возможностью бесплатного звонка туда из любой точки РФ, официальной централизованной фиксацией заявления и последующей его переадресацией в соответствующее территориальное подразделение МВД.

Описанное выше сокращение отчетности будет способствовать устраниению мотивов к заведению фиктивных дел по статьям о мошенничестве или незаконном предпринимательстве для обеспечения нужного числа «палок», но не ослабит стимулы к реальному давлению на бизнес со стороны недобросовестных правоохранителей. Именно поэтому нужен третий шаг — в виде полноценного раскрытия ведомственной статистики. Уже несколько лет это делается в системе Высшего арбитражного суда. Процесс также начался в налоговых органах, в системе судов общей юрисдикции и в Следственном комитете. Но в системе МВД и прокуратуре движения пока практически нет. В результате даже на совещании «открытого правительства» под председательством Д. Медведева 10 апреля 2012 года не было дано четкого ответа на вопрос — сколько было возбуждено уголовных дел против предпринимателей, сколько предпринимателей находится в тюрьмах¹. Между тем можно и нужно задавать также множество других вопросов — каковы суммы ущерба (и был ли вообще ущерб) по заведенным уголовным делам, какие сроки уголовного наказания назначены осужденным. Такая информация должна быть публично доступна в разрезе регионов, что позволит выявлять отклонения, которые могут быть связаны со злоупотреблениями.

Подобное раскрытие информации, безусловно, может столкнуться с противодействием со стороны правоохранительных органов, так как на начальной стадии оно приведет к усилению критики

¹ <http://www.kremlin.ru/transcripts/14995>.

сложившейся системы. Но одновременно оно создаст предпосылки для расширения компетентной и аргументированной (а не популистской) составляющей в такой критике — с предложением возможных способов решения тех проблем, с которыми сталкивается система. Необходимый сдвиг будет происходить быстрее, если государство станет осознанно поддерживать структуры гражданского общества и экспертные центры, которые способны давать компетентную независимую оценку состояния правоохранительной системы.

Сегодня внутри системы правоохранительных органов имеется много собственных экспертов. Но, на наш взгляд, они рассматривают функционирование системы с более узких ведомственных позиций. В то же время у экспертов вне системы, способных взглянуть на проблемы правоохранительной системы с точки зрения интересов общества, для выработки адекватных решений очень часто нет достаточной компетенции и отсутствует доступ к необходимой информации. В этом контексте большая публичность и подотчетность органов правопорядка выступают как необходимые условия для построения адекватной системы оценки результатов деятельности, которая стимулировала бы добросовестных сотрудников правоохранительных органов и обеспечивала повышение эффективности правоохранительной системы.

Возможный четвертый шаг: внедрение элементов институциональной конкуренции¹ — с взаимным перекрестным контролем со стороны «силовых структур», каждая из которых не свободна от коррупции. В частности, заслуживает внимания опыт отделения Следственного комитета от прокуратуры, которое с обеих сторон привело к выявлению (и устраниению из системы) наиболее нечестоплотных сотрудников. Отделение СК от прокуратуры в целом может рассматриваться как шаг в направлении реформирования «процессуальной вертикали» (полиция — следствие — прокуратура — суды), но центральной здесь должна быть реформа судебной системы и обеспечение независимости судей, — что является предметом отдельного обсуждения.

Тем не менее на текущий момент в части практического внедрения элементов институциональной конкуренции важной может стать роль уполномоченного по защите предпринимателей. Этот новый институт был предложен экспертной группой

¹ Редколлегия и ряд авторов настоящего издания это суждение автора не разделяют. — *Прим. ред.*

«Укрепление рыночных институтов» в рамках обновления Стратегии социально-экономического развития России до 2020 года¹ на основе анализа опыта «расчистки» барьеров для ведения бизнеса в Мексике и ряде других развивающихся стран. Данный институт очевидным образом не вполне вписывается в сложившуюся систему органов государственного управления, и его следует рассматривать как чрезвычайный и, скорее всего, временный. Тем не менее, обладая собственной «целевой функцией», отличной от целей и задач МВД, прокуратуры или Следственного комитета, и имея возможность выхода на первых лиц в государстве, уполномоченный по защите прав предпринимателей может сыграть существенную роль в выявлении злоупотреблений в правоохранительных органах и очищении их от недобросовестных сотрудников.

Пятый шаг касается методов осуществления реформы. Правоохранительная система является очень сложным организмом, особенности функционирования которого на всех его уровнях до конца не знают не только эксперты, но и люди, много лет находящиеся внутри системы. Поэтому реальное реформирование МВД, прокуратуры, Следственного комитета неизбежно будет идти методом «проб и ошибок». И для минимизации издержек возможных неудачных решений целесообразно делать сознательную ставку на **проведение экспериментов**. Такие эксперименты (предполагающие, в частности, отработку разных форм внутренней оценки результатов деятельности, разные механизмы взаимодействия с общественностью и т.д.) лучше проводить на базе более продвинутых территориальных подразделений. Реализация вариантов реформы на базе организаций меньшего масштаба позволит быстрее оценить полученные результаты, а параллельный характер экспериментов даст возможности для сравнения разных вариантов реформирования — со сворачиванием неудачных нововведений и с тиражированием тех новых механизмов, которые окажутся эффективными.

Вместо заключения

Кризис 2008–2009 годов привел к осознанию самой властью неэффективности той модели госкапитализма, которая была построена в России в 2000-е годы с ориентацией на опыт стран Юго-Восточной Азии (и прежде всего Южной Кореи) в период

¹ См.: <http://2020strategy.ru/documents/32710234.html>; Яковлев А. Инвеступолномоченный и «красная кнопка» // Московские новости. № 007. 05.04.2011.

1960—1980-х годов. Поиск властью новых форм взаимоотношений с бизнесом также предопределялся пониманием того, что существующий политический режим базируется на сохранении социальной стабильности. Это означает необходимость постоянного повышения уровня жизни населения, что в условиях ужесточившихся бюджетных ограничений невозможно без высоких темпов экономического роста, основанного на частных инвестициях. При этом если до кризиса плохие условия и риски ведения бизнеса в России во многом компенсировались высоким спросом на внутреннем рынке, то теперь возможности получения отдачи на инвестиции сократились, а барьеры остались.

В результате, по нашему мнению, уже в 2010 году начался «поворот» в экономической политике в сторону диалога с бизнесом и учета его интересов. Необходимо подчеркнуть, что речь прежде всего идет о среднем и неаффилированном с властью бизнесе, который обладает наибольшим потенциалом роста. Сказанное не отрицает того факта, что в том же 2010 году был вынесен судебный приговор по второму делу М. Ходорковского и П. Лебедева, который продлил сроки их заключения до 2016 года. Этот приговор вызвал острую критику в экспертном сообществе, однако в нашем понимании преследование владельцев компании «ЮКОС» было и остается «политическим делом».

В качестве проявлений новых тенденций в экономической политике мы можем отметить расширение контактов с бизнес-ассоциациями¹, создание Агентства стратегических инициатив (АСИ) как механизма обратной связи с предпринимательским сообществом, проект по обновлению «Стратегии-2020», опиравшийся на широкое привлечение ведущих экспертов². Задача резкого улучшения инвестиционного климата, анонсированная В. Путиным в феврале 2012 года³, и выстраивание ориентированной на эти цели системы стимулов для региональных и федеральных чиновников являются логическим продолжением этой политики. Однако риски и издержки, связанные с «силовым» давлением на бизнес,

¹ Стоит отметить, что наиболее активна в этот период была ассоциация «Деловая Россия», представляющая интересы среднего бизнеса, который обладает наибольшим потенциалом роста и одновременно в наибольшей степени сталкивается с «силовым» давлением правоохранительных структур.

² В терминах WWW мы можем говорить о произошедшем в 2011—2012 годах заметном расширении доступа к процессам выработки решений в сфере экономической политики.

³ См.: <http://premier.gov.ru/events/news/18052/>.

являются не менее важной составляющей в интегральной оценке инвестиционного климата. И без изменения практик правоприменения и моделей поведения правоохранительных структур усилия по совершенствованию таможенных процедур, системы налогового администрирования или мер поддержки экспорта не дадут ожидаемых результатов.

Мы полагаем, что власть стала осознавать эту проблему и может пойти на проведение реальной реформы правоохранительной системы. Однако в этом процессе очень важно избегать иллюзий. Движение к «идеалу» (то есть к системе с централизованным политическим контролем над применением насилия в соответствии с логикой NWW) займет многие годы, если не десятилетия. При этом в правоохранительной системе будут сохраняться элементы коррупции и «поиска ренты». Но важно, чтобы система была управляемой, и чтобы она стала более подконтрольной и подотчетной. В этом случае станет возможным движение от «хрупкой» стадии порядка ограниченного доступа (когда потенциал насилия сосредоточен в руках отдельных групп, воюющих друг с другом) к «зрелой» стадии, когда, по крайней мере в рамках элиты, начинают соблюдаться единые правила игры и возникают предпосылки для реализации принципов «верховенства права».

Стоит также отметить, что по объективным показателям (таким как количество убийств предпринимателей) общий уровень силового давления на бизнес в России сейчас явно ниже того, что наблюдалось в 1990-е годы. Однако налицо ярко выраженное неприятие этого явления в обществе. Мы видим три причины для такого сдвига в общественных настроениях.

Во-первых, тогда (особенно в начале и середине 1990-х) давление на бизнес исходило преимущественно от криминальных структур. Сегодня такое давление осуществляется недобросовестными сотрудниками правоохранительных органов, которые получают зарплату из средств налогоплательщиков и которые должны обеспечивать безопасность бизнеса и защиту прав собственности. Подобный контраст сам по себе вызывает резкое отторжение. Во-вторых, существенно изменилась среда — жизнь стала гораздо более упорядоченной, удлинился горизонт интересов, люди думают о будущем. И на этом фоне произвол со стороны «правоохранителей» вызывает гораздо более острое неприятие. В-третьих, появились организации, которые способны представлять и защищать интересы бизнеса, начиная с НП «Бизнес-солидарность», созданного предпринимателем Яной Яковлевой, и заканчивая крупными

бизнес-ассоциациями, тесно взаимодействующими с властью. Сочетание всех этих факторов, на наш взгляд, предопределяет рост общественного давления на правоохранительную систему и повышает вероятность позитивных сдвигов.

Мы попытались сформулировать подходы к «лечению» правоохранительной системы, в основном с точки зрения требований экономического развития. Но мы полагаем, что реализация этих подходов также поможет изменить ситуацию в отношениях правоохранительных структур с гражданами. Тем не менее важно сознавать, что в этой сфере нет простых решений, реализуемых по мановению «волшебной палочки» в виде президентского указа, закона, принятого Госдумой, или приказа, подписанного министром. Конкретные решения, адекватные для российских условий, могут быть выработаны только в конструктивном и публичном диалоге всех заинтересованных сторон — включая бизнес, организации гражданского общества и представителей самих правоохранительных структур.

Наряду с обсуждением конкретных практических решений подобный диалог способен обеспечить еще один чрезвычайно важный результат — формирование взаимного доверия между участниками процесса, без которого невозможно эффективное функционирование правоохранительной системы. Запуск такого диалога со стороны власти может стать важным сигналом для бизнеса и общества о начале реальных изменений в российской правоохранительной системе. Одновременно обеспечение большей защиты прав собственности и изменение условий ведения бизнеса будет менять относительную эффективность разных типов бизнес-активности — повышая отдачу от производительной деятельности и сокращая стимулы к «поиску ренты» и «деструктивному предпринимательству».

ГЛАВА 6

МОДЕЛЬ ПОИСКА ОПТИМАЛЬНЫХ САНКЦИЙ ЗА ПРЕСТУПЛЕНИЯ В УСЛОВИЯХ КОРРУПЦИИ

А.А. Курдин, кандидат экономических наук,
начальник отдела проблем мировой энергетики
ФГБУ «Российское энергетическое агентство»

Специфика сложившейся в стране институциональной среды может оказывать существенное влияние на эффективность различных инструментов государственной политики. Недостаточное внимание к особенностям среды часто приводит к неэффективному законотворчеству и правоприменению, даже если принимаемые и реализуемые законы представляются обоснованными с экономической и правовой точки зрения «в идеальных условиях».

Одной из характерных черт институциональной среды в России является высокая распространенность коррупционных норм поведения. К примеру, в ежегодном «Индексе восприятия коррупции» от Transparency International от 2011 года Россия оказалась на 143—151-м местах из 183 обследованных стран мира. Фактор доминирующей коррупции может оказать существенное влияние на стратегии поведения экономических агентов во многих сферах их деятельности.

В данной работе проводится теоретический анализ проблемы уголовного преследования за правонарушения в экономической сфере¹. Масштабы применения уголовного преследования в России довольно значительны, и это влечет за собой серьезные общественные издержки. В то же время в соответствии с результатами предложенной в работе теоретико-игровой модели и выводами, содержащимися в ряде зарубежных разработок, ужесточение санкций за правонарушения и повышение вероятности применения этих санкций в условиях высокой коррупции необязательно снижают уровень преступности. Напротив, завышенный уровень ожидаемых санкций за преступления способен привести к дальнейшему росту экономической преступности и коррупции, и это — помимо прочих негативных последствий для экономической активности.

¹ Основные позиции рабочей модели изложены также в работе: *Григорьев Л., Курдин А. Экономические последствия уголовной репрессии в отношении предпринимателей* (в печати).

Поэтому государство должно с осторожностью подходить к вопросам уголовного преследования за экономические преступления и предъявлять относительно более серьезные санкции к коррумпированным представителям государственной власти.

В основе дальнейшего анализа лежит «экономический подход» к вопросам законотворчества или, более широко, институционального проектирования. Говоря об «экономическом подходе», следует сделать отсылку прежде всего к исследованиям Г. Беккера¹ и экономической теории преступления и наказания, а также Р. Познера² и экономического анализа права. Несмотря на то что эти исследования получили широкое признание, а Г. Беккер был отмечен премией памяти А. Нобеля по экономике, эти подходы далеко не всегда (скорее, редко) используются в законотворческой практике, направляемой профессиональными юристами. В более широком смысле слова «экономический подход» можно понимать как выбор между дискретными структурными институциональными альтернативами, то есть в рамках конечного набора альтернативных институтов³, с точки зрения затрат и выгод членов общества.

При выборе наилучшего набора институтов защиты прав собственности методами уголовного преследования важным представляется формирование у экономических агентов устойчивого и сильного мотива, сдерживающего оппортунистическое поведение. Одновременно существует целый ряд издержек, возрастающих при более масштабном применении уголовного преследования, которые подробно рассмотрены в статье «Уголовное преследование экономической преступности и экономическая активность»⁴.

Среди издержек можно, во-первых, выделить издержки правоохранительных органов и судебной системы, ресурсы которых могли бы быть высвобождены и перенаправлены на расследование и рассмотрение других дел с целью повышения качества работы по ним либо просто сокращены с последующим высвобождением бюджетных средств.

¹ См.: Becker G. Crime and Punishment: An Economic Approach // The Journal of Political Economy. 1968. Vol. 76, No. 2. P. 169–217.

² Познер Р. Экономический анализ права. В 2-х томах. СПб.: Экономическая школа, СПбГУЭиФ, ГУ — ВШЭ, 2004.

³ «Институт» здесь и далее интерпретируется как правило, снабженное внешним механизмом принуждения к исполнению.

⁴ См.: Григорьев Л., Курдин А. Уголовное преследование экономической преступности и экономическая активность // Концепция модернизации уголовного законодательства в экономической сфере / под ред. В. И. Радченко, Е. В. Новиковой, А. Г. Федотова. М.: Фонд «Либеральная миссия», 2010. С. 148–157.

Во-вторых, действия правоохранительных органов в отношении предпринимателей и их фирм, сопровождающиеся обысками и выемками, заключением под стражу, замораживанием счетов и изъятием тех или иных активов, другими средствами процессуального принуждения, необходимостью участия в судебных процессах, со значительной вероятностью приводят к сокращению активности предприятия или вовсе к приостановке его деятельности, по крайней мере на период проведения всех этих действий.

В-третьих, после вынесения приговора, если он будет связан с лишением свободы, потребуются дополнительные расходы государственного бюджета на содержание осужденных под стражей.

В-четвертых (по порядку, но не по важности), ресурсы предпринимателей и предприятий могут быть исключены из хозяйственного оборота на долгое время. В случае вынесения приговора, связанного с лишением свободы, человеческий капитал и другие активы предпринимателя с высокой вероятностью не будут использоваться по назначению, более того, предприятие также не сразу может восстановиться или вообще не восстановится после процедуры уголовного преследования. Ликвидация предприятия или приостановка его деятельности означают возникновение фрикционной или структурной безработицы среди его работников, простои в использовании основных и оборотных средств, потерю актива в виде товарного знака и деловой репутации. При смене владельца и продолжении функционирования могут возникнуть сложности с адаптацией нового руководства к сложившейся структуре, приводящие к убыткам предприятия, либо же предприятие может быть перепродано как целостный комплекс или по частям. Последнее также де-факто означает ликвидацию предприятия.

Кроме этого, существует еще более значительный объем косвенных издержек: чистый отток капитала за рубеж вследствие неблагоприятного инвестиционного климата, расширение теневого сектора экономики, снижение предпринимательской активности или отказ от нее и т.д. Перечисление всех этих издержек, безусловно, не должно вводить в заблуждение о целесообразности отказа от уголовного преследования за совершение экономических преступлений. Конечная цель использования этого инструмента для защиты прав собственности может оправдать все издержки, поскольку роль защиты прав собственности в экономическом развитии не нуждается в дополнительном обосновании.

И все же неизбежно возникает вопрос о мере применения уголовного преследования, а именно о масштабах санкций

в отношении экономических преступников и о вероятности их применения, то есть фактически — об ожидаемой величине санкции (с учетом математического ожидания). При этом зададимся вопросом, можно ли утверждать, что повышение этой ожидаемой величины неминуемо приведет к более эффективному предотвращению преступлений?

В соответствии с разрабатываемой далее гипотезой, зависимость между ожидаемой величиной санкции и вероятностью предотвращения преступления не является монотонно возрастающей в условиях возможного выбора оппортунистического поведения агентом, контролирующим соблюдение законодательства, иными словами, при наличии коррупции среди «контролеров». Данная особенность показана на базе теоретико-игровой модели, излагаемой далее. Это положение характерно для стран с высоким уровнем коррупции, в число которых на данный момент входит и Россия¹.

Необходимо также отметить, что повышение вероятности применения санкции в отношении виновного означает сокращение вероятности «ошибки II рода» (то есть ухода виновного от наказания), при этом одновременно может возрастать вероятность «ошибки I рода» (то есть наказания невиновного). Этот эффект здесь оставлен за скобками, с его исследованием в отечественной литературе можно ознакомиться, в частности, в работах А. Шаститко², а также П. Крючковой и С. Авдашевой (с точки зрения механизмов «инфорсмента» законодательства)³.

Следует выделить ряд разработанных в литературе фундаментальных моделей в сфере экономики и права, направленных на анализ факторов как преступности в целом, так и коррупции. Г. Беккер и Дж. Стиглер⁴, А. Полински и С. Шавелл⁵, а также Н. Гароупа⁶

¹ Transparency International. Corruption Perceptions Index 2011.

² Шаститко А. Экономические эффекты ошибок I и II рода в трансакциях с участием третьей стороны-гаранта. М.: МАКС Пресс, 2011.

³ Крючкова П., Авдашева С. Государственный и частный инфорсмент законодательства: выбор для России (на правах рукописи). 2012.

⁴ Becker G., Stigler G. Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers // Journal of Legal Studies. 1974. No. 3. P. 1–18.

⁵ Polinsky A., Shavell S. Public Enforcement of Law // Encyclopedia of Law and Economics. Vol. V. The Economics of Crime and Litigation / ed. by Bouckaert B., De Geest G. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. P. 307–344; Polinsky A., Shavell S. The Theory of Public Enforcement of Law // Handbook of Law and Economics. Vol. 1 / ed. by Polinsky A. M., Shavell S. Oxford: Elsevier, 2007. P. 403–454.

⁶ Garoupa N. The Theory of Optimal Law Enforcement // Journal of Economic Surveys. 1997. Vol. 11. No. 3. P. 267–295.

не только рассмотрели преступное поведение, но и подробно проанализировали механизмы государственного «инф ormсмента» законодательства, включая поиск оптимального размера ожидаемой санкции (в части как величины наказания, так и его вероятности) с учетом расходов на правоприменение и причиненного ущерба. С. Левитт и Т. Майлс¹ составили обзор эмпирических исследований в сфере экономики преступления и наказания — несмотря на ряд интересных разработок, эти исследования в значительной мере скованы недостатком данных. Безусловно, при рассмотрении теории коррупции и ее последствий для развивающихся стран важны разработки А. Шлейфера и Р. Вишни², в которых коррупция исследуется как один из ключевых факторов, влияющих на экономическую активность в целом и поведение экономических агентов. На этих позициях основана и приводимая здесь модель.

Ключевую роль в модели, предложенной в этой работе, играет фактор коррупции контролера. Контролером или гарантом в этой работе назван экономический агент, осуществляющий контроль от лица государства за соблюдением предпринимателями установленных законов и способный применять санкции за нарушения, проще говоря — государственный чиновник. В целом круг моделей государственного регулирования в условиях коррупции на уровне непосредственного контролера достаточно широк, но в данной работе мы не ставим перед собой задачу их подробного обзора. После изложения нашей модели мы сравним полученные результаты с выводами относительно оптимальных санкций для предпринимателей и контролеров, полученными в других работах по аналогичной тематике.

Модель

Цель разработки модели состоит в изучении взаимодействия предпринимателя и потенциально коррумпированного контролера как игры с учетом возможности выбора между взяткой и отказом от использования механизма коррупции каждым из игроков, а также с возможностью выбора предпринимателем стратегии нарушения закона или его соблюдения, а контролером — величины взятки.

¹ Levitt S., Miles T. Empirical Study of Criminal Punishment // *Handbook of Law and Economics*. Vol. 1 / ed. by Polinsky A.M. Shavell S. Oxford: Elsevier, 2007. P. 455—495.

² Shleifer A., Vishny R. Corruption // *The Quarterly Journal of Economics*. 1993. Vol. 108. No. 3. P. 599—617.

Введем основные предпосылки и исходные данные модели. Предположим, что на рынке действует индивидуальный предприниматель, который в обычных условиях и при соблюдении закона может получить нормальную прибыль величиной P_0 . Предприниматель может нарушить закон и в этом случае получить дополнительный доход величиной X .

Вероятность проверки данного предпринимателя составляет p . В случае обнаружения нарушения он должен быть подвергнут санкции величиной S . Таким образом, ожидаемая санкция для предпринимателя за первичное нарушение закона¹ составляет pS . Предприниматель освобождается от ответственности в том случае, если он априори, не дожидаясь проверки, заплатит взятку должностному лицу (контролеру), а оно примет взятку.

Исполнение закона контролирует гарант (контролер), имеющий право налагать санкции по своему усмотрению, при этом в его силах наказывать невиновного и освобождать от санкции виновного. Контролер получает зарплату² T и может брать взятку от предпринимателя, самостоятельно устанавливая ее величину B . Торг между контролером и предпринимателем относительно размера взятки в модели не предусмотрен.

Контролер может быть оштрафован вышестоящей инстанцией за недобросовестное поведение (коррупцию или наказание невиновных) на величину F с вероятностью обнаружения злоупотреблений q . Таким образом, ожидаемая санкция для контролера за злоупотребления составляет qF . Санкция для предпринимателя за дачу взятки в модели не предусматривается. Предполагается, что контролер по роду деятельности регулярно взаимодействует с предпринимателями, поэтому даже с учетом сложности обнаружения коррупции для него существует вероятность быть изобличенным хотя бы при одном из многочисленных взаимодействий. Но для предпринимателя взаимодействия с контролером носят единичный или спорадический характер, поэтому риск понести наказание за взятку для него пренебрежимо мал. И предприниматель, и контролер нейтральны по отношению к риску. В этой

¹ Здесь и далее под первичным (исходным) нарушением закона подразумевается нарушение закона, которое может совершить предприниматель и за которое может назначить санкцию контролер. Следствием первичного правонарушения может стать второе нарушение закона — взятка.

² В литературе часто учитывается фактор величины заработной платы контролера, но в нашем анализе этот фактор не рассматривается.

связи здесь не рассматривается ожидаемая полезность для первого и второго — предполагается, что при выборе стратегии поведения их решения основываются исключительно на ожидаемом доходе. В связи с этим важно указать, что данная модель может считаться вполне применимой именно в целях исследования экономической преступности, для которой ожидаемые выгоды могут быть оценены с точки зрения дохода.

Таким образом, предприниматель имеет на выбор четыре стратегии (выбор давать / не давать взятку, выбор соблюдать / нарушать закон), а контролер — две стратегии (действовать честно или использовать коррупционные механизмы (табл. 1).

Таблица 1

**Матрица выигрыш в игре между предпринимателем и контролером
(в ячейках: выигрыш предпринимателя; выигрыш контролера)**

		Выбор контролера	
		А. Брать взятку ($B > 0$) и наказывать предпринимателя (pS) в случае ее отсутствия	Б. Не брать взятку ($B = 0$), наказывать за нарушения
Выбор предпринимателя	1. НЕ нарушать закон, НЕ давать взятку	$\Pi_0 - pS; T - qF$	$\Pi_0; T$
	2. НЕ нарушать закон, давать взятку	$\Pi_0 - B; T + B - qF$	$\Pi_0; T$
	3. Нарушать закон, НЕ давать взятку	$\Pi_0 + X - pS; T$	$\Pi_0 + X - pS; T$
	4. Нарушать закон, давать взятку	$\Pi_0 + X - B;$ $T + B - qF$	$\Pi_0 + X - pS; T$

Если предприниматель не дает взятку, а контролер выбирает вариант А (со взяткой), то контролер будет наказывать предпринимателя за отказ от дачи взятки и накладывать на него санкцию как в случае наличия нарушения, так и при его отсутствии. Но если при наличии нарушения (случай 3 – А) это ничем контролеру не грозит, то при отсутствии нарушения (случай 1 – А) контролер может быть сам оштрафован за злоупотребление полномочиями. В случае выбора коррупционной стратегии обоими участниками (случай 2 – А и 4 – А) сумма взятки переходит от предпринимателя

к контролеру, а последний подвергается угрозе санкций за взяточничество. Если контролер выбирает добросовестное поведение (стратегия Б), то дачи взятки не происходит, при этом контролер во всех случаях получает только заработную плату, а выигрыши предпринимателя зависят от выбора соблюдения закона (случаи 1 – Б, 2 – Б) или его нарушения (случаи 3 – Б, 4 – Б).

Особенность данной игры состоит в том, что важный параметр – величина взятки B – заранее устанавливается контролером. Также предполагается, что игроки в данном случае действуют по принципу итерационно-недоминируемого решения в слабой форме; они осведомлены о выигрышах партнера и достаточно дальновидны, чтобы рассчитать доминирование стратегий для себя и друг для друга.

Устанавливая размер взятки, контролер заинтересован в том, чтобы повысить свой уровень дохода по сравнению с исходной заработной платой. Если контролер устанавливает взятку на уровне¹ $B > pS$, то предприниматель выберет стратегию 1 или стратегию 3 по нестрогому доминированию (санкция в любом случае будет предпочтительнее высокой взятки). Предприниматель не будет платить взятку. Контролер в этом случае откажется от стратегии А, поскольку в отсутствие взятки она принесла бы ему только угрозу дополнительной санкции в случае 1 – А. В результате игра окажется в равновесии 1 – Б или 3 – Б. Конкретное равновесие будет определяться соотношением выигрыша от правонарушения X и ожидаемой санкцией за исходное правонарушение pS . Контролер при этом не получит взятку B , поэтому вариант $B > pS$ не является для него наиболее предпочтительным.

Если контролер устанавливает взятку на уровне $B < pS$ и одновременно $B < qF$, то ему самому невыгодно брать взятку B . Он откажется от стратегии А в пользу стратегии Б, хотя предприниматель при этом готов платить: он предпочитет стратегии 2 или 4. Соответственно, игра придет к равновесию 2 – Б или 4 – Б. Конкретное равновесие будет опять-таки определяться соотношением выигрыша от правонарушения X и ожидаемой санкцией за исходное правонарушение pS . Но в этой ситуации бюрократ опять не получит взятку B , поэтому ему невыгодно устанавливать $B < pS$ и одновременно $B < qF$.

¹ Здесь и далее не рассматриваются граничные случаи $B = pS$ и $B = qF$, поскольку они заставят вводить дополнительные оговорки без существенного изменения результатов моделирования.

Единственной возможностью извлечь дополнительный доход для контролера является установление взятки B в интервале $qF < B < pS$. Предприниматель в этом случае откажется от стратегий 1 и 3, поскольку взятка выгоднее, чем легальная санкция. Осознавая это, контролер откажется от «честной» стратегии Б, поскольку выигрыш от взятки точно окажется для него положительным. Но в этом случае предприниматель откажется и от стратегии 2, поскольку ему понятно, что контролер будет в любом случае брать взятку, а в этом случае лучше получать доход от нарушения, ведь платить контролеру придется в любом случае. Игра придет в равновесие $4 - A$, при котором состоятся и исходное нарушение закона со стороны предпринимателя, и взятка.

Следовательно, если контролер имеет возможность установить взятку в интервале $qF < B < pS$, то он непременно выберет этот вариант, наименее благоприятный и с точки зрения преступности, и с точки зрения коррупции.

Но эта возможность будет у контролера не всегда, а лишь в том случае, если $qF < pS$, то есть ожидаемая санкция для предпринимателя за его нарушение выше ожидаемой санкции для коррупционера-контролера. В противном случае, если $pS < qF$, игра непременно попадет в одно из четырех равновесий без коррупции, описанных выше и соответствующих стратегии Б («честной» стратегии) контролера.

В каждом из четырех равновесий, получаемых при $pS < qF$, то есть при относительно низких санкциях за первичное нарушение предпринимателя и высоких санкциях за злоупотребления контролера, дача (получение) взятки не состоится. Исходное правонарушение предпринимателя в этом случае состоится при низкой санкции за него, то есть при $pS < X$, и не состоится при высокой санкции, то есть при $pS > X$. Отметим, что на основе одного лишь соотношения между выгодой от правонарушения и санкцией за него, в отсутствие информации о соотношении между ожидаемыми санкциями для предпринимателя и для контролера, при данной формулировке игры предприниматель не может принять решение о выборе стратегии соблюдения или нарушения закона.

Следствия из модели можно обобщить следующим образом. Если ожидаемая санкция в отношении предпринимателя за его нарушение *ниже* ожидаемой санкции в отношении контролера за злоупотребление ($pS < qF$), то *взятка отсутствует* при любом равновесии, а совершение предпринимателем нарушения зависит от соотношения между выгодой от нарушения и санкцией за него.

Если же ожидаемая санкция в отношении предпринимателя за его нарушение *выше* ожидаемой санкции в отношении контролера за злоупотребления ($pS > qF$), то рациональный гарант (контролер) назначит такую величину взятки B , что *в равновесии непременно состоится и взятка, и нарушение закона*.

Следовательно, оптимальный размер ожидаемых санкций для предпринимателя и для контролера должен быть таким, чтобы соблюдалось соотношение $X < pS < qF$. Ожидаемая санкция за нарушение закона для предпринимателя должна быть *ниже ожидаемой санкции для гаранта (контролера) за коррупцию, но выше ожидаемой выгоды от первичного нарушения закона предпринимателем*. Только тогда будут предотвращены как нарушение закона, так и злоупотребление властью гаранта.

Альтернативные теории

В приведенных нами исследованиях оптимального преследования государством коррупционных правонарушений имеются результаты, которые в разной степени соответствуют нашим выводам. Рассмотрим их подробнее.

А. Полински и С. Шавелл¹ также приходят к выводу о необходимости превышения ожидаемой санкции за коррупцию для контролера над размером санкций (в их варианте — без учета вероятности применения санкций) за первичное правонарушение. Они также упоминают о меньшей эффективности санкций за исходное нарушение в случае коррумпированного контролера на основаниях, схожих с изложенными в рамках нашей модели: наличие коррупции снижает относительные стимулы предпринимателя к соблюдению закона. Но логика их работы направлена прежде всего на выработку оптимальной санкции за коррупцию, тогда как в нашей модели подчеркивается возможность манипулирования другой составляющей — санкцией за первичное преступление либо вероятностью применения этой санкции.

Нормативный вывод этих авторов о необходимости повышения ожидаемых санкций за коррупцию представляется нам вполне обоснованным, но у этого повышения есть предел. Он связан, во-первых, со сложностью обнаружения коррупционных действий (то есть вероятность поимки коррупционера низка). Компенсировать

¹ Polinsky A., Shavell S. Corruption and Optimal Law Enforcement // Journal of Public Economics. 2001. No. 81. P. 1—24; Polinsky A., Shavell S. Op. cit. 2007.

сложность поимки коррупционера могли бы высокие санкции, но, во-первых, принцип гуманности законодательства ограничивает верхний предел санкций, во-вторых, опыт (в частности, китайский) свидетельствует о том, что даже угроза смертной казни отнюдь не всегда может остановить коррупционеров.

А. Полински и С. Шавелл также отмечают возможность изменения наказания за первичное преступление, но приходят к другому выводу. По их мнению, повышение санкций за первичное нарушение приведет к росту величины взятки и, следовательно, к отказу от первичного нарушения, поскольку оно в любом случае принесет нарушителю существенные издержки¹. Тем самым и будет достигнута победа над коррупцией, поскольку необходимость во взятках отпадет. На первый взгляд этот подход может показаться обоснованным: действительно, пусть повышаются и законные санкции, и взятки одновременно — сдерживающий эффект усиливается в любом случае.

Отметим, однако, что данная логика имеет два существенных ограничения. Во-первых, она работает только в том случае, если коррумпированный контролер может добиться взятки лишь в случае фактического нарушения. Если же он может требовать взятку в любом случае и наказывать даже при отсутствии нарушения, то отказ от нарушения не избавит предпринимателя от необходимости давать взятку. И если взятка или штраф в любом случае будут истребованы, то у предпринимателя возрастают стимулы все-таки совершить нарушение. Представляется, что наша предпосылка о возможностях гаранта наказывать предпринимателя за отказ от дачи взятки является более реалистичной, по крайней мере в ряде областей контроля над предпринимательской деятельностью (противопожарный, санитарно-эпидемиологический, налоговый контроль и т. п.), где, в силу обилия регулятивных требований, элементы нарушений могут быть найдены или злонамеренно сконструированы контролером в любом случае. Но для некоторых областей, в которых наказать невиновного более затруднительно, одновременный рост величины штрафов и взяток действительно может сыграть позитивную роль с точки зрения сдерживания нарушений.

Второе ограничение связано с возможностью стратегического поведения коррумпированных контролеров. Рост размепра требуемых взяток неизбежно будет пропорционален росту величины штрафов или иных санкций. Осознавая стимулы

¹ Polinsky A., Shavell S. Op. cit. 2001. P. 21–22.

предпринимателей к отказу от коррупции при росте взяток, коррупционеры могут установить меньший размер взятки по сравнению с законными санкциями, стремясь сохранить источник незаконного обогащения.

Р. Боулз, как и мы, приходит к идее существования верхнего и нижнего порога суммы взятки за сокрытие правонарушения¹. Однако в его расчетах учитываются ожидаемые санкции за взяточничество для контролера и правонарушителя, а также ожидаемый доход от первичного правонарушения, но не санкция за него, играющая ключевую роль в приведенной здесь модели.

К идее относительного снижения санкций за исходное нарушение достаточно близко подошли Р. Боулз и Н. Гароупа². Они отметили, что повышение санкций за исходное нарушение способствует коррупции, но в то же время, по их оценке, снижает преступность. Согласно их модели, прямое негативное влияние роста санкций за правонарушения на уровень преступности превосходит косвенное (через механизмы коррупции) воздействие в сторону роста преступности³.

Наконец, продолжившие исследование в этом направлении Дж. Чанг с соавторами показали, что повышение наказания за исходное нарушение все-таки может повысить уровень преступности в условиях широкого распространения коррупции среди контролеров⁴. Однако в основе их модели, в отличие от нашей, лежит уровень распространения в обществе субъективных социальных норм, способствующих или препятствующих коррупции. Эта гипотеза представляется довольно перспективной, но ее применение осложняется еще более глубоким погружением в сферу исследований социального капитала и неформальных институтов.

К выводу о возможности сокращения санкций за первичное правонарушение относительно максимального уровня приходят также Н. Гароупа и М. Джеллаль⁵. Но их вывод распространяется только на те случаи, в которых издержки на обнаружение

¹ *Bowles R. Corruption // Encyclopedia of Law and Economics. Vol. V. The Economics of Crime and Litigation / ed. by Bouckaert B., De Geest G. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. P. 460—491.*

² *Bowles R., Garoupa N. Casual Police Corruption and the Economics of Crime // International Review of Law and Economics. 1997. No. 17. P. 75—87.*

³ *Bowles R., Garoupa N. Op.cit. P. 82.*

⁴ *Chang J., Lai C., Yang C. Casual Police Corruption and the Economics of Crime: Further Results // International Review of Law and Economics. 2000. No. 20. P. 35—51.*

⁵ *Garoupa N., Jellal M. Information, Corruption and Optimal Law Enforcement // CEPR Discussion Paper No. 3560. Sept. 2002.*

коррупции выше, чем издержки на обнаружение исходного преступления. Можно предполагать, что это довольно широкий, но все же ограниченный круг ситуаций. При этом авторы исходят из того, что основная цель государства — максимизация благосостояния с учетом издержек на правоохранительную деятельность и при условии нулевой коррупции. Это необязательно предусматривает минимизацию собственно преступности, тогда как мы приходим к выводу, что умеренная величина санкций за исходное преступление также снижает и преступность по сравнению с завышенной санкцией.

Выводы

Избыточное использование механизмов уголовного преследования в отношении предпринимателей приводит к ряду прямых и косвенных негативных эффектов. Они включают расходы государственного бюджета на проведение расследования, судебного процесса и исполнение наказания, исключение ресурсов предпринимателя и предприятия из делового оборота на время или навсегда, отток капитала и эмиграцию, ухудшение инвестиционного климата, снижение экономической активности, коррупцию, негативные последствия для контрагентов предприятия, руководители которого подверглись уголовному преследованию.

Все эти издержки могли бы быть целиком оправданы повышением уровня защиты прав собственности в экономике, но активное уголовное преследование, сопровождающееся высокими санкциями за нарушения закона и высокой вероятностью их применения, необязательно снижает уровень экономической преступности.

Как показывает модель, разработанная в данном исследовании, эффективные санкции в отношении предпринимателей за экономические преступления в условиях существования коррупции имеют верхний предел: это ожидаемые санкции в отношении правоохранителей за злоупотребление полномочиями (коррупцию). В то же время санкции в отношении предпринимателей не должны быть ниже, чем ожидаемая выгода от нарушения, если государство ставит цель обеспечить низкий уровень преступности. Таким образом, в первом приближении при фиксированных ожидаемых санкциях для коррупционеров и фиксированной выгоде от совершения преступления предпринимателями зависимость уровня экономической преступности от строгости санкций за совершение экономических преступлений имеет U-образный вид.

Это означает, что максимизация ожидаемых санкций за правонарушения в условиях существования коррупции может скорее негативно повлиять на общественное благосостояние, одновременно повышая и коррупцию, и уровень экономической преступности. При таких обстоятельствах одним из решений проблемы борьбы с преступностью могло бы стать повышение ожидаемых санкций для коррупционеров. Однако с учетом низкой вероятности обнаружения взяточничества масштабы необходимого повышения могут войти в противоречие с принципом гуманизма законодательства. На наш взгляд, более приемлемой альтернативой может стать применение умеренных санкций за экономические преступления при условии жесткого контроля над коррупцией.

ПРИЛОЖЕНИЕ А
КРУГЛЫЙ СТОЛ «ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА
КАК ОПРЕДЕЛЯЮЩИЙ ФАКТОР ЭКОНОМИКИ»
(СТЕНОГРАММА)
(Москва, ИНСОР, 31.01.2012)

УЧАСТНИКИ:

Брауэр Хьюго, сотрудник политического отдела посольства Королевства Нидерланды в Москве

Веретехин В.А., эксперт Центра правовых и экономических исследований

Григорьев Л.М., кандидат экономических наук, доцент, заведующий кафедрой мировой экономики НИУ ВШЭ, главный эксперт Центра правовых и экономических исследований

Жуйков В.М., заместитель председателя Верховного суда РФ в отставке, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ, главный эксперт Центра правовых и экономических исследований

Лафитский В.И., кандидат юридических наук, доцент, заместитель директора Института законодательства и сравнительного правоведения при правительстве РФ

Морщакова Т.Г., заместитель председателя Конституционного суда РФ в отставке, доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ, заслуженный юрист РФ, главный эксперт Центра правовых и экономических исследований

Наумов А.В., доктор юридических наук, профессор кафедры уголовного права и криминологии Российской правовой академии Министерства юстиции Российской Федерации

Никитинский Л.В., президент Гильдии судебных репортеров, обозреватель «Новой газеты», кандидат юридических наук

Новиков И.А., эксперт Центра правовых и экономических исследований

Новикова Е.В., доктор юридических наук, научный руководитель Центра правовых и экономических исследований

Радченко В.И., первый заместитель председателя Верховного суда РФ в отставке, профессор, заслуженный юрист РФ, главный эксперт Центра правовых и экономических исследований

Салыгин Е.Н., декан факультета права НИУ ВШЭ, кандидат юридических наук, доцент

Субботин М.А., кандидат экономических наук, старший научный сотрудник Института мировой экономики и международных отношений РАН, генеральный директор Центра правовых и экономических исследований

Тихомиров Ю.А., доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ, первый заместитель директора Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ

Федотов А.Г., адвокат, кандидат юридических наук, эксперт Центра правовых и экономических исследований

Шаститко А.Е., профессор МГУ им. М.В. Ломоносова, директор Центра исследований конкуренции и экономического регулирования РАНХиГС при Президенте РФ

Юргенс И.Ю., кандидат экономических наук, председатель правления Института современного развития, вице-президент Российского союза промышленников и предпринимателей

Яковлев А.А., кандидат экономических наук, директор Института анализа предприятий и рынков НИУ ВШЭ, директор Международного центра изучения институтов и развития НИУ ВШЭ

Ясин Е.Г., доктор экономических наук, профессор, научный руководитель НИУ ВШЭ, научный руководитель Экспертного института НИУ ВШЭ

Студенты НИУ ВШЭ

НОВИКОВА Е.В.:

— Дорогие коллеги, соавторы и гости. Позвольте вас поприветствовать. Нам предстоит несколько часов плодотворной, интенсивной работы, мозгового штурма по очень актуальным темам, разработка которых поможет сформулировать новые подходы, в чем-то нестандартные и даже радикальные предложения и, не исключено, приведет к появлению новых знаний.

Почему настало время перехода к не совсем обычной для нас форме работы, именно межотраслевой, и в научном, и в практическом плане? Прежде всего потому, что мы существуем в новой политической реальности, которая однозначно и четко предполагает и обновление реальности правовой. Не секрет, что существующая система юстиции, перешедшая из вчера в сегодня, — неэффективна. Она не способна ни воспринимать, ни продуцировать новое. В этом мы неоднократно имели возможность убедиться

в результате наших многочисленных попыток что-то изменить, в том числе путем разработки законопроектных предложений, прежде всего, в области уголовной политики, а также — в сфере собственно экономической, включая наши предложения в рамках «Стратегии-2020». Если пытаться просто «совершенствовать» только то, что мы имеем сегодня, ситуация выглядит тупиковой. О чём можно говорить, если в правительстве нет нормальной повестки законопроектных работ, которая содержала бы хоть какие-то системные подходы к правовой реформе, если Министерство юстиции ведет себя, мягко говоря, пассивно. Если силовой блок власти живет самостоятельной жизнью, без оглядки на изменившийся социум и экономические реалии. А экономический блок правительства имеет весьма отдаленное понятие о том, что творится в силовом, и какие последствия такой «разобщенности» беспрепятственно проявляются в правоприменительной практике, и какие экономические последствия они имеют.

Очень тревожным является тот факт, что Госдума и правительство недостаточно воспользовались теми прерогативами, которыми они наделены.

Все это, к сожалению, еще раз подтверждает верность поставленного обществу Сергеем Сергеевичем Алексеевым диагноза — крушение права. Закрепленная в Конституции декларация о том, что в России есть правовое государство, ничем не обеспечена. Полагаю, что оно существует пока лишь в качестве цели и вектора развития.

Зададимся вопросом: мы достигли некоего дна, оттолкнувшись от которого можем попытаться пойти по пути возрождения, восстановления и развития? Или же точка невозврата пройдена? Все-таки, хотелось бы надеяться на первое. И если это так, если у нас есть реалистичная и четкая оценка ситуации этой новой правовой реальности, в которой мы оказались, может быть, пора ее правильно оценить и назвать? Давайте приадим ей какой-то переходный статус, поскольку мы действительно живем в состоянии переходного периода к тому, что называется «верховенство права». Есть четкая положительная корреляция между правовым, экономическим и политическим развитием стран, где верховенство права существует. В тех странах, которые действительно переходят в режим правового государства, происходит активизация всех сторон общественной жизни. Лично у меня нет сомнения в том, что этот вектор — единственное направление, движение по которому позволит изменить ситуацию и перейти к изменению правовой реальности.

Каковы те новые подходы, которые мы могли бы обсудить в качестве предмета дискуссии? В частности, можно рассмотреть проблему, связанную с восприятием идеологии и инструментов экономического анализа права для выработки и принятия законодательных и даже судебных решений. Это позволило бы нашей правовой системе более динамично развиваться в направлении открытости и восприятия возможностей смежных дисциплин. Все-таки право как самоценность и как цель представляет собой конструкцию во многом догматическую, и некая конвергенция с тем, что называется «*law and economics*», с тем инструментарием экономического анализа, который дает возможность оценивать последствия, принимать во внимание эффекты воздействия на правоприменительную практику тех или иных законодательных или судебных решений, была бы, на мой взгляд, и очень своевременной, и весьма эффективной.

Настало время подумать, в чем же состоит смысл верховенства права, и обратиться к опыту тех стран, которые успешно восприяли и реализуют в повседневной жизни эту конструкцию. Жизненно необходимо понять, можно ли реализовать этот феномен у нас, избежав при этом исторических ошибок и не ломая устоявшихся положительных элементов существующей системы, сделать ее максимально открытой и эффективной, в том числе с помощью экономического анализа права.

Другой очень важный и актуальный инструмент — это введение и развитие практики независимых, в том числе парламентских расследований. Очень много усилий посвятила этой теме Тамара Георгиевна Морщакова. Этот институт должен начать работать. Предпосылки к этому — в парламентаризме, в механизме общественных независимых экспертиз и независимых расследований. Трудно представить, что он заработает «под крышей» исполнительной власти.

Другая проблема. Как это ни покажется парадоксальным, мы не сможем двигаться к верховенству права, пока не будет принят «закон о законах», в котором был бы четко прописан механизм разработки и принятия нормативных правовых актов. Необходимо обеспечить, чтобы правоприменительная практика и толкование законов осуществлялись в том контексте, в котором живет право.

Обещаю, что мы, я имею в виду юристов, будем вести себя лично: понимая, что наш коллектив межотраслевой, будем стараться изъясняться на языке, понятном нашим коллегам-экономистам.

Признаюсь откровенно, без них уже нереально продумать кардинальные изменения в нашей правовой системе.

РАДЧЕНКО В.И.:

— Надо хорошо понимать, что наша деятельность протекает в весьма своеобразной среде. Недавно мне довелось принять участие в работе научной конференции на базе НИИ прокуратуры. Тема: «Бизнес и преступность». Среди участников были видные юристы, широко известные в юридических кругах, как правило, облеченные профессорскими, а то и академическими званиями. Общая направленность обсуждений меня насторожила. Основной тезис — не столько государство «кошмарит» бизнес, сколько бизнес «кошмарит» общество и государство. Вспомнили и аварию на шахте Распадской, и катастрофу на Саяно-Шушенской ГЭС. Высказывались утверждения, что весь современный бизнес вырос из преступных организаций советского периода. И, если не считать моего выступления, диссонирующего с остальными, эта «тональность» участниками конференции была поддержана.

Наша научная среда отнюдь не однородна. Далеко не все смотрят на проблемы так, как мы. И видят то, что мы видим. И объективная реальность многих этих специалистов в их умозаключениях ничуть не останавливает. Мне даже пришлось в своем выступлении напомнить, что крупные техногенные катастрофы не зависят от формы собственности и с одинаковой периодичностью случаются как там, где частная собственность имеется, так и там, где господствует собственность — государственная. Достаточно вспомнить Чернобыль и другие катастрофы. Еще академик Легасов когда-то вывел формулу о том, что по мере усложнения технических процессов будут расти масштабы и риск техногенных катастроф.

В целом тональность и общий настрой коллег на той конференции свелись к следующему: рынок — это, конечно, дело нужное, это хорошо. Вот только предприниматели мешают, потому что они плохие сами по себе, и было бы неплохо вообще без них рынок построить. Именно бизнесу поставили в вину коррупцию, как будто предпринимательский корпус сам себя в нее погружает. Не секрет, что некоторые элементы нашей правовой системы сформированы таким образом, что в ряде случаев бизнес просто не мог бы существовать, если бы не имел возможности от некоторых норм откупиться, дав мзду чиновнику.

На сегодняшний день и наше уголовное законодательство, и практика его применения, несмотря на либеральные шаги, предприня-

тые законодателем в течение последних двух лет, стали серьезным тормозом на пути развития национальной экономики. В статье Петра Кирюшина «Малый и средний бизнес в России» приводятся данные, согласно которым сейчас только 2 процента опрошенных готовы или хотят заниматься бизнесом. Между тем, в «лихие 90-е», несмотря на все сложности, таких была почти половина опрошенных.

Думаю, в падении роли и престижа бизнеса немаловажную роль сыграла и правоохранительная система вкупе с нашими законами. Мы имеем дело с уголовным законодательством, сработанным по принципу, который был сформулирован еще Виктором Степановичем Черномырдиным: «Хотели как лучше — получилось как всегда». Я помню, когда начиналась работа над новым Уголовным кодексом, перед разработчиками стояли благородные задачи: преодолеть репрессивность советского кодекса, либерализовать, гуманизировать ответственность. А что получили на практике? УК, если не считать сокращения числа составов со смертной казнью, получился гораздо более жестким, гораздо более репрессивным, чем предыдущий. Общее ужесточение затронуло сферу бизнеса. И УК буквально обрушился на предпринимательский корпус. Потом кодекс пришлось изменять.

Это можно проследить по различным редакциям статьи «Незаконное предпринимательство». Если сравнить редакцию, которая была еще в советском Уголовном кодексе, и нынешнюю редакцию 171-й статьи УК, то это — небо и земля. В прежнем кодексе был продуманный и очень осторожный подход: чтобы быть привлеченным к уголовной ответственности, надо было обязательно причинить кому-то ущерб. Не было нынешнего признака дохода, при котором достаточно заработать много денег, чтобы стать преступником. И, кроме того, к уголовной ответственности за работу без регистрации и лицензии нарушители привлекались только в том случае, если меры административного воздействия на них оказались безрезультатными. Но потом наши «прогрессивные» юристы «помогли», ссылку на административную санкцию убрали.

Теперь мы пытаемся бороться за то, что уже было в Уголовном кодексе во второй половине 80-х годов, в первой половине 90-х годов, и работало — умеренно, ответственно и осторожно. Но потом вдруг было объявлено, что административная преюдиция — от дьявола. Не может же быть так, чтобы сначала человека предупредили административным наказанием и только потом объявили преступником. Судить нужно сразу, немедленно, и объявлять преступником. И вот это — от Бога...

По многим статьям законодатель установил санкции — 7, 12, 15, 18 лет. Практически, на уровне ответственности за убийство. В советском кодексе на первом месте стояла охрана социалистической собственности, у нее был приоритет перед охраной интересов личности. Сейчас вроде бы заявлен приоритет интересов личности. Но если посмотреть на санкции статей и на практику применения, то получается, что отнюдь не охрана жизни и здоровья человека является основной задачей.

МВД отчитывается на своем сайте о 350—400 тысячах преступлений экономической направленности. Это — не только глава 22 УК, это еще и дела о мошенничестве, поскольку с другими статьями придется возиться, да и санкция маловата, и арестовывать сложно до суда. Поэтому имеется тенденция квалифицировать экономические преступления как мошенничество путем абсолютно безосновательного широкого толкования этого понятия. Здесь я солидарен с положением последней статьи Путина о том, что нельзя переводить гражданско-правовые отношения в уголовные, искусственно их криминализировать, чтобы один из участников хозяйственного спора оказывается на скамье подсудимых.

ФЕДОТОВ А.Г.

— Он услышал экспертов.

РАДЧЕНКО В.И.:

— Да, был услышан голос экспертов.

Нужно также сказать о квалифицирующих признаках преступлений. Я знаком со многими зарубежными уголовными кодексами, но ни в одном из них не видел такого, как у нас, обилия квалифицирующих признаков, которые буквально ракетой возносят санкцию при одних тех же вредных последствиях деяния. Особенно когда речь идет о статьях, применяемых к бизнесу. Мы уже давно говорим, что признак организованной преступной группы изобретен искусственно, но он, как правило, присутствует в уголовных делах против предпринимателей. Почему? По очень простой причине: потому что бизнес — дело коллективное, но коллектив этот, в отличие от того, что написано в Уголовном кодексе, формируется не с целью совершения преступления, а для ведения определенной уставной деятельности. И если попутно имеется совершение наказуемых деяний, это еще не означает, что надо квалифицировать этот коллектив как

организованную преступную группу. Это приводит к искусственному завышению планки ответственности, к человеческим трагедиям.

Особенность нашего Уголовного кодекса состоит в том, что во многих случаях ответственность растет, а общественно опасные последствия остаются неизменными. Поэтому я поддерживаю ту идею, которая высказывалась в нашей группе, а потом ее озвучил и Николай Васильевич Федоров: надо подумать либо об изменении действующего Уголовного кодекса, либо о принятии нового.

Недопустимо, чтобы законодательство было настолько оторвано от социальной действительности. Если посмотреть данные статистики, то оказывается, что четверть мелкого и среднего бизнеса убыточна. Это люди, малые и средние предприниматели, которые еле выживают. Чтобы выжить, им надо искать какие-то формы заимствования. А если они не в состоянии рассчитаться, появляется правоохранитель и говорит: «Ты мошенник, потому что кредит взял и не вернул». Потом — суд и колония. Все это я многократно видел по конкретным уголовным делам.

Отношение к бизнесу необходимо менять — и в смысле содержания закона, и в смысле его применения. В первую очередь это касается уголовного законодательства. Изменение психологии правоприменителей и судей — это дело долгое, быстро оно не произойдет. Изменение закона — это более оперативная форма реагирования на проблему. И это в каком-то смысле проще, поскольку здесь можно привести статистические данные, доводы, основанные на международных обязательствах, и так далее.

В первую очередь нам надо думать о том, по какому пути совершенствовать законодательство, регулирующее уголовную ответственность предпринимателя. Должен сказать, что наша группа уже имеет в этом вопросе уникальный опыт. Мы подошли к правильному пониманию экономической и социальной составляющих уголовного преследования предпринимателей. Конференция, о которой я уже говорил, свидетельствует вот о чем. Существует серьезнейшая, я бы сказал, вопиющая проблема, когда титулованные юристы, доктора и кандидаты наук, профессора и доценты, преподаватели отстаивают традиционные для нашей страны архаичные уголовно-правовые взгляды. При этом они абсолютно не знают, не понимают, что действительно происходит в экономике и каковы последствия существующей уголовной политики. И, что хуже всего, не желают ни того, ни другого. Это очень вредит делу.

ЖУЙКОВ В.М.:

— Еще о наших юристах. Действительно, многие просто не воспринимают сегодняшнюю реальность. Недавно один весьма известный юрист, доктор, профессор, заведующий кафедрой, он студентов учит, и не где-нибудь, а в МГУ, на полном серьезе заявил, что у нас в законодательстве понятие предпринимательской деятельности дано неправильно. Она, по его мнению, не должна иметь своей целью извлечение прибыли!

МОРЩАКОВА Т.Г.:

— Ибо это не отличается от корысти.

ЖУЙКОВ В.М.:

— Мне кажется чрезвычайно важным то, что сказал Владимир Иванович. На самом деле, в ученом мире юриспруденции есть два крыла, и мы должны понимать их значение, потому что субъективный фактор здесь очень силен. Может быть, нужно провести специальное социологическое исследование и выяснить, какое положение занимают те, кто считает, что рынок — это зло (в чем тоже есть своя правда). Надо понять, кто они, на каком уровне находятся. И где они пребывают? Что собой представляют преподаватели университетов, чему они учат.

ГРИГОРЬЕВ Л.М.:

— То, что профессиональное правосознание юристов, частично вышедшее из охраны советской собственности от подпольных предпринимателей, живо, это понятно. Где они сидят — те, которые считают, что бизнесмен вреден? Они — на свободе. А те, кто считает, что бизнесмен полезен, — они частично не там: сидят. И в данном случае проблема внутреннего устройства юридического сообщества — это, конечно, отдельная тема. У экономистов такого нет. У нас тоже есть старая школа и тоже со смещеными представлениями. Она концентрируется на ведущей роли государства, но в основном это популизм в отношении расходов. Экономистов, которые всерьез были бы сторонниками доминирующей государственной собственности, очень мало. Конечно, очень хорошо быть в госкорпорации со всеми вытекающими отсюда последствиями. Но чтобы кто-то вышел и сказал: «Госкорпорации и госсобственность решают все», — это в экономическом мире считается неприличным. Ты не можешь сказать этого ни на одной международной конференции — на тебя будут смотреть как на сумасшедшего.

Да, Владимир Владимирович Путин подгадал со своей статьей к нашему заседанию. В общем-то он затронул массу проблем, о которых мы пишем уже лет десять. Он, правда, написал это немного в стиле «Апрельских тезисов» Ленина. В том смысле, что «вот, я приехал, посмотрел — оказывается, здесь бардак». Такое довольно неожиданное, новое знание. Обама к выборам тоже будет делать вид, что его четыре года не было, и все происходило без него, и он вообще ни при чем. Но таков политический процесс в любой стране, ничего удивительного здесь нет. А из того, что мы писали, многое перекочевало в предвыборные тексты.

Вопрос следующий: мы переходим к нормальной работе бизнеса или не переходим? Я двадцать лет ждал этого момента, и он наступает. Вопрос: сейчас наступил или десять лет назад, или четыре года назад, когда писали про коалиции для будущего. Эта ситуация, которая называется закрытием дверей трамвая. Когда люди хотят уехать, они трамвай задерживают: «Постойте, постойте, еще я сяду, не отправляйте. А потом — я зашел, закрывайте дверь, поехали». Этот «эффект трамвая» должен когда-то возникнуть в отношении собственности, потому что деловая элита не может без конца жить в ситуации, когда тебя запросто могут «вышибить». Она должна закрыть эту возможность и сказать: «Все. Мы внутри, мы устанавливаем правила. Все остальные больше в трамвай не садятся, а живут по некоторым правилам». Это переход, завершение формирования деловой элиты, ее отделение и прекращение попыток ее пополнять или убавить, это рано или поздно должно произойти. Это произойдет либо сейчас, либо через пять лет. Это уже близко. На языке Олсона (профессор Шаститко не даст соврать) это означало бы переход от блуждающих баронов-грабителей к стационарным бандитам. Ничего обидного в слове «бандит» в данном случае нет, это чисто научный термин Олсона, который не получил Нобелевскую премию только потому, что умер. Рациональная разработка имущества вместо захвата. На мой взгляд, отчасти мы этот процесс переживаем, но он идет тяжело. Поэтому если мы переходим к этому новому состоянию, тогда нужно устанавливать соответствующие правила игры.

Несколько соображений на этот счет. Во-первых, для того чтобы бизнес работал, все-таки внутри власти должна быть концепция о разнице между условиями работы, функционированием и масштабами четырех видов бизнеса. Это большой частный, большой государственный, иностранный (он все равно немножко иначе выглядит, полная уравниловка — это иллюзия) и малый бизнес. То, что

мы наблюдали, это передвижка от большого частного к большому государственному и в ущерб малому бизнесу. Например, прибыльные элементы малого бизнеса скапались большим отчасти потому, что иногда денег некуда было девать, покупали эффективный малый бизнес, и он просто уничтожался, потому что некоторые виды бизнеса не могут работать как часть большого, это бессмысленно.

Мы наблюдали непрерывный десятилетний переход от предпринимательства (пусть в диких условиях 90-х годов) к рентным отношениям — такая была эпоха. Охрана собственности сместились, стала относиться не к любой собственности, а только к той, которая может себя защитить. Иными словами, уже нет общей охраны собственности. Каждый собственник должен сам предусмотреть способы своей защиты. Поэтому в провинции, когда едешь из аэропорта в город, таксист тебе показывает достопримечательности и объясняет: «Вот это принадлежит такой-то фирме, там половина у предпринимателя, четверть у мэра, четверть у начальника милиции». То есть вы должны организовать систему стейкхолдеров, которые вас защищают.

Этот процесс, на мой взгляд, более-менее завершен. Может быть, от него уже можно куда-то двигаться. Протекция вместо нелегальных способов извлечения доходов в ряде случаев легализована через акции или доли участия. Пока такой процесс не завершен, очень трудно сказать ему «остановись». Но отчасти это зависит от элит, которые могут посчитать: «хорошо, процесс освоения территории закончен, теперь наводим порядок». Так сделали в свое время норманны в Англии, ничего особенного в этом нет. За сто лет они построили двести замков, а потом уже приняли Хартию вольности. Правда, они ее переписывали сто лет, но в конце концов переписали. Это происходило в истории десятки раз в разных странах. Но когда-то этот процесс должен остановиться.

Сейчас олигархи защищаются по очень сложным схемам. В политическом плане отношения собственности, на мой взгляд, все больше похожи на Латинскую Америку. Лет десять назад я обозначил это как «мексиканизация», что-то в этом роде у нас и произошло. Все течения — в основном внутри одной партии, по краям есть некоторые маргиналы. У нас это, конечно, несколько сложнее, страна очень умная и сложная, поэтому там это выглядит немного иначе. В принципе какой-то консенсус между деловыми и политическими элитами должен быть достигнут, потому что без него никакой модернизации страны осуществить нельзя. Соответственно, право должно обеспечивать процесс модернизации.

Далее возникает вопрос, как это видится бизнесу. К сожалению, у нас есть странные (мягко говоря) люди, которые полагают, что бизнес может существовать без предпринимателя, школа — без учителя, наука — без ученых, право — без независимого судьи. Обратите внимание, что всегда выпадает. Выпадает креативный класс, человек-предприниматель, человек-инноватор. Выпадает творческий элемент, человек, принимающий самостоятельные решения, у которого есть своя точка зрения, которая, возможно, изредка (после рабочего дня) расходится с мнением начальника. Это очень тяжелая ситуация. Я все время с ней сталкиваюсь. Я пишу: «Господа, давайте сделаем то-то и то-то, обсудим это». Мне отвечают: «Не надо, у нас все хорошо». То есть меня неожиданно, даже среди своих, возвращают к эффекту цвета автомобиля «Форд»: «Ты свободный человек, ты можешь иметь какой угодно автомобиль, но при условии, что он черный, конечно. Потому что этого не может быть, чтобы автомобиль был не черный». Проблема в том, что без независимой интеллектуальной элиты, без независимого судьи, без предпринимателя не может быть современного эффективного общества.

Теперь по поводу предпринимателей, их природной жадности и мерзости. Во-первых, это факт. Это было всегда. Это то, с чем боролись, с процентщиками боролся даже Коран. И не победил. Вместо процентов берут за услуги, но, по сути, все равно платят за кредит. Фома Аквинский тоже боролся. Да, несправедливо, когда дисбаланс на рынке, цена несправедливая получается.

XIII век, времена где-то между нашествием Батыя и Куликовской битвой. А человек волновался о цене. То есть он был интеллектуальной элитой. Мы как бы от Византии происходим. То есть с вертикалью все было в порядке, христианство на Руси вводили приказом, а не путем народного собрания. Это в нас сидит.

Конечно, бизнес, выходящий из ужасных институциональных условий 90-х годов, крайне далек от идеального. Но если мы поверим Диккенсу, хотя бы настолько же, насколько поверим современному «РБК», то английский бизнес той поры тоже выглядел не очень благостно — какие-то сироты, непрерывно замученные. Оливер Твист вызывает неподдельную слезу. Бизнес на выходе всегда такой. А его кошмарили в обычном стиле переходного периода, ему навязывали правила игры. Бизнесмены в 90-е годы все говорили: «Нам не дают работать вбелую». Государство ничего не изменило, бизнес сформировался такой, как есть.

Теперь это стало проблемой в некотором смысле психологической амнистии. Мы вынуждены признать, что мы такие, как есть.

Других нет. Мы можем наводить порядок в бизнесе, если только одновременно будем бороться с плохими предпринимателями и выгонять коррумпированных чиновников. Мы что, собираемся выгнать всех чиновников и всех предпринимателей? Поэтому мы должны осознавать, что есть техника юриспруденции и есть реально сложившиеся отношения.

Наше общество вышло из очень тяжелых преобразований, по происхождению оно лишено всякой невинности, и мы вынуждены работать с очень ограниченным количеством «демократов», которые хотели бы видеть всех «в белом». Но в связи с отсутствием бизнесменов и чиновников в белых тогах общество придется трансформировать дальше из того состояния, в каком оно находится. Поэтому мне кажется, что юридическая реформа, те юридические новации, которые предлагаются, должны иметь еще некоторую наружную оболочку, более широкую, социальную — общество должно переходить к нормальному развитию и вынуждено будет как-то психологически покончить с предыдущими временами. Обычно это занимало лет сто. Но у нас такого времени никогда не было и нет.

ФЕДОТОВ А.Г.:

— Я хочу вернуться к теме нашего круглого стола. Она для кого-то может звучать даже странно: почему верховенство права — и вдруг какой-то фактор, тем более определяющий, в экономике. Надо сказать, что вообще понимание верховенства права — это отдельная проблема. И на этот вопрос существуют различные точки зрения. Присутствующий здесь Андрей Евгеньевич Шаститко даже целую главу об этом написал в книге под редакцией Волкова¹. Он описал, что понимание верховенства права существует различное — такое, иное, он цитирует различные источники. Я понимаю экономистов, которые говорят: «Господа, вы определитесь (к нам, юристам, вопрос обращен), что вы под этим понимаете, под верховенством права, и вообще, что с этим делать, с чем это едят и какое это имеет отношение к экономике».

Очень коротко хочу об этом сказать, чтобы двигаться дальше. На самом деле большой проблемы с определением верховенства права нет. Если посмотреть на историю этого вопроса, то понятно,

¹ Шаститко А. Верховенство права: экономическая реконструкция и выводы для политики // Право и правоприменение в России: междисциплинарные исследования / под ред. В.В. Волкова. М., 2011. С. 25—54.

что это родилось в недрах английского права, которое сформулировало это как «rule of law», то есть то, что в нашей транскрипции переводится как верховенство права. В других транскрипциях, у немцев, например, это — «Rechtsstaatlichkeit», то есть в дословном переводе это некое свойство правового государства. У французов это тоже с правовым государством связано.

Но суть не в переводе, не в транскрипции, а в том, что если мы смотрим, как это появилось, то мы даже в некотором смысле автора концепции обнаруживаем. В 1610 году этот принцип сформулировал английский судья Коук. Не буду вдаваться в подробности — история развития этого принципа долгая, не так быстро все это утвердилось. Но если отвлечься от всего остального, то принцип верховенства права, на мой взгляд, достаточно прост. Нельзя всякое веление, в том числе произвол власти, облекаемый в юридические формы, считать правом. И если уж власть таким образом себя ведет, то есть суд, который должен ей в этом поставить преграду. Иными словами, право выше власти, и эту иерархию должен обеспечивать суд. Все остальное можно рассматривать как формы реализации, гарантии, способы и так далее. Это в самых общих чертах.

Почему мы именно сегодня говорим о верховенстве права и его роли в экономике? Потому что объективно мы дошли до такого состояния, когда вдруг все поняли, что без этого — никуда... И даже премьер услышал экспертов.

РАДЧЕНКО В.И.:

— Он озвучил спичрайтеров.

ФЕДОТОВ А.Г.:

— Да, спичрайтеров, которые, в свою очередь, услышали экспертов. Неважно. И вдруг все понимают, что на самом деле проблема развития нашей экономики концентрированно свелась к вопросам политики и права, и политики права в том числе, и это уже ни для кого не является каким-то секретом. То есть нельзя упрекать экономистов, или менеджеров конкретных компаний, или кого-то еще, что они предлагают неверные решения — управленческие, экономические и прочие. Они предлагают нормальные решения, эффективные, руководствуясь мировым опытом, но оказалось, что в нашей правовой среде, в данном конкретном правопорядке это либо не работает, либо работает с обратным знаком. И на сегодня это наконец стало всем очевидно, и мы вдруг (а кто-то — не вдруг) поняли, что решение вопросов права, вопросов создания

цивилизованного правопорядка превратилось в проблему экономики. И всем стало ясно, что если этого не сделать, то с экономикой сильно хорошо не будет.

Почему так произошло? Мы вступили в новый исторический этап и стали строить рыночную экономику. Провозгласили некие правовые принципы, которые этой рыночной экономике соответствуют — свободу предпринимательской деятельности, свободу договора, неприкосновенность собственности и прочее. Провозгласить-то провозгласили, на формальном уровне это существует, но в процессе реализации произошла откровенная подмена и деформация.

Пример, который привел Леонид Маркович. Берем собственность. Краеугольная вещь, от которой никуда не деться и без которой ничего не будет. У нас если говорить о защите права собственности, то формально она провозглашена, институты прописаны, они такие же, как во многих цивилизованных странах. Я не беру сейчас какие-то различия по правовым семьям — скажем, у нас собственность больше «по-немецки» защищается, чем «по-английски», но не это сейчас важно. Что реально происходит? Это работает? Нет. По какой причине? Да потому, что, как правильно было сказано, свою собственность может защитить только тот, кто имеет непосредственную связь с властью. Нет связи с властью (и мы об этом не первый раз говорим) — твоя собственность не будет защищена. Что из этого следует? Это означает, что мы существуем в феодальной или полуфеодальной (в этом смысле) системе. Ведь ситуация, когда собственность и ее защита зависят не от формального, правового равенства, а от наличия или отсутствия связи с неким сувереном, с неким феодалом или еще с некой политической властью, — это признак нерыночного или неконкурентного, я уж не знаю, капитализма или не капитализма. Это свойство феодального права: личное кулачное право, то есть право сильного. Располагаешь ты связью — неважно какой, коррупционно купленной, семейной или иной, с властными институтами — у тебя есть защита права собственности, не располагаешь — защиты права собственности у тебя нет.

Поэтому если говорить о вещах, понятных и экономистам, и юристам, то, на мой взгляд, основные проблемы возникают из-за того, что правовые принципы провозглашены, но не реализуются. Это прежде всего условность права собственности, попытки защитить его неправовыми способами и, конечно, нестабильность контрактов, недостоверность обязательств, как это определяют экономисты.

ТИХОМИРОВ Ю.А.:

— Ситуация в стране очень сложная и почти критическая. Глядя на нее глазами юриста, я бы сказал, что нарастает отчуждение не только отдельных граждан, но и целых слоев от публичных институтов, нарастает отчуждение от права — и в широком смысле слова, и в узком его понимании. Причин тому несколько, понимая их, легче искать способы преодоления этих сложных состояний.

Мы потеряли человека, человек в фокусе права исчез, он не воспринимается, его оставляют в стороне. Почему я говорю, что потерянся человек? Да потому что если в далекие советские годы усилиями Казимира Чука, Кудрявцева, Никитинского, Глазырина и многих других развивалась социология права, была как-то развита юридическая психология, то сейчас поведенческий аспект исчез. Упущена проблема правопонимания, правосознания отдельного человека.

Институты, гарантирующие реализацию закона, действуют не так, как хотелось бы. Это относится, прежде всего, к исполнительной и к муниципальной власти. Работа в Институте законодательства позволяет мне сказать об устойчивом неприятии властью Закона о нормативных правовых актах. А ведь его начали продвигать еще в советские годы, когда был съезд народных депутатов, году, этак, в 1990-м.

Самое любопытное, в какой мере законодательство развивается планомерно и ритмично, каких регуляторов в нем больше, жестких или мягких, дистанционных, опосредованных, стимулирующих либо наказательных. В нашем институте пытаются сейчас искать какие-то критерии разграничения ответственности уголовной и административной: это — проступки, то — преступления. Почти все проекты законов, которые приходят на заключение, оснащены ссылками на КоАП: «добавить состав», «добавить санкцию». Это бешеная законодательная стихия, причем приходят проекты законов, меняющие закон принятый, но не вступивший в действие. Это вообще для юридического КВНа, поэтому здесь нет никакой логики в развитии законодательства.

Мы проводили исследования в регионах, у нас вышла книжка — 20 лет исследований¹. Изучая, как реализуется в Нижегородской области законодательство в сфере здравоохранения или оборота лекарственных средств, мы видим, что происходит: «Мы

¹ Эффективность законодательства в экономической сфере: научно-практическое исследование / Отв. ред.: Тихомиров Ю.А. М.: Волтерс Клювер, 2010.

реагируем только на указ нашего губернатора, а московский закон — это ваш, московский». Вот такая правоустановка есть, такое своеобразное квазиправосознание.

Владимир Иванович помнит, мы пытались с молодыми кандидатами наук развернуть методологию юридического прогнозирования. Это интересно, мы не можем представить, каково будет правовое состояние в стране в 2014 году, в 2016-м и 2017-м. Не можем, потому что у нас нет социального анализа, хотя Институт социологии активно разрабатывает эту сферу, нет видения экономической динамики, экономического поведения, пока мы не можем это представить, но эта прогностическая функция очень важна.

Поэтому проблема верховенства права, мне кажется, явление очень сложное. Это не попытка выхватить какой-то один элемент, считая, что только суд поможет, что только хороший закон облегчит жизнь, что только деятельность бизнеса спасет. Освоение этой доктрины — процесс очень трудный и болезненный. Автоматически она действовать не будет. Требуется упорная работа. Ее нужно поставить так, чтобы проблема верховенства права была не лозунговой. Поэтому связка «юристы — экономисты», «юристы — социологи», «юристы — психологи» мне кажется очень существенной.

ШАСТИТКО А.Е.:

— Я хочу поддержать то, что здесь только сейчас было сказано. Можно сколько угодно твердить, «верховенство права», «верховенство права», как «халва», «халва». Слаще от этого не будет. Объяснение, почему это так, можно найти в совместных разработках экономистов и политологов, которые показывают, чем отличаются так называемые социальные порядки открытого доступа от социальных порядков ограниченного доступа. Первые характеризуются тремя группами свойств — это верховенство права для всех групп (в том числе и для элит), консолидированный контроль над насилием и постоянно существующие организации. Когда выясняется, что же это за такие открытые порядки и где они существуют, то достаточно быстро становится понятно, что хорошо если из 200 стран в мире в трех десятках мы это найдем, то есть на самом деле это не такое широко распространенное явление. Остальные страны продолжают существовать в системе ограниченного доступа, это, подчеркну, именно не закрытый, а ограниченный доступ.

Самый интересный вопрос, а как же все-таки сделать так, чтобы перейти к системе открытого порядка, и та книга, которую я имею в виду (Норт, Уоллис и Вайнгаст. «Насилие и социальные

порядки»¹), посвящена данному вопросу, и оказывается, что, как ни крути, с законами ничего не получится.

Я хочу осветить два вопроса. Первый — это стандарты доказательства фактов нарушения установленных правил, второй — закон о законах.

Почему, на мой взгляд, это имеет значение? Я никогда не считал себя знатоком какой бы то ни было области права. В прикладном смысле я больше сталкиваюсь с вопросами применения норм антимонопольного права, поэтому я попытаюсь проиллюстрировать свое видение того, что можно было бы сделать и что можно было бы обсуждать именно применительно к этой сфере. Поскольку в рамках антимонопольного законодательства очень широко представлены нормы, которые юристы квалифицируют как оценочные, применить их без использования инструментария экономического анализа довольно проблематично. Это элементарный посыл, который не имеет простого решения даже в развитых странах. Есть наглядный пример, как эта ситуация выглядит в Штатах и в Европе, я имею в виду не отдельные страны Европы, а Евросоюз в целом. Там две совершенно разные модели правоустановления и правоприменения. В одном случае — общие формулировки правил конкуренции и достаточно разветвленная система судебных решений, а также очень развитая система экономической интерпретации этих норм. В Европе пошли по пути детализации норм. С точки зрения юридической это выглядит более эстетично, может быть, более функционально, возможно, более логично, но с точки зрения экономиста мы получаем результат с точностью до наоборот. Может быть, это связано с тем, что уловить в нормах многообразие экономических обменов на различных товарных рынках — задача не просто сложная, а скорее безнадежная. Наглядным примером служит применение Приказа № 220, определяющего порядок анализа состояния конкуренции на товарных рынках². То, что суды рассматривают этот анализ в качестве обязательного номера программы, по крайней мере, по 10-й статье закона о защите конкуренции, это факт, но то, что происходит собственно с анализом, как его применяет ФАС, которая сама и разрабатывает этот приказ, каким образом вос-

¹ Норт Д., Уоллис Дж., Вайнгаст Б. Насилие и социальные порядки. Концептуальные рамки для интерпретации письменной истории человечества. М., 2011.

² Приказ ФАС России от 28 апреля 2010 г. № 220 «Об утверждении порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке».

принимают аргументацию, представленную в аналитических отчетах, арбитражные суды — все это свидетельствует о том, что, к сожалению, даже те далекие от совершенства стандарты, которые закладываются в правила анализа конкуренции, не удается выполнить. Почему? Потому что в них слишком все подробно расписано или потому, что суды не готовы воспринимать экономическую аргументацию? У меня нет однозначного ответа на этот вопрос. Мы проводили небольшое исследование по анализу судебной практики применения 10-й и 11-й статей Закона о защите конкуренции, где попытались посмотреть, какие экономические аргументы используются в этих делах и как суды на это реагируют. Изначально мы были очень пессимистически настроены и думали, что судьи — ретрограды и вообще не понимают, почему нужно использовать экономический анализ. Оказалось, что это не совсем так, а в некоторых случаях даже совсем не так, и суды указывают антимонопольным органам на то, что они должны соблюдать те стандарты, которые заложены в правила анализа состояния конкуренции.

Поэтому, на мой взгляд, здесь не так все безнадежно и очень сильно зависит от того, какую сферу мы рассматриваем. По своему опыту, могу сказать, что в 2008 году еще можно было говорить о стандартах экономического анализа применительно к антимонопольным делам против нефтяников, но уже в 2011 году и даже в 2010 году это было практически бесполезно. Но это не означает, что стандарты не работают в других сферах. В фармацевтике есть востребованность, в телекоммуникациях есть, и даже в металлургии, поэтому когда мы говорим вообще, меня это смущает: все-таки, может быть, не надо так сильно усреднять. Где-то это работает, где-то не работает. И это предмет для специального исследования.

Что можно сказать о правоустановлении в связи с вопросом закона о законах? Я столкнулся с этой проблемой предметно в 2002—2003 годах, когда обсуждался его проект в Центре стратегических разработок. Предполагался какой-то нормативно-правовой акт, который регламентировал бы процесс оценки целесообразности принятия тех или иных нормативно-правовых актов, и примерно в то же самое время мы в Бюро экономического анализа запустили серию работ по оценкам регулирующего воздействия. Это было почти 10 лет назад. Сейчас у меня уже готов ответ на вопрос, почему все идет так тяжело, сложно и, может быть, даже где-то безнадежно. Если есть политическая воля, закон можно написать, продавить и потом тихо про него забыть или использовать

только там, где выгодно. Дело в том, что для того чтобы написать закон о законах, необходимо учесть довольно жесткие принципы, как это называют экономисты, институционального проектирования, и здесь существует драматический выбор: можно ли проектировать институты, адресатом которых являются разнородные группы, без вовлеченности их на разных стадиях разработки данного проекта? Если мы согласны с тем, что это возможно, тогда где та инфраструктура, обеспечивающая вовлеченность и необходимый режим открытости с системами обратной связи? Мы упираемся в ограничения, связанные с политической системой, здесь никуда не денешься.

САЛЫГИН Е.Н.:

— Я во многом добавлю пессимизма в то, что прозвучало в словах и Андрея Евгеньевича, и Юрия Александровича. Действительно, узкий догматический юридический взгляд на верховенство права — это анализ юридической силы Конституции, законов, подзаконных актов. Но все прекрасно понимают, что это всего лишь часть, верхушка айсберга, это третий слой той реальности, которая выражается в праве, поскольку нормы, формальные правила всегда только части определенных институтов, а в качестве других составляющих выступают неформальные правила, которые образуют неформальную практику, это обеспечительные механизмы и масса других элементов. Сами по себе институты существуют еще и в определенной институциональной среде, образуя институциональный ландшафт, из чего складывается некий базовый институциональный каркас, и конечно же социология и экономический анализ права позволяют воспринимать реальность не в одномерном, а в трехмерном виде, но это происходит не так быстро, и многие правовые исследования так или иначе связаны именно с формальным догматическим подходом.

Если посмотреть на это широко, мы увидим, как отмечалось уже неоднократно в различных исследованиях, что во многих случаях правовые нормы являются декоративными, а реальные отношения развиваются в тени, то есть как неформальные практики, и удельный вес неформальной экономики достаточно велик. Экономисты не дадут соврать, по-моему, еще нет точной методики подсчета неформальной экономики, но относительно недавно руководитель статистической службы говорил, что, по приблизительным данным, порядка 30 процентов экономики у нас существуют так или иначе в тени. Получается, что нормы, особенно

те, которые регулируют экономические отношения, — неэффективны, они не действуют. Более того, распространенная практика существования неформальной экономики приводит, как уже было замечено, к деформации формальных правил, норм, то есть нормы не просто становятся неэффективными, бездействующими, а начинают работать в противоречии со своими изначальными целями, по сути делая более развитым теневое право, теневой сектор. Мы видим, что институты работают не в соответствии с целями, которые ими заявлены, мы видим массу различных дисфункций, которые наблюдаются во многих отношениях — политических, экономических, собственно правовых.

Когда мы говорим о каких-то правовых новациях, нужно рассматривать это на институциональном уровне и заниматься практикой проектирования институтов, о чем здесь уже говорилось. Но это, на мой взгляд, тоже может оказаться беспersпективным, поскольку, если посмотреть на пласт более высокий, а именно на социальную, экономическую, социокультурную среду, то мы увидим, что она во многом задает параметры и массу ограничений как для институционального проектирования и реализации верховенства права, так и в целом для правил, по которым происходят подобного рода изменения.

Мы видим, что социально-экономическая и политическая системы характеризуются объединением неких элит, созданием некоторой коалиции, которая тесно связана с экономикой. Отношения, которые выстраиваются в обществе, безусловно, связаны с реализацией этих интересов. Система достаточно чутко воспринимает те опасности, которые ей грозят, и, если это действительно достаточно серьезно, могут произойти какие-то изменения. Но в основном все, что происходит в смысле каких-то изменений, носит несистемный и в ряде случаев декоративный характер.

Если говорить уже не о праве, а о той роли, которую оно играет в жизни общества, конечно, важнейшее значение здесь имеет политика сама по себе. Правовые реформы могут быть успешны лишь в том случае, если будут учтены институциональные факторы экономики, но при условии, что это будет опосредовано собственно политикой. Поэтому изменения вначале должны происходить в политике, это гарантирует успешность изменений в праве, поскольку многое в праве носит характер внешне формальный, а настоящие отношения развиваются как неформальные практики.

В свое время исследование институтов проводилось Фондом «ИНДЕМ», которым руководит Георгий Сатаров. Он говорил

о том, что, когда институты эволюционируют, можно проследить некое наполнение их формальными правилами и их приближение к полноте, где доминирующую роль играют правила, установленные официальными властями. Но когда вводятся новые институты, в связи с этим всегда возникает фактор неопределенности и верх берет предшествующая практика, традиции, или, иными словами, правосознание и подходы, которые существовали ранее, срабатывают прежние традиции, которые воспроизводятся уже в этих новых институтах. Одна из проблем, если говорить о развитии институтов, состоит в этой неопределенности, которая задается неформальными отношениями, их нужно всегда учитывать и, регулируя те или иные социальные взаимодействия, понимать, как будут развиваться неформальные отношения и что делать с той неполнотой, которая всегда будет существовать.

Андрей Евгеньевич здесь уже говорил, что институты могут срабатывать по-разному — где-то суды принимают решения экономически вполне обоснованные, целесообразные, где-то такую логику проследить невозможно, и достаточно сложно понять саму по себе структуру принятия решений в условиях неопределенности и преобладания неформальных правил. Эта проблема конечно же видна, и ее пытаются решить. Один из способов решения данной проблемы — это создание различных общественных советов, общественных институтов, которые могли бы подталкивать власти к принятию нужных решений, поскольку предшествующий опыт, во многом отрицательный, не является помощником. Так же, как и культура, фактор колеи, безусловно, может оказывать свое негативное влияние. Практика создания общественных советов тоже сама по себе противоречива, но, на мой взгляд, должна реализовываться дальше, поскольку, являясь общественной по своей природе, имеет больше инструментов влияния на те отношения, которые скрыты за рамками правовых норм, отношения, которые развиваются вне права. Поэтому неформальные (в каком-то отношении) взаимодействия общественных советов, палат и контроль, который не носит государственного, официального характера, открытость информации, доведение этой информации до сведения общественности могут позволить сформировать практику, то есть наполнить имеющиеся пустоты некой идеологией. Здесь, безусловно, такая роль данных институтов представляется очень важной.

Хотелось бы в завершение отметить, что при правовом регулировании не следует забывать и про важные общественные

институты, нужно делать их союзниками идеологии, которая должна учитывать всю проблематику нашего существования и настраивать общество на экономическую и политическую эффективность. В этой связи необходимо уделить внимание тому, как развиваются институты общественного контроля, и предпринять действия для того, чтобы они существовали, с одной стороны, как эффективные контролеры и, с другой стороны, создавали некую идеологию и подправляли неформальную жизнь правовых норм и правовых институтов.

РАДЧЕНКО В.И.:

— У меня вопрос. Профессор Болотский, который, к сожалению, уже ушел от нас, считал, что теневая экономика является исключительно криминальной по своей сути и требует уголовно-правового подавления. Вы разделяете эту позицию или нет?

САЛЫГИН Е.Н.:

— По-моему, уже достаточно давно Эрнандо де Сото, Харт и другие представители экономической науки показали, что это явление всегда существует — как некий обязательный полюс формальной экономики. Другое дело, что теневую экономику можно делить на экономику собственно криминальную и иную, «серую» экономику, или, как это определял, например, Сазерленд, экономику, где существует беловоротничковая преступность. Можно приводить и другие примеры «серой» экономики, где мы действительно видим нарушения, но нарушения, которые происходят в легальной сфере, скажем, в связи с уходом от налогов. Или же это отношения, близкие к «белым», когда какие-то договоры, контракты не проходят нужной процедуры, не регистрируются. Это достаточно разветвленный сектор, где много действительно криминального, где есть и какие-то полукриминальные отношения, и масса других оттенков. Наверное, все цвета радуги можно было бы применить к достаточно сложной сфере теневой экономики, но для юристов таких цветов не существует — существует правомерное и противоправное. Эта оценка, безусловно, должна меняться, необходимо понимать логику экономических отношений, понимать, что для развития бизнеса, который должен существовать «вбелую», настолько высоки издержки, что он идет на какие-то «серые» схемы — это один вид правонарушения. Другой вид правонарушения, — когда вообще вне связи с правовыми нормами мы видим развитие каких-то отношений. Например, торговля оружием,

наркотиками — это совершенно другая вещь, это уже другая экономика, и здесь и подходы, и санкции должны быть иными.

НОВИКОВА Е.В.:

— У Эрнандо де Сото имеется деление на легальный, нелегальный и внелегальный секторы экономики. Применительно к России доля внелегального («серого») сектора, который он четко отличает от нелегального, у него составляет 50 процентов, то есть это определено даже более жестко, чем у наших статистиков.

ЯКОВЛЕВ А.А.:

— То, что говорилось до сих пор, это правильные вещи, с ними тяжело спорить, но хотелось бы понять, как двигаться дальше. Отсылки к книге Норта и его соавторов позволяют использовать подход, который они в этой работе развивали по проблеме насилия и социальных порядков, для того чтобы начать думать в этом направлении. Я отнюдь не идеализирую и не абсолютизирую такой подход. Это некое направление, которое само только развивается, и там есть много противоречий и прочих сложностей. Тем не менее, что существенно в подходе, который предлагаю и формулируют Норт и его коллеги? Они исходят из того, что насилие в целом играет очень большую роль в общественном развитии и с доисторических времен у активных членов общества всегда был выбор: можно было начать что-то делать самому, зарабатывать себе на пропитание, собирать ягоды, выращивать зерно, пасти скот, а можно было взять дубину, стукнуть по голове соседа и забрать все, что у этого соседа есть. Такой выбор был всегда. Еще в 1990 году в «Journal of Political Economy» была опубликована статья Баумоля¹, который считается классиком, теоретиком предпринимательства. Статья была про три типа предпринимательства, поделенного им на производительное, перераспределительное и разрушительное (или деструктивное). Базовая идея Баумоля согласовывается в принципе с написанным Нортом и его коллегами и сводится к тому, что в любом обществе есть активные люди и предприниматель (в широком смысле) — это человек, который что-то предпринимает. Это может быть человек, работающий в бизнесе, но может быть и человек, работающий не в бизнесе. Многие люди в госучреждениях что-то создают, они тоже

¹ Baumol W.J. Entrepreneurship: Productive, Unproductive, and Destructive // Journal of Political Economy. Vol. 98. No. 5. Part 1. (Oct., 1990). P. 893—921.

что-то предпринимают, то есть это могут быть и чиновники. В понимании Баумоля (он смотрит на проблему так же в историческом смысле, как и Норт), начиная еще с Древнего Рима, Греции, средневекового Китая развитие общества в значительной степени зависит от того, в каких пропорциях присутствуют эти три вида предпринимательства — производящее, перераспределительное и деструктивное. Например, в его понимании, младшие сыновья английских баронов, у которых не было доступа к наследству, занимались разбоем, но это был вполне доходный вид заработка, поскольку условия жизни в средневековой Англии этому способствовали. Он приводит любопытные сведения о соотношении доходов, дает примерные пропорции между доходами наиболее состоятельных представителей дворянства, купцов, которые занимались заморской торговлей, и производителей-ремесленников, у которых были мануфактуры. Соотношение между доходами купцов и ремесленниками было 3:1, то есть купцы зарабатывали в три раза больше, чем ремесленники, а дворяне имели доходы в 10 раз большие, чем купцы.

ФЕДОТОВ А.Г.:

— То есть грабить выгодно?

ЯКОВЛЕВ А.А.:

— Нет, это была некая общественная система, которая на этом строилась.

ГРИГОРЬЕВ Л.М.:

— Грабить всегда выгодно.

ЯКОВЛЕВ А.А.:

— Тем не менее о чем говорил коллега Шаститко и что подробно написано в книге у Норта? Из 200 ныне существующих стран примерно 25—30 смогли перейти к социальным порядкам открытого доступа. Здесь, может быть, и нет такой железобетонной границы, как описывается в книге, согласно которой есть порядки открытого доступа и все остальные. Переход на самом деле не столь жесткий и однозначный, но действительно, есть общества, в которых доступ к ресурсам ограничен в разной степени. И там и там есть элементы силового давления, но в других масштабах. Как и почему это происходило? Шаститко назвал эти три критерия — верховенство права, монополия на насилие, постоянно существующие

организации. Но при этом он не сказал существенную вещь: на самом деле это пороговые условия для перехода, причем начинается переход с того, что верховенство права возникает не для общества, оно возникает внутри элиты, когда элиты между собой договариваются — «господа, надо остановиться и начать отсчет с какой-то новой точки по новым правилам игры, когда мы сами соглашаемся, что мы будем эти правила соблюдать».

Мне очень нравится то, что здесь говорилось, но важно понимать: если мы говорим про верховенство права, то кто в нем заинтересован сегодня, и причем заинтересован во всех группах элиты? Надо понимать, что у нас есть неоднородность — везде. Это касается и бизнеса, потому что имеются те же рейдерские схемы. Да, их реализуют милиционеры, прокуроры и прочие силовики, но придумывают их очень часто предприниматели, потому что так проще заработать, чем строить завод или создавать новый бизнес. Но это вовсе не исключает, что есть предприниматели, которые пытаются честно работать. В отношении госаппарата то же самое: есть люди, которые живут на рейдерских захватах и на отбиании бизнеса, а есть — живущие по совести. Эта неоднородность у нас присутствует везде, и важно понять, если мы хотим реально изменить ситуацию, какой может выступить некая коалиция в поддержку более честных и более прозрачных правил игры, которые могли бы стать основанием для перехода к другим порядкам у нас в стране.

Пытаясь выделить этих агентов, было бы важным начать их объединять и учитывать их интересы, потому что перейти к другим правилам игры будет невозможно, если не будет носителей этих идей, которые должны реализовывать при этом свои интересы. Мое предположение сводится к тому, что, как это ни парадоксально, 2000-е годы, которые сейчас довольно скептически оцениваются по аналогии с застоем, тем не менее представляют собой период десятилетнего экономического роста и относительной социальной и политической стабильности, когда у довольно многих экономических агентов (и не только экономических) произошло удлинение горизонта интересов. Люди стали думать не только о том, что будет завтра, через 3 месяца или через полгода, но и о том, что будет через 5 лет, через 7 лет. На длинном горизонте гораздо выше вероятность того, что частные (личные) или групповые интересы начнут как-то стыковаться с интересами общественными, и люди, которые вышли в декабре на митинги, — это как раз те, кто в 2000-е годы смог что-то получить и как-то себя реализовать и которые хотят других правил.

На мой взгляд, при реализации проекта, который мы сейчас обсуждаем — я сейчас говорю в широком смысле, не только про книгу, — важно понять, как можно идентифицировать возможные группы поддержки. Причем это важно сделать для юридического сообщества, поскольку по поводу того, что происходит с бизнесом, есть много исследований, мы это более или менее понимаем. И даже в отношении госаппарата тоже какие-то исследования проводились, есть институты Клименко, Якобсона. А вот что происходит у нас сегодня с юридическим сообществом, включая и судей, и прокуроров, и милиционеров, и адвокатов, информации нет совсем. Я надеюсь, что у вас она есть, или, может быть, у вас ее больше.

Существует какой-то набор площадок, где эксперты (экономисты, социологи, политологи) общаются между собой. Наверняка есть площадки, где общаются эксперты-юристы, но общения между этими двумя широкими группами очень мало. Поэтому надо как минимум, чтобы возник диалог и проводился поиск «более здоровых», более долгосрочно ориентированных групп в юридическом сообществе, не только экспертном, но и том, которое принимает решения. Это нужно для того, чтобы, опираясь на них, понять, какие возможны переходные механизмы, потому что прямое внедрение того, что работает на Западе, у нас (мы это пытались делать в 90-е годы), как правило, проваливается.

Надо понимать, что все равно придется опираться на ту элиту, которая сейчас есть, к нам другая элита с Марса не прилетит. Ту же 20-ю статью Конвенции ООН о борьбе с коррупцией не случайно заблокировали в Думе, потому что если ее принять, у слишком большого количества людей не будет объяснения, откуда они взяли свои активы, имущество. Надо пытаться находить тех, кто при изменении правил игры согласился бы начать действовать по-другому, и, опираясь на них, пытаться внедрять новые правила, новые институты, постепенно заполняя какими-то плацдармами новые зоны регулирования.

ФЕДОТОВ А.Г.:

— У меня вопрос. А мы вообще понимаем структуру нашей элиты, в которой должны неким образом создать коалицию за право, назовем ее так?

ГРИГОРЬЕВ Л.М.:

— Структура элиты зависит от определения, потому что с политологами невозможно иметь дело, я замучился. Они все время

описывают горшки, но пустые: вот элиты такие, вот такие. Все очень красиво, вазы красоты немыслимой — но пустые. Я в феврале прошлого года ездил выступать в Сан-Паулу на международной конференции с докладом «The Quality of Democracy», сейчас International Political Science Association приняла мой доклад по Арабской весне и структуре общества. Люди анализируют — чтобы было понятно, чем занята мировая наука. Это важно.

Хотя в политологии еще 50—60 лет назад был понятен конфликт между элитой и демократией, он потом полностью исчез из профессиональной литературы. Ничего более лицемерного, чем политология, вообще придумать невозможно. Вы берете современную книгу о демократии, смотрите в индекс на букву «Э» и видите, что там на 143-й странице есть одно упоминание об элитах, концептуально — элиты нет. Открываешь книгу про элиты, ищешь на «д» в индексе — демократия, конечно, где-то упомянута, но опять вне контекста. Если начинаешь с политологами разговаривать — они все всё понимают, но принципиально, в головах, это разделено.

Как младший экономический барон я пересек границу с политологией, выкрал элиту как идею и перетаскиваю ее в политэкономию. Потому что без этого вы никогда не сможете рационально объяснить девальвацию в августе 2008 — феврале 2009 года. Девальвация в феврале была правильной с точки зрения более широкого консенсуса, хотя я слышу доводы макроэкономистов: надо было девальвировать с 1 октября 2008 года. Но нельзя было по другим соображениям. Экономисты отделяются от этого одним заявлением: «Это было политическое решение!» Что значит политическое решение? Что там лежало, какие интересы? Что там происходило?

То чем мы занимаемся — это проблемы элиты. Существует колossalное поле для анализа, почему элиты делают то и не делают этого, какие интересы это определяют. Мы начали к этому подбираться. Просто прошло еще мало времени. То, что мы обсуждаем, анализируется в экономической литературе, но это Норт, а не политологи делают!

Вопрос не в том, что нет идеальной системы. Речь идет о резком ограничении возможностей перераспределения собственности на следующем этапе. Элита должна защитить себя и, защищая себя, защитить интересы среды. А пока выигрывает не элита, поскольку там нет консенсуса, она раздроблена, а подэлиты или контрэлиты — деловые, прочие — используют эту ситуацию

для продвижения вверх себя и тем самым высасывают экономику, идет перераспределение вместо создания нового. А правила игры должны быть такие: с переделом уже все закончено, а заново — пожалуйста, что хочешь. Но тогда иди — строй.

ЖУЙКОВ В.М.:

— По поводу формирования элиты я вспоминаю рассказ одного предпринимателя, он пытался заниматься бизнесом в Швеции. Пока он занимался мелким и средним бизнесом, у него все великолепно шло, никто в его дела не вмешивался. Но как только он перешел эту границу, на него наехали так же, как у нас наезжают, по полной программе, со спецсредствами, с помощью власти. И все, и разрушили, он оттуда сбежал. Это к вопросу о том, как нам брать с них пример и следовать тому, как они там развиваются. У них огромное количество своих проблем.

ГРИГОРЬЕВ Л.М.:

— Вы совершенно правы. Это в переводе на обычный язык означает простую вещь — все элиты себя охраняют, им не нужна контрэлита, и они понимают, что появление крупного российского бизнеса с возможным потоком средств опасно для них — вы дали этому укорениться, другому укорениться, и у вас страну скупят через десять лет целиком изнутри, как скуплена половина собственности в Чехии или на Кипре. И вы становитесь (как бы это выразиться?) скандинавским вариантом Кипра. Конечно, они сопротивляются. У нас — наоборот. Мы мелкий бизнес задавили. У нас до этой проблемы еще далеко.

РАДЧЕНКО В.И.:

— Есть еще одно соображение. Насколько я понимаю, формирование элит шло либо напрямую из государственных людей, либо из людей, которые очень тесно были связаны с ними. Правильно? А когда приходит новое поколение тех же государственных людей, предыдущим-то куда деваться?

ГРИГОРЬЕВ Л.М.:

— Честно служить отечеству!

РАДЧЕНКО В.И.:

— То есть обслуживать уже сложившиеся элиты?

ЯКОВЛЕВ А.А.:

— Коллеги, то, что мы сейчас проходим, не есть уникальная история. Есть близкий к нам пример Нужно правильно понимать, что в свое время происходило в Штатах. В 1830 году президент Джексон, сегодня известный тем, что был большой демократ, основатель демократической партии, провел решение о всеобщих выборах для всех белых мужчин. До того могло голосовать только очень небольшое число зажиточных граждан. Но одновременно он сделал еще одну вещь. Он ввел так называемую «spoils system», по которой партия, выигравшая выборы в городе или в штате, получала возможность уволить с должностей практически всех чиновников и назначить своих ставленников. Это привело к фантастическим масштабам политической коррупции. У меня нет цифр по поводу того, какова структура нашей замечательной элиты. Вспомните конец 1998-го, начало 1999 года, когда элита испугалась. Да, не было реальной смены элиты, в итоге все сохранилось примерно как было. Но то, что произошло в августе 1998 года, и некоторые политические подвижки после этого напугали и стали стимулом к тому, что люди начали договариваться. В моем понимании, то, что произошло с налоговой системой, когда в 2000-м году сделали программу Грефа и за очень короткий период времени создали работающую систему с более-менее вменяемыми налогами. Это стало следствием того, что в 1998—1999 годах на разных площадках шло общение между ключевыми игроками, в режиме, когда люди из бизнеса говорили: «В вашей налоговой системе работать вообще нельзя. Все вчерную работают, неплатежи и все остальное — потому что эта система безумна. Ввели НДС в 1992 году, не понимая, что нет налогового администрирования. Потом ввели еще другие налоги». Им говорят: «Хорошо, мы снизим налоги, но тогда надо, чтобы вы начали их платить». Они говорят: «Хорошо, мы их начнем платить, но тогда надо, чтобы вы начали что-то делать, нужно навести какой-то элементарный порядок». «Хорошо, мы начнем наводить порядок». Это был вариант неформального консенсуса в блоке, касающемся налогов. И быстрая реализация реформы стала возможна не потому, что был очень хороший Греф или был хороший ЦСР, а потому, что были достигнуты базовые договоренности о новых правилах игры.

ФЕДОТОВ А.Г.:

— Но сейчас практика таких обсуждений отсутствует.

ЯКОВЛЕВ А.А.:

— Просто в той ситуации было давление, и это давление стало фактором, вызывавшем договоренности. О чем не договорились? Не договорились о собственности, потому что, извините, были разговоры в режиме встреч на шашлыках у Владимира Владимиоровича, когда было сказано: «Вы не вмешивайтесь в политику, а мы вас не пересматриваем в смысле приватизации». Но не определились, что есть политика. Допустим, природная рента — это вопрос политики или экономики? И поскольку все точки над «и» не поставили, потом все это поплыло, когда выяснилось, что государству нужны деньги, чтобы что-то делать. Сейчас снова ситуация, когда возникло давление. На мой взгляд, это определенный шанс, чтобы снова попытаться инициировать диалог между ключевыми представителями в элите, чтобы вынудить их отчасти о чем-то договориться. Здесь, с точки зрения экспертов, что важно? Важно, чтобы были прагматические и реализуемые лозунги на стороне тех, кто участвует в митингах, чтобы это не вылилось в чистые декларации. И одновременно надо пытаться искать вменяемых людей из разных элитных групп и пытаться вместе с ними выстраивать такие конфигурации, которые были бы проходимы с учетом существующей конфигурации элиты. Мы живем там, где мы живем.

НОВИКОВА Е.В.:

— Еще бы найти субъекта для этого диалога, особенно юриста.

ГРИГОРЬЕВ Л.М.:

— В 1999 году были условия для роста, потому что была дурацкая история с 6-рублевым долларом, а когда рубль рухнул, произошло автоматическое списание долгов компаний в рублях. Перед девальвацией, перед крахом мы с Евгением Григорьевичем сидели в рабочей группе, сочиняли, как выйти из ситуации. Там за несколько лет набежало недоимок и штрафов в два раза больше первоначального налогового долга компаний. При безакцептном списании была создана ловушка, автоматически исключавшая всякую нормальную работу. Только решив проблему с налоговыми долгами, мы вышли на рост. Сейчас стыдливо об этом забываем. Ведь что предлагалось: если ты заплатишь годовой объем всех своих доходов, то тогда тебя выведут из безакцептного списания. Это были минимальные уступки макроэкономистов и налоговиков, на которые они готовы были идти. А когда рухнул рубль, это все списалось в одну минуту. Потом пришлось додать тем, у кого не

было долларового экспорта. Это был мучительный процесс списания долгов.

ХЬЮГО БРАУЭР:

— Я работаю в качестве обозревателя, представляю голландское посольство и хочу сказать несколько слов касательно сегодняшней темы. Вы можете дать самый лучший совет, но вовсе не обязательно, что этот совет будет реализован на практике. Можно сказать, что совет уже был власти дан, потому что, в том числе и с вашим участием, были написаны замечательные книги с изложением позиций и с предложением путей решения проблем. На сегодняшний день самый главный вопрос, на мой взгляд, состоит в следующем: хорошо, все написано, все ясно, но как это должно быть реализовано? Последние события позволяют предполагать, в каком направлении все это может двигаться. Серьезные события произошли, и мне кажется, что начинается диалог между активным населением и властью о том, что же произошло на выборах. Это очень интересные события, и, по-моему, один из важных элементов происходящего — попробовать воспользоваться этой возможностью и, может быть, попытаться разбудить большую часть общества, которая еще на сегодняшний день спит.

НОВИКОВ И.А.:

— У меня вопрос к коллегам из нидерландского посольства. Насколько, по вашему мнению, проблемы, которые мы обсуждаем, свойственны для голландского бизнеса? Мы говорим о нескольких составляющих бизнеса, некоторые из них нас пугают. Бизнес на сегодняшний день состоит из нескольких элементов. Первый — это чистейшей воды уголовный элемент. Второй — это чиновники в бизнесе, которые участвуют в нем незаконно, поскольку в нашем законодательстве это категорически запрещено. Третий элемент — это недобросовестные граждане в бизнесе, которые преследуют совершенно ясную, порой противоправную цель, но еще не являются уголовным элементом. И последний элемент — это добросовестные предприниматели. Как вы видите, наличествует ли это в бизнесе Нидерландов? Если да, борется ли с этим государство или бизнес-сообществу самому предоставлена возможность регулировать эти проблемы?

ХЬЮГО БРАУЭР:

— Ситуация в Нидерландах отличается от российской. Конечно,

состав бизнес-сообщества в Нидерландах существенно иной. Эта проблема для Нидерландов, наверное, не стоит так остро, как у вас. Проблемы, конечно же, есть. Например, в связи с повышением нелегальной иммиграции в Нидерландах экспертное сообщество неоднократно поднимало этот вопрос, но правительство проблему замалчивало, доведя ее состояние до кризисного, когда пришлось принимать меры, которые, возможно, не всеми были приняты. То есть имеется аналогичная проблема — проблема коммуникаций между экспертным сообществом и правительством.

ЯСИН Е.Г.:

— Мы живем в России в своеобразной, очень тревожной ситуации: экономический рост и, на мой взгляд, развитие страны вообще возможны только в том случае, если во взаимоотношениях между основными элементами социума — бизнесом, обществом в широком смысле и государством (или бюрократией) будут установлены отношения доверия. Если этого нет, нормального бизнеса не будет. Он будет вывозить капитал, работать в пол силы и так далее, и это очень тревожная ситуация. Я хочу обратить внимание: повышение доверия и рента от нефти — это разные вещи. Доверия гораздо труднее добиться, и оно связано с очень простой вещью — мы должны выстраивать легальные отношения. Мы должны делать так, чтобы люди знали: они в некоторой ситуации могут рассчитывать на то-то и то-то. Это надежно. Рассчитывать не на людей, а на правила, на институты. Это значит, что возможность «рассчитывать на людей», я имею в виду — заплатить деньги или воспользоваться связями, не даст ничего.

Принципиальный вопрос — введение, выстраивание институтов. Юристам ближе было бы сказать «законов», но это не идентично, потому что законы — это одно, а ощущение, восприятие того, что можно на что-то рассчитывать, и что иным способом нельзя — это другое. Я могу привести пример, это существует не только в экономике и не только в сфере законодательства. Возьмем единый государственный экзамен, из-за которого спорит общество. Общество говорит: «Все, это нам не надо, немедленно отменяйте». О чём идет речь? Единый государственный экзамен — это правило. Это правило, единый и независимый порядок тестирования. Спор о том, как организовать этот порядок тестирования, никого не интересует: «Отменяйте, мы хотим, чтобы все осталось, как раньше». Когда мы говорим о нашей власти и чиновниках, то это звучит по-иному: «Независимый суд — это не ЕГЭ,

ЕГЭ можно отменить, а независимый суд должен быть». Но это — то же самое введение правил. Вы согласитесь потом с тем, что не можете дать взятку судье, согласитесь ли судья?

Следователь вызывает несчастную Трифонову¹ и говорит: «Дай признательные показания, и я тебя отпущу, или если не дашь, я тебя сгною». Когда Трифонова умерла в камере, после этого для него и для всего сословия следователей возникает необходимость сохранения лица и защиты «чести мундира». Начинаются потоки лжи. Это порождает острые конфликты между различными слоями общества и не позволяет нам никуда двигаться. Никуда. Мы должны понять, насколько важен диалог во взаимоотношениях между бизнесом и правосудием.

В книге, на которую обильно ссылались Андрей Евгеньевич и Андрей Александрович (мне она тоже очень нравится), есть понятие «переход к безличным отношениям». Правила — это безличные отношения. Мы живем еще в старом обществе, в советском, где вопрос знакомств, блаты был все, а закон был — ничто. Вернее, его использовали те, кто имел возможность, располагал властью. Мы получили режим, который пользуется теми же инструментами. Но сейчас такой момент, когда мы должны понять: это безличное отношение, правила игры, верховенство права (как угодно называйте) — все одно и то же. Вопрос в том, что должны быть нормы, которые воспринимаются всеми. Если не всеми, то 90 или 95 процентами. Как сделать так, чтобы это воспринималось всеми? Я боюсь, что нам пары толстых книжек не хватит, чтобы это произошло... Я в большей степени полагаюсь на Леонида Васильевича Никитинского и его коллег, потому что это должна быть масированная кампания.

МОРЩАКОВА Т.Г.:

— В СМИ?

ЯСИН Е.Г.:

— Конечно, Иначе это трудно реализовать. Почему это важно именно сейчас? Если бы я завел такой разговор год или даже пять месяцев назад, у меня были бы гораздо более пессимистические настроения. Но сейчас обстановка в стране изменилась, и демократизация возможна только до президентских выборов, а потом

¹ Предприниматель Вера Трифонова была обвинена в мошенничестве и заключена под стражу, умерла в следственном изоляторе «Матрёсская Тишина».

или опять постепенно закрутят гайки, или общество сможет не дать это сделать. Это зависит в том числе от нас. Если мы будем что-то писать, мало просто излагать свои идеи, важно сделать так, чтобы осознание этих вопросов начало проникать в общество. Мы попытались собрать на симпозиуме в Высшей школе экономики людей из разных слоев, но не вышло: пришли только предприниматели и учёные. Может быть, нам нужно организовывать отдельные обсуждения, чтобы дать возможность людям высказаться?

Должно произойти какое-то изменение общественного сознания. Это очень важно. И важно использовать тот момент, который сейчас есть, потому что реально наша власть проиграла выборы. По моим оценкам, она получила примерно 35 процентов. 65 процентов проголосовали против. Они это знают. Может быть, цифры еще хуже, иначе бы они себя так не вели. Но надо использовать момент. Почти из каждой, казалось бы, тупиковой ситуации можно найти выход. Здесь важны переговоры, важно общение и восприятие идей. Сознание меняется, мы это увидели 4 декабря. Может быть, я приукрашиваю ситуацию, но она довольно сильно изменилась.

МОРЩАКОВА Т.Г.:

— Очень интересно и необычайно поучительно все то, что мы можем собрать в одну корзинку, услышав от разных интересных и оригинальных, я бы сказала, творческих, не говоря уж об уважаемости, личностей. Я перерабатываю этот материал для себя и думаю, что, может быть, эта переработка имеет какое-то значение для нас всех. Потому что хочется, исходя из задач этого круглого стола, привязать то, что мы все вместе пытаемся осознать, к тому, что мы можем в рамках этого проекта делать.

Для меня совершенно ясными являются тезисы, которые, может быть, могли бы признаваться и как аксиоматические. Но то, как мы начали обсуждение, показало, что они не так аксиоматичны, как хотелось бы: мы к ним, может быть, только в конце дискуссии приходим. Первый тезис, который кардинален для нашего проекта, — это тезис о том, каково соотношение верховенства права, государства, бизнеса, личности. Без этого соотношения невозможно построить ни план действий, ни разрабатывать стратегии, прогнозы, ни изучать ситуации — нужно все время ориентироваться на эти составляющие.

Мне хочется сказать, что юридическое сообщество вызывает справедливую критику. Оно немного непонятно, иногда странно

себя ведет, начинает обсуждать проблемы только своего собственного уровня, не выходя наверх, я бы сказала, к проблемам политическим, не уходя вниз, к проблемам, которые составляют базис, которые, хотим мы того или нет, являются основой развития общества, а это — экономика. Поэтому обсуждения мы можем проводить очень разные, может быть, интересные с точки зрения юриспруденции, это может быть закон о нормативных актах, это может быть вопрос о расширении социологии в сфере правовых исследований — это все имеет право на существование и представляет собой действительно интересный предмет науки. Но это одно не даст решения проблемы. Чтобы понять, в чем лежит решение с позиции соотношения власти, права, экономики и личности, чтобы как-то скрепились эти четыре элемента во взаимодействующее единство, а только в определенном гомеостазе между этими явлениями может, очевидно, происходить развитие — для этого, наверное, нужно не заниматься чисто правом, чисто экономикой и даже чисто политикой и тем более чисто социологией, а нужно выходить на синтез этих явлений.

Почему приоритетом нашего проекта, является, с моей точки зрения, соотношение права и экономики? Я могу это объяснить. Вообще я самый, я бы сказала, упорный адепт того, что главная ценность — это личность. И в этой конструкции соотношения права и экономики как будто бы она не видна. На самом деле, это не вполне так, просто то, как описали ситуацию наши эксперты, ясно показывает, что для обеспечения ситуации, когда власть будет подчиняться праву, должны быть использованы какие-то механизмы, и нам их нужно искать. Такие механизмы не задаются только одним таким очень важным и приоритетным направлением, как обеспечение признания личности высшей ценностью. Почему? Потому что личность — это всегда нечто индивидуальное. Оказывается, что она сама по себе и — собственно, это основная идея, лежащая в основе создания государственной власти, — не способна решить все свои проблемы. Значит, следует искать какие-то более мощные и объединяющие большие группы интересов структуры, я пока не говорю об институтах, которые могли бы решать задачу, скажем так, обуздания власти. Мне кажется, что бизнес-сообщество и экономика в целом — это объективная характеристика необходимого развития любого общества, которая, может быть, наиболее эффективно будет воздействовать на власть. У нее для этого есть определенные ресурсы, общественные структуры и общий интерес, который будет выступать как двигатель

развития. Я это говорю для того, чтобы подчеркнуть один момент. Все, что связано с улучшением, изменением, трансформацией отношений между бизнесом и властью, есть то, что непосредственно призывает в эту область инструментарий права, и в то же время, это необходимое условие для того, чтобы право стало защищать не только бизнес, но и личность. Мы не забываем этой цели. Вроде бы соотношение (я не знаю, элит или еще чего-то) складывается так, что прежде всего в этих двух составляющих — праве и экономике — должны быть запущены процессы взаимосогласования. Это представляется важным.

Необычайно интересный вопрос, связанный с тем, удастся ли организовать взаимодействие экономики и права с целью выработки какой-то стратегии, позволяющей надеяться вообще на развитие общества, — это вопрос среды. Ее оценивают по-разному, и все оценки пессимистические. Но мне кажется, что не те ее аспекты, которые часто рассматриваются как среда, могут теперь определять взаимодействие и развитие права и экономики. Среда — это все-таки не только то, что социологи называют колеей. Среда — это не только то, что обозначается как смежные институты, когда один институт не дает развиваться другому. И что я совершенно, хотя это может показаться странным, отрицаю, это то, что негативное влияние среды связывается с общественным правосознанием. Я не говорю о юридическом правосознании и не говорю о правосознании элит. Все-таки среда — это то, что может оказывать воздействие. И здесь появляется какой-то новый шанс. Мы понимаем, что среда, в которой живут и право, и экономика, и государство — это очень большое пространство общественных отношений и взаимодействия, и она может оживиться. Необходимо искать пути, которые можно предложить в этой оживившейся, скажем условно, обстановке, в обстановке сколько-то, чуть-чуть, очень немного еще разбуженного гражданского общества. Мы можем предложить какие-то инструменты, исходя из, если хотите, правовых наработок.

Если говорить, допустим, об активном общественном движении, то важно, на какие лозунги оно ориентируется. И среди этих лозунгов должны быть лозунги правовые в первую очередь. Именно с такой точки зрения важна разработка такого проекта, который вынесен на обсуждение на этом круглом столе: какими должны быть эти правовые лозунги? Они должны быть обращены к праву как к стимулу развития экономики, потому что без этого вообще нет никакого развития. Имея в виду такие стимулы, можно и

нужно начинать с того, что экономику нельзя уничтожать с помощью уголовной репрессии. И общество это должно осознавать. Мне кажется, что это происходит, когда выдвигаются лозунги, касающиеся, допустим, освобождения политзаключенных, формулируются требования, связанные с ограничением произвола власти. Это касается и избирательного законодательства, которое так волнует сейчас людей именно как средство, способствующее или препятствующее ограничению произвола власти.

Теперь о том, кто есть договороспособные стороны в этом процессе. Замечательный тезис, он мне очень нравится, — те, кто имеет сейчас власть, должны осознать, что их способность договариваться с обществом и необходимость добиться определенного консенсуса, пойдя на определенные уступки, есть условие и способ легитимного выживания. Надо при этом согласиться с тем, что такой консенсус можно рассматривать как способ не сохранения нынешней власти в ее неприглядном сегодняшнем виде, а как способ выживания той власти, которая, меняясь, идя на уступки, будет признана обществом. Потому что в другом варианте — деструктивного развития — совершенно не исключается, что протестные силы могут вообще надолго похоронить идею законной власти и верховенства права, что, конечно, было бы катастрофой и чему должны всячески сопротивляться именно те, кто понимает ценность права. В этом — значение юридической науки, я не хочу сказать «юридической практики», потому что практика сейчас не отвечает тому, что она должна была бы собой представлять. Пока никак нельзя ограничиться обсуждением того, какую роль может играть в государстве закон. И Юрий Александрович Тихомиров очень ясно сказал, и Евгений Николаевич Салыгин совершенно ясно сказал: не могут сейчас ничего сделать законы. Поэтому должны меняться идеи, которые лежат в их основе, не масса законодательства и не иерархия актов, а какие-то основные идеи.

Наш проект такие основные идеи предлагает. В чем заключается одна из этих основных? Это идея защиты собственности, без которой невозможно ни развитие экономики, ни развитие личности. Вторая идея, которую я бы предложила, и мы тоже о ней уже давно говорим, это усиление общественного контроля за теми процессами, которые происходят. Если говорить о возможности и необходимости как-то менять среду и как-то положительно стимулировать ее развитие в направлении обеспечения господства права, а не власти, то необходимо стимулировать общественные институты в этой среде. Потому что нет другого устройства,

позволяющего донести до власти, если хотите, общественное неудовольствие. И это произошло на глазах у всех, так сказать, на глазах у изумленной публики, совершенно эффективно.

Общественные институты, которые должны развиваться, могут быть очень разными. Главное, чтобы их было много, чтобы они шли, как говорят немцы, не от здорового народного чувства, потому что оно может быть не очень здоровым и не очень высокодостойным — могут проявляться низменные инстинкты, господствующие в этом здоровом народном чувстве, а хочется, чтобы в общественном движении господствовали идеи. Идеи, освященные правом, освященные верховенством права. И насаждать их — конечно, дело юристов. Здесь упоминались и общественная экспертиза, и формы парламентского контроля, которые у нас не развиты. Есть много институтов, которые могут быть сейчас поддержаны обществом, это и институт независимых парламентских расследований, и институт независимых прокуроров, потому что в само слово, в этот термин, в это понятие «прокурор», «прокуратура» надо вкладывать уже другое содержание.

И самое сложное во всем этом, по-моему, найти то звено, за которое можно вытягивать всю эту цепь. Что делать, приходится к классикам обращаться. Я вспоминаю мысль молодого Маркса, написавшего в свое время хорошие слова, которые могут быть очень актуальны для нас, он написал скромно тогда, по молодости: «Я вообще не думаю, что личности должны служить гарантиями против законов; я, наоборот, думаю, что законы должны служить гарантиями против личностей»¹. Это как раз те самые правила, о которых говорит Евгений Григорьевич, и это правила, которые должны быть универсальны. Властные структуры пока не могут обеспечивать соблюдение этих правил. Мы не можем на это надеяться. И следователь, который мучил Магнитского или Трифонову, и, в конце концов, все те люди в правоохранительной системе, которые их убили, действовали так не просто потому, что у них был приказ начальства. Они действовали потому, что у них был собственный, простите, карманный интерес. Они защищали себя и источник своих доходов. Неважно, заключался он в коррупционных вещах или просто в государственной зарплате, связанной с их положением. Они защищали это. Поэтому я думаю, что именно здесь более широкое вмешательство общественных

¹ Маркс К. Дебаты по поводу закона о краже леса // Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения. Т. I. М., 1955. С. 140.

институтов и структур в сферу власти и в сферу права совершенно необходимо.

Верховенство права мы не должны воспринимать как очень общий и очень высокий лозунг, и ни в коем случае это не должно сводиться к тому, что должны соблюдаться законы, потому что и законы нехороши, и те, кто применяет их, тоже нехороши. Я в этой области более бы обращала внимание на одно слово, одно из знаковых, которые сегодня прозвучали, и которое мне кажется очень важным. Слово это — «стандарты». Стандарты в области защиты личности, стандарты в области защиты экономики, стандарты в области регулирования, стандарты в области поведения власти и элит. Здесь, мне кажется, нам очень важны иностранные практики. Потому что мы, конечно, сами их изучаем, но гораздо эффективнее, когда их доносят до нас не только теоретические работы, которые мы можем читать, но и знатоки практики. Поэтому мне хотелось бы, чтобы наш проект помог нам объединить еще и усилия представителей разных стран и государств, чтобы стандарты в тех областях, которые нас интересуют, действительно могли бы быть нами освоены в более полном масштабе.

Применительно к закону о законах (и я уже как-то говорила об этом в юридическом сообществе) вопрос стандартов содержательно важен, так как в основе многих актов отраслевого регулирования, которое мы имеем, в том числе и касающихся отношений собственности, экономической, предпринимательской деятельности, лежат, к сожалению, наши собственные внутригосударственные, «для внутреннего пользования», представления, а не те общепризнанные стандарты, которые уже имеются. В конце 90-х годов (я тоже склонна оценивать эти годы не так, как у нас привыкли характеризовать их, в разряде «ах, они такие лихие!», все, что мы имеем, я считаю, нам дали эти годы) изучение стандартов в области всех видов регулирования, то есть в области выработки правил, было в определенной степени приоритетным направлением. Оно забыто. И мне кажется, это надо возродить.

НОВИКОВ И.А.:

— Я думаю, что в этом ключе проблематика различных аспектов подавления бизнеса — это наша тема. У нас структура бизнеса очень интересная. Те вопросы, которые мы сейчас обсуждаем, наверное, в первую очередь должны волновать чиновников, потому что они, пожалуй, как никто другой вовлечены в вопросы бизнеса. Тот факт, что бизнес криминализован — ситуация естественная,

и никуда от этого не уйдешь. Действительно, бизнес на сегодняшний день представлен совершенно разными элементами. Есть чистейшей воды уголовный элемент, есть чиновничий бизнес или, скажем, полууголовный, потому что он полулегальный, есть откровенно недобросовестные субъекты в предпринимательстве, но есть и добросовестные. Бизнес во всем мире — это саморегулирующаяся система. Для страны, в которой очень трудно обеспечить работой граждан, нет другого способа выживания, кроме самоустройства, самотрудоустройства. Поэтому ситуация может быть исправлена только увеличением критической массы бизнеса, который и создаст условия для формирования его добросовестной части. Бороться с этим юридическими средствами, тем более средствами принуждения, очень трудно, да и ни к чему это не приведет, кроме дополнительных злоупотреблений.

Очень важен вопрос о правоприменителях и правоприменении. Речь идет о подготовке юристов и экономистов с современным образом мышления. А я бы говорил об обыкновенном ликбезе. Если это невозможно сделать на уровне обязательных программ университетского или институтского образования, то необходимо введение специальных учебных дисциплин, когда у преподавателя не будет возможности отступить от сути предмета и преподавать его каким-либо иным образом, чем это предполагается. Здесь упоминались работы ученых прошлого, одним из таких обязательных предметов мог бы стать, например, семинар по книге Чезаре Беккариа, работы которого положены в основу уголовно-правовых, гражданско-правовых и в целом юридических систем в европейских государствах. Если организацию подготовки новых кадров оставить без изменения, система неизбежно будет генерировать себе подобных, и те же самые проблемы, которые стоят сегодня, будут мультилицироваться и в завтрашнем дне.

Мы обсуждаем основополагающие моменты, которые определяют позитивное развитие вперед. Много про это говорить не нужно, эти вопросы давно определены. Есть, наверное, несколько принципиальных моментов, чрезвычайно важных для любого государства. Первый вопрос — это вопрос о наличии независимых средств массовой информации. Есть ли они в России? Вопрос. Это вопрос равенства всех перед законом, независимо от того, какой пост кто-то занимает или какое имущественное положение то или иное лицо имеет. Важнейшим элементом является общественный контроль над властью, причем в условиях естественного разделения властей. Есть ли это в России? Большой вопрос. Я думаю, что

традиционного и гарантированного Конституцией разделения властей в России просто-напросто нет. Контроля, который не позволил бы той или иной власти творить все то, что ей хочется, тоже нет.

Я хотел бы перейти к вопросу об общественных комиссиях, общественных расследованиях и о том законе в этой сфере, который имеется в Российской Федерации. Первое впечатление: любой закон может быть написан разными способами. В России он написан настолько своеобразно, что порождает много вопросов и серьезную критику. Почему? Потому что столь важному инструменту публичного контроля выбили все зубы, и этот закон просто-напросто не применяется, не работает. Здесь упоминалось о комиссиях по независимым расследованиям, которые известны всему миру, кроме нас. Но ни одна комиссия в России по такому закону эффективно работать не сможет, она просто не может быть нормально сформирована, будет не в состоянии сделать публичными результаты общественных расследований. Почему это происходит? Потому что всегда возникает интерес в праве. Представим на одну минуту: «Единая Россия», которая имеет большинство в парламенте, понимает, что она пришла не навсегда, а на время. Как вы думаете, какой закон она напишет и примет? Такой, чтобы, независимо от того, кто придет после, защищал общественно значимые, общественно важные институты, или такой, который защищал бы представителей этой партии, когда они окажутся вне власти? Давно уже пора понять, что цивилизованный человек не хочет жить в государстве, где все зависит от конкретного лица, от власти, а управление обществом и экономикой осуществляется в ручном режиме. Должна быть создана такая система сдержек и противовесов, которая будет нормально функционировать, в интересах общества, независимо от того, кто придет к власти.

Если мы вернемся к Закону о парламентских комиссиях и попробуем в нем разобратьсяся, то следует сказать вот о чем. Статья 4-я Закона определяет предмет парламентского расследования в Российской Федерации. Что можно расследовать? «Факты грубого или массового нарушения гарантированных Конституцией Российской Федерации прав и свобод человека и гражданина». Замечательно. Что расследовать нельзя? Перечень состоит из трех пунктов. Нельзя расследовать деятельность президента, деятельность суда по осуществлению правосудия, деятельность органов дознания и органов предварительного следствия. Этот факт очень показателен, и он является тем элементом, который серьезнейшим образом ограничивает возможности функционирования данного

публичного института. Это первый момент. Второй момент. Прописанный в законе механизм реализации инициативы таких расследований настолько дефектен, что назначить парламентские слушания практически невозможно даже тогда, когда нарушаются и те пункты, которые предусмотрены законом. Например, пункт первый: «факты грубого или массового нарушения гарантированных Конституцией Российской Федерации прав и свобод человека и гражданина». Если отвлечься от ситуации, связанной с митингами и другими формами общественного протesta, зададимся вопросом, насколько массовыми являются, к примеру, сообщения о нарушении гарантированного избирательного права? Ответ ясен. Это — массовые сообщения о массовых нарушениях. Прав ли тогда президент, поручивший расследование этих безобразий председателю избирательной комиссии господину Чурову и генеральному прокурору господину Чайке? Неслучайно на следующий день господин Чуров заявил о том, что никаких нарушений не было. А господин Чайка сказал, что и в его ведомстве ничего не нашли.

РАДЧЕНКО В.И.:

— Два дела возбудили.

НОВИКОВ И.А.:

— Это — две капли в море. Но проблема-то даже не политическая. В течение недели средства массовой информации или, скажем точнее, большинство публичных центральных средств массовой информации умалчивают о происходящем. Вопрос: насколько это является нарушением Конституции? Ответ: с юридической точки зрения это нарушение прав граждан на информацию, на свободу слова. Расследуется ли это? Нет, не расследуется.

Каковы цели и принципы парламентского расследования? Обеспечение контроля за деятельностью власти, правительства. Во все-услышание премьер, лицо, которое не выбирается, говорит, что будут затрачены многомиллионные суммы из государственного бюджета, чтобы установить видеокамеры как техническое средство контроля за выборами. Давайте попробуем понять, почему так происходит. Кто инициирует этот вопрос, и имеет ли он право это делать? Кому поручается проведение этих работ? Возможно ли их финансирование без проведения тендера? В любом цивилизованном государстве, где существуют институты парламентских слушаний, расследований и независимых комиссий, эти факты были бы расценены как вопиющие и наверняка стали бы предметом про-

ведения публичного расследования. У нас же этого не происходит. Почему? Ответ ясен.

Возникает другой вопрос: кто и в чьих интересах пишет законы? Ситуация с этим сложилась весьма интересная. Законы пишет (разрабатывает) не парламент, хотя именно он формально обладает исключительными полномочиями в этой области. Кто пишет? В основном работники администрации, министры — «люди неконституционные», то есть те, которые не избраны народом и не наделены должным правовым статусом. Теперь посмотрим, кто эти люди, из какого состава они назначаются? Назначаются ли они из выдающихся профессионалов, учитывается ли при этом расклад реальных сил в обществе? Конечно, нет. Тогда складывается следующая ситуация: одна политическая группа, прийдя к власти, пишет законы под себя, не учитывая общественного интереса и вне общественного контроля. Возникает целая цепь конституционных правонарушений, ни по одному из которых не ведется и никогда не проводилось расследование. Я говорю это не с позиций политической или идеологической критики, а только с точки зрения закона.

Что касается невозможности проведения расследования. Закон должен регулировать весь комплекс проблем, которые происходят вокруг нас, и предотвращать возможное негативное развитие последствий вопреки публичному интересу. Между тем, Законом о парламентских расследованиях по непонятным причинам запрещено осуществлять расследование деятельности президента Российской Федерации. Вспомним скандал, в который был вовлечен президент США Билл Клинтон по поводу отношений с Моникой Левински. Ведь конфликт возник не из-за сексуальных отношений, а из-за того, что президент солгал относительно имевшего место. Было проведено расследование, которое расставило точки над i. У нас же можно безнаказанно лгать на каждом шагу.

ФЕДОТОВ А.Г.:

— Нет, там было тоныше. Когда Клинтона спросили, имел ли он сексуальные отношения, он, будучи искушенным юристом, задал встречный вопрос: «Что вы в это понятие вкладываете?» И когда ему изложили, что под этим понимать, он ответил отрицательно. Потому что то, что он делал, перечислено не было.

НОВИКОВ И.А.:

— Это очень важная тема. Потому что вопрос лжи в публичной политике — это вопрос доверия общества этому политику. По

идее, если доверия нет, политик теряет лицо и уходит в небытие. У нас же проблемы возникают у обманутых. А импичмент президенту Никсону? Тоже скандал, но и пример реакции власти на результаты независимого журналистского расследования.

РАДЧЕНКО В.И.:

— Это не просто скандал, это в чистом виде преступление.

НОВИКОВ И.А.:

— Да, в чистом виде должностное преступление. У меня вопрос. Нам известно, что прослушивались личные телефонные разговоры отдельных политиков, например Немцова. Проводилось ли расследование по этим фактам? Ведь любой из нас может оказаться в подобной ситуации.

ФЕДОТОВ А.Г.:

— Это преступление, независимо от того, с кем это произошло.

НОВИКОВ И.А.:

— Абсолютно точно. Далее. Что еще запрещено парламентским комиссиям? Нельзя проводить слушания касательно деятельности суда по осуществлению правосудия. Что значит «деятельность суда по осуществлению правосудия»? Это деятельность суда вообще и по конкретному делу в частности? А если речь идет о непрофессионализме, причем непрофессионализме судей всех уровней, то есть о какой-то системной ошибке в формировании судов, в контроле за судами? Должно ли это являться предметом общественного расследования? Нормальный ответ: конечно да. Но у нас — нет.

Следующий запрет — рассмотрение деятельности органов до-знания и предварительного следствия, осуществляемой ими в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством. Почему нельзя проводить такие расследования? Мировая практика, напротив, свидетельствует о необходимости независимых расследований именно в этой области. В этой связи у меня сложилось впечатление: наша юридическая мысль (я имею в виду общую систему координат всего постсоветского пространства) живет абсолютно автономной жизнью, в отрыве от запросов общества и жизненных реалий. Мы видим проблему, знаем, как ее решить, но для этого не просто ничего не делается, закон, ограничивая и практически сводя на нет этот важный общественный институт, работает вопреки и против интересов общества. Мне кажется, наша группа

могла бы предложить ясные и четкие изменения в этот закон, чтобы сделать его нормально функционирующим инструментом общественного контроля, постоянного, строжайшего, вне зависимости от того, о какой персоне и ветви власти идет речь, с тем чтобы этот институт успешно работал на благо всех.

ЛАФИТСКИЙ В.И.:

— Я хотел бы вернуться к тем словам о крушении права, которые прозвучали в начале нашего заседания. Очевидно, Сергей Сергеевич Алексеев имел в виду не только законодательство, но и другие проявления права, и судебную практику, и юридическое образование, и правовое сознание, правовую культуру в целом. Об этом сегодня много говорили. В частности, Юрий Александрович Тихомиров говорил о дефектах нашего законодательства. Здесь звучали слова о том, насколько дефектна наша судебная практика, насколько искажено наше правовое сознание. Приводить такие примеры можно во множестве. Но полагаю, их достаточно, чтобы поставить диагноз: наше право стало действительно очень уродливым во всех своих проявлениях.

В этой связи следует задать вопрос: о верховенстве какого права или о верховенстве каких проявлений права мы можем говорить сейчас? Это необходимо сделать, чтобы у нас не было разнотечений и противоречий в предмете наших дебатов.

Следуя Фоме Аквинскому, написавшему фантастическую книгу «Сумма теологии», в которой, по сути, изложены основные положения современного западного права, я назову право «суммой» правовых проявлений. Я их обозначил: законодательство, судебная практика или правоприменительная практика в целом, правовое сознание, правовая культура и т.д.

Необходимо это большое, очень уродливое дитя второго десятилетия XXI века каким-то образом исцелить. Сделать это крайне сложно. Мы выбрали самую важную ключевую тему влияния права на экономическое развитие и соответственно влияния экономики на право. Это правильный выбор, поскольку надо всегда начинать с главного, а экономика — это и есть самое главное.

Все мы родились в марксистко-ленинской колыбели (я имею в виду тех, кто здесь присутствует). Поэтому много знаем о том, какую роль играет экономика. Но мы очень мало знаем о том, какую роль играет право. А оно обладает силой не менее значимой, не менее мощной, чем экономика. И эти силы очень тесно переплетаются.

Что же все-таки право может дать экономике? Прежде всего, оно не должно препятствовать ее развитию. При этом неважно, обладает право свойством верховенства или нет. У нас была очень жесткая дискуссия в прошлом году, когда обсуждались проблемные вопросы новой редакции Гражданского кодекса РФ. Выяснилось, что работающие над ее текстом цивилисты решили закрыть перечень организационно-правовых форм юридических лиц. За чертой «классических» форм оказались такие структуры, как Центральный банк, Российская академия наук, Агентство по страхованию вкладов и т.д. Мы предложили ввести новую категорию юридических лиц публичного права, поскольку без этой категории не обойтись. Существует очень много структур, которые никак не могут быть приравнены к акционерным обществам либо к обществам с ограниченной ответственностью, либо к каким-то некоммерческим организациям. У них особая правовая природа. Они могут сочетать и коммерческие, и некоммерческие функции. Но все наши дискуссии упирались в одно решительное субъективное неприятие нашими оппонентами самой жизни. Судя по всему, авторы новой редакции Гражданского кодекса считают, что они могут создать такие юридические конструкции, такой кодекс, который заставит всех жить так, как им хочется. Не получится.

Я хотел бы привести в пример кодекс Наполеона 1804 года. Есть воспоминания Порталиса (одного из основных авторов французского Гражданского кодекса), который рассказывал о том, что перед ними стояла одна задача — посмотреть, что происходит вокруг, изучить обычаи, которые уже действуют в течение многих поколений, и сделать Гражданский кодекс непротиворечивым. И появился Гражданский кодекс Франции, на который все ссылаются и который действительно надо изучать нашим школьникам — не в ныне действующем виде с многочисленными поправками, а в том виде, в каком он появился под надзором Наполеона из-под пера Порталиса и других авторов. Это был кристально чистый документ, не замутненный посторонними конструкциями, дополнениями и исключениями, очень ясный текст, который не ограничивал свободу экономической деятельности. Поэтому французская экономика, буржуазная экономика стала развиваться так быстро. Наш Гражданский кодекс, по-моему, начинает сдерживать развитие экономики Российской.

Другой пример. Ясно, что наша экономика обескровлена без денежных средств. Они до нее не доходят. Наш героический министр финансов, как утверждали — самый лучший министр

финансов, — разве он дал возможность развиваться нашей экономике? Нет, все было зажато. И что это нам дало? Инфляция была низкой? Нет, она была такой же высокой, как и раньше. Причем едва ли не самой высокой в Европе, несмотря на все эти меры по ограничению объема денежной массы. А чем это закончилось? Тем, что многие предприятия были обанкрочены. Во многом это стало следствием недостатков нашего законодательства.

Другая, тоже правовая, проблема. Почему из нашей страны был выпущен огромный вал денег, допущено массовое бегство капиталов? Здесь, в стенах этого института, в 2003 году обсуждались две программы. Одна программа — по либерализации валютного контроля и валютного регулирования, которую вел Бендукидзе, представлявший РСПП. Я, в свою очередь, представлял другой документ о репатриации российских капиталов, о жестком валютном контроле и регулировании. Принятие таких мер было необходимо, потому что экономика задыхалась, потому что ей пережали главную артерию, через которую и циркулируют денежные средства. Но эти предложения восприняты не были. В результате деньги, которые могли бы работать на нашу экономику, работали на экономику других стран. Таких примеров правовых решений, препятствовавших развитию экономики, можно привести множество.

Да, право должно направлять развитие экономики. Еще с марксистско-ленинских лет мы привыкли считать, что право (и прежде всего Конституция) отражает действительное соотношение сил в классовой борьбе и что право может отражать только реально существующие правоотношения. Но это не так. Право в основном — это проекция будущего, а не отражение прошлого. Это тот мост, который соединяет прошлое с будущим. Если он построен правильно, по правильным чертежам, значит, будущее будет. Если он обрывается над пропастью, значит, будущего для нас не будет. Это надо знать. Иначе не понять, каково влияние и значение права как такого. А об этом у нас забывают. Итак, первая функция права — это моделирование экономического развития.

Следующая функция права — обеспечение экономического развития. Посмотрите, как развивалась, например, Финляндия в конце 1970-х годов. Тогда в этой очень небогатой стране стали смотреть, во что нужно вкладывать деньги, какие административные барьеры необходимо устраниć, чтобы экономика Финляндии стала передовой. Эту задачу решили. Было несколько крупных инвестиционных проектов с участием Академии наук Финляндии, в которые вкладывались денежные и интеллектуальные ресурсы.

И экономика стала работать. Вот этого в нашей стране, к сожалению, не было сделано. Поэтому мы очень многое успели потерять.

Обеспечить экономическое развитие — это еще одна функция права.

Очень кратко о других функциях права. Это предупреждение тех нарушений, которые могут допускаться, или тех ошибок, которые могут совершаться в экономическом развитии. Еще одна функция права — это пресечение тех экономических явлений, которые имеют разрушительный эффект и мешают общему экономическому развитию. Если право будет эти функции выполнять, тогда мы построим нормальную взаимосвязь, взаимоотношение экономики и права. Если эти задачи не будут выполняться, эта связь будет разрушена. И тогда ущербными будут и экономика, и право, и государство.

НИКИТИНСКИЙ Л.В.:

— Здесь было произнесено слово «элиты». Для кого вы все это собираетесь делать? Или мы, если я буду в этом участвовать? Если у всего этого и есть мотор, то это бизнес, который должен эти идеи продвигать. Потому что речь идет об очень серьезном деле, об изменении существующего строя, ни много, ни мало. Есть элита. Тоже называет себя юристами. Она мыслит совершенно иначе. Она все, что вы тут делаете, — угробит. Есть и другая элита, которая высыпалась вдруг из интернета и вышла на Болотную площадь. Она, может быть, уйдет обратно, если не получит ничего. Обратно в интернет — прыг и в эмиграцию, в такую — виртуальную. А ей это все интересно или нет? Как это сделать интересным для нее, чтобы она это востребовала, началось то самое давление, которое к какому-то результату приведет? Иначе — что? Хорошо, будет еще одна книжка. Этим книжкам число миллион, так же, как и моим статьям. А толку никакого.

Какую историю хотел рассказать? Я всегда рассказываю истории. Я так мыслю. Занимаюсь давно уже историей одного мужика из Калуги. Он — предприниматель первой волны. Перестройка, драйв, кооперативы. Он входил в какую-то ассоциацию кооператоров, тогда это считалось элитой, к Горбачеву ходил, к Ельцину. Знаменитый человек, кирпичный завод у него был. Очень яркий человек начала 90-х. Сейчас он просидел два года и продолжает отбиваться. История вот в чем. Он организовал достаточно большой строительный бизнес в Калуге, а потом нарвался, просто нарвался, ему не повезло. Ему был выделен участок под застройку,

большой участок, как крупной компании. Он уже начал его расселять. А тут РПЦ вдруг сказала: «А на этом месте раньше было кладбище». И все. У него этот участок отобрали, никакой компенсации он не получил. Тут же и менты, то ли вместе, то ли параллельно, всю семью его посадили. Пять человек семья, вместе с невестками (у них коллективный бизнес был). Два года они просидели. За это время все разграбили. Один два года посидел, а кто-то полтора. Потом он вышел. Естественно, все растащили, кран украли, опалубку утащили. А тут еще на него клацают зубами обиженные вкладчики. Он говорит: «Все, чего я хочу, это чтобы перестали говорить, что я обманул всю Калугу. Я никого не обманывал. Да, я нарвался, так сказать, но я предпринимал все, чтобы с ними расплатиться. Если бы меня не посадили, я бы с ними расплатился. И вышел бы чистым. Снимите с меня эти обвинения».

Эта история не такая уж и редкая, но она редка тем, что человек такой упорный. Он уже без денег совершенно, а все требует: «Оправдывайте меня и все. Расскажите всем калужанам». Он сейчас на свободе, потому что суд не стал продлевать срок ареста. А дело продолжается. Он сейчас читает свою тысячу томов дела, куда напихана, как всегда, всякая дрянь. Вот такая история. Она достаточно типична.

Я к чему это рассказываю? Я ему говорю: «Вы известный когда-то были в Калуге человек, так сказать, первопроходец (в каких-то книжках его фотографии есть). Кто в Калуге встал на вашу защиту? Где они?» Я к нескольким людям ходил, задавал вопрос: «В Калуге есть сообщество бизнеса, которое вышло бы и сказали: «Это наш человек, нельзя его ни за что преследовать?» Никого нет, просто вообще никого нет. Поэтому для кого это все городится — то, что мы делаем? Вот важно понять какой вопрос. В Москве-то их не собрать, а в провинции — тем более. Там они абсолютно все разобщены. И никаких людей, которым это адресуется, нет. Вот в чем проблема.

НОВИКОВА Е.В.:

— То есть проблема в том, что у нас глубинная социальная деформация, связи, которые цементируют общество, настолько разорваны, что оно даже не реагирует на боль?

НИКИТИНСКИЙ Л.В.:

— Я не знаю. Я не могу с уверенностью ответить на этот вопрос. Но этот вопрос надо задавать. Это было бы интересно и для книги, и для социологов.

НОВИКОВА Е.В.:

— Мы ищем субъекта для диалога.

НИКИТИНСКИЙ Л.В.:

— Я про это и говорю, что субъекта нет.

НОВИКОВА Е.В.:

— Я пыталась завести в нашу сферу деятельности проект по элитам. И все усилия, которые мы с Леонидом Марковичем Григорьевым в этом направлении предприняли, закончились, к сожалению, ничем, так как вычленить субъекта для такого диалога мы не смогли!

НИКИТИНСКИЙ Л.В.:

— Вот я и говорю об этом.

НОВИКОВА Е.В.:

— Да, поскольку она настолько неоднородна, эта элита.

НИКИТИНСКИЙ Л.В.:

— А она вообще существует? Вопрос в этом. Или вы ее придумали?

НОВИКОВА Е.В.:

— То есть кто-то сидит на элитном положении, считает себя элитой, и это место объективно занято, но в остальном...

НИКИТИНСКИЙ Л.В.:

— Это ничего не объясняет.

НОВИКОВА Е.В.:

— Насколько элита в глазах общества является легитимной? Это тот вопрос, который является самым принципиальным для любой элиты в любом обществе. Вопрос легитимности обретения этого положения, этой власти. В других странах — понятно, классика жанра: либо это происхождение, либо заслуги. У нас обоснование своей легитимности за счет одного из этих критериев подчас проблематично.

НИКИТИНСКИЙ Л.В.:

— И в дополнение к этому — вы говорите о крупном бизнесе, который на самом деле исключение и на который ставку делать вряд ли стоит.

НОВИКОВА Е.В.:

— Здесь тоже проблема.

НИКИТИНСКИЙ Л.В.:

— А я говорю о среднем, которого в регионах я не видел.

НОВИКОВА Е.В.:

— И в крупном бизнесе есть огромная проблема, потому что он квазилегален в силу того, что, фактически сросшись с госаппаратом, является титульным собственником того актива, которым он юридически владеет. Юридически, но не фактически, поскольку мы знаем, как, под какие проекты у нас предоставляются эти активы, кредиты, права пользования землей и прочее. Поэтому здесь у нас очень серьезная проблема. Сложно выявить в структуре элиты (поскольку она неоднородна) ту, которая действительно заинтересована в долгосрочном пребывании на Олимпе, а не страдает комплексом временщика. Это первый очень серьезный вопрос. Второй вопрос: как преодолеть отсутствие, так сказать, социальных лифтов, которые подп提вали и оздоравливали бы элиту. И третий вопрос, который имеет прямое отношение к нашей проблематике. Это запрос элит на верховенство права. Как его сформировать в условиях деформации поведения элиты, в условиях отсутствия социальных лифтов ее восполнения и в условиях проблем с ее легитимностью априори?

НИКИТИНСКИЙ Л.В.:

— Этого запроса нет. Потому что, конечно, в этой Калуге есть пристроившиеся, тамошнего уровня, олигархи, которых устраивает существующее положение дел, прикормленность, знакомства и связи. Им верховенство права совершенно не нужно. Верховенство права нужно одному, вот этому, который сидит. Может быть, еще кто-то есть, про которого он просто не знает, которого тоже посадили. Если мы не найдем, грубо говоря, заказчика под эту историю, то все бесполезно. И законодатель, на которого вы пытаетесь работать, заказчиком не является. Законодателю ничего не надо.

ФЕДОТОВ А.Г.:

— На мой взгляд, произошло смещение понятий, которое нас немного уводит в сторону, потому что говорить «бизнес и элиты» и ставить между ними знак равенства автоматически — нельзя. Когда мы говорим о том, почему за него никто не вступился, то

разговор про элиту — это вопрос номер два. А вопрос номер один другой: почему за него не вступились такие же, которые следующие в очереди? Вот это вопрос номер один, и ответ на него понятен — потому что они просто боятся.

НИКИТИНСКИЙ Л.В.:

— Дело не в этом.

ФЕДОТОВ А.Г.:

— А в чем?

НИКИТИНСКИЙ Л.В.:

— Я думаю, что они просто дико разобщены. Они не консолидированы, то есть это не заказчики.

ФЕДОТОВ А.Г.:

— Они не консолидированы — это правда. Но даже если сбратить, условно говоря, зарегистрированных в Калуге субъектов экономической деятельности (я думаю, их не так много, и это обозримо) и сказать им: «Господа, давайте подпишем письмо в поддержку вот этого». Я, конечно, гипотезу строю...

НИКИТИНСКИЙ Л.В.:

— Понятно, они перепугаются сразу.

ФЕДОТОВ А.Г.:

— Да, они все перепугаются: «Я не буду подписывать, потому что тогда я буду следующий». И это реальная ситуация. А ситуация с элитой тоже есть, но я бы ее жестко вот с этой не связывал. И совершенно правильный вопрос — элита свой интерес к верховенству права не формулирует, потому что она достигает своих целей посредством других механизмов.

НИКИТИНСКИЙ Л.В.:

— Другие им не нужны.

ФЕДОТОВ А.Г.:

— Нет. Они им нужны. Некоторые из них уже сегодня, в том числе благодаря посадкам того же Ходорковского, осознали, что теоретически это их тоже касается. Потому что, как бы мы ни относились к конкретной личности, если спросить, кто самый известный

бизнесмен в стране, скажут — Ходорковский. Вопрос: что с ним? Сидит. Это же все в подкорке. Мы все понимаем, как происходит сращивание собственности с властью. И я бы не рассматривал это абсолютно бесконфликтно и просто. У них там тоже периодически возникают всякие истории. Я не знаю, когда они до этого созревают, но, объективно говоря, лицам, которые сегодня являются крупными собственниками и бенефициарами (но не высовызываются, чтобы не «сесть за политику»), нужна обстановка верховенства права, они первые выгодоприобретатели этого состояния. Осознают они это или нет — это следующий вопрос. Но на все накладывается страх сесть. Все запуганы, начиная от мелкого и кончая крупным бизнесом, потому что он понимает, любой его шагок в сторону, где он говорит: «Я не за власть, я за право», значит, следом ему голову снесут и собственность отберут. Вот в чем проблема. А не в том, что у них объективного запроса нет.

СУББОТИН М.А.:

— Хочется отреагировать на то, что было сказано, а не только говорить о том, что собирался. Попробую как-то совместить первое со вторым.

Поскольку тема — это верховенство права как некий двигатель экономического развития, то распространено мнение, что было два основных фактора довольно успешного экономического развития России в предшествующий период — это высокие цены на нефть и дешевые иностранные кредиты. Видимо, и то и другое кончилось: цена нефти не может расти теми же темпами, а дешевые кредиты точно кончились. Но тогда что может быть двигателем? В экономике есть понятие ожидания. Для обывателя это сопряжено с такими терминами, как ажиотажный спрос или банковская паника, то есть это явления, которые напрямую нельзя ни пощупать, ни даже понять, когда и каким образом они возникают, хотя подобные механизмы в специальной экономической, да и в классической, литературе описаны.

Потребительские и предпринимательские ожидания очень существенно влияют на экономическое развитие и могут провоцировать кризисы, крахи и т.п. Мы сейчас находимся в такой переломной точке, когда либо эти ожидания потянут вперед, либо они застопорят развитие страны. Недавно лауреат Нобелевской премии Пол Кругман заговорил о том, что «относительное благополучие иногда вдохновляет людей на отстаивание своих ценностей, которые они начинают понимать более широко». Само понятие

инвестиционного климата может меняться, вчерашние его стандарты сегодня оказываются недостаточными.

На Всемирном экономическом форуме в Давосе ученый с мировым именем Нуриэль Рубини и президент Eurasia Group Ян Бреммер заявили о целесообразности исключения России из состава БРИК и о том, что Россия — крупнейшее страновое разочарование международных инвесторов нулевых годов, поскольку ее власти за последние 10 лет не сделали ни единого шага в верном направлении.

На деловом завтраке, организованном Сбербанком, был проведен опрос о том, какая проблема в России является главной. Собравшиеся выделили три проблемы: гиперактивный госсектор, коррупция, неэффективность политической системы. При этом 65 процентов респондентов поставили российской власти «неуд». Самой большой бедой России Ян Бреммер назвал неэффективную власть. «Она слишком сосредоточена в одних руках, она неэффективна, непрозрачна, коррумпирована», — пояснил Я. Бреммер.

На недавнем гайдаровском форуме была очень интересная дискуссия по поводу инвестиционного климата. Начиналась она во здравие, говорились интересные и полезные вещи. Но они носили технический характер: нужны более благоприятные налоги, нужно как-то готовить кадры. А кончилась дискуссия тем, что нужна нормальная политическая система, нужна свобода. Иначе страна пойдет по модели Молдавии, то есть станет страной-транзитером, где люди зарабатывают капитал и вывозят его, получают образование и уезжают сами. Проблема такой модели развития страны — это возникновение точки невозврата, когда страна теряет перспективу развития. На этой высокой печальной ноте работа секции, посвященная инвестиционному климату, закончилась. И докладчики стали расходиться в мрачном настроении...

В 2009 году Goldman Sachs опубликовал доклад, из которого следовало, что из стран БРИК и так называемых «некст элевен» (N-11)¹ четыре нуждаются в реформах: Иран, Мексика, Пакистан и Россия. Из стран БРИК мы единственные оказались в аутсайдерах. В мае 2011-го Goldman Sachs исследовал демографические особенности стран БРИК и пришел к выводу, что «демографи-

¹ Goldman Sachs в качестве «следующих одиннадцати» стран, имеющих серьезный потенциал экономического развития, рассматривает Бангладеш, Вьетнам, Египет, Индонезию, Иран, Мексику, Нигерию, Пакистан, Северную Корею, Турцию, Филиппины.

ческое окно» для экономического скачка (когда доля работоспособного населения максимальна, а число иждивенцев — детей и стариков — минимально) в России закрывается очень скоро — в 2019 году. Для Китая и Бразилии оно будет открыто еще 15—20 лет, для Индии закроется только после 2050-го.

Опасность перевода России из БРИК в низшую лигу — в N-11 состоит в том, что от этого будет зависеть, куда Goldman Sachs будет рекомендовать своим клиентам отправлять деньги. Понятно, как это скажется на притоке в страну капиталов из-за границы и инноваций, растворенных в этих капиталах.

В последнее время явно происходит перелом в общественном сознании. Я отслеживаю, как люди дискутируют в блогах: произошла интересная метаморфоза. Если до декабрьских политических выступлений шли разговоры о том, что «все, с этой страной делать нечего, надо уезжать», то затем ситуация поменялась, и разговор идет о том, что «мы уезжать не собираемся, надо менять положение в стране». Это очень существенный сдвиг в общественном сознании.

У меня есть пристрастие к цитированию руководства. Я считаю, что не надо слушать никаких оппозиционных заявлений, достаточно почитать заявления первых лиц государства, чтобы составить картину относительно положения в стране, при которой критиковать что-то еще просто излишне.

«Главная проблема — недостаток прозрачности и подконтрольности обществу в работе представителей государства, от таможенных и налоговых служб до судебной и правоохранительной системы. Если называть вещи своими именами, речь идет о системной коррупции», — заявляет Путин в своей предвыборной статье в «Ведомостях». И далее описывает то, что известно в России любому, даже тому, кто к бизнесу отношения не имеет: «Ты можешь заплатить больше или меньше в зависимости от степени «расположения» к тебе определенных людей внутри государственного механизма. Рациональное поведение для предпринимателя в этом случае — не соблюдать закон, а найти покровителей, договориться», — пишет главный кандидат в президенты. «Но такой «договорившийся» бизнес в свою очередь будет пытаться подавлять конкурентов, расчищать себе место на рынке, используя возможности аффилированных чиновников налоговой, правоохранительной, судебной системы, вместо того чтобы повышать экономическую эффективность своих предприятий». Таким образом, Путин берет на себя крайне рискованную и во многом более амбициозную

задачу, чем ставил себе в начале своего президентского срока Медведев. «Мы должны изменить само государство, исполнительную и судебную власть в России. Демонтировать обвинительную связку правоохранительных, следственных, прокурорских и судебских органов. Исключить из уголовного законодательства всеrudименты советского правосознания, все зацепки, которые позволяют делать из хозяйственного спора уголовное дело на одного из участников», — пишет он¹. Что тут еще можно добавить?

Далее констатируется, что в течение 20 лет рыночных реформ в стране действуютrudименты советской системы, действует карательная «связка». После этого не надо даже обсуждать какие-то конкретные дела. Из заявления премьера автоматически вытекает, что 20 лет пачками сажали предпринимателей, экономически активных людей, не разбирая при этом правых и виноватых. То есть действовала система «государственного заложника». Как после такого заявления можно всерьез обсуждать вопрос: объявлять амнистию или не объявлять? Первую амнистию по экономике за двадцать-то лет? Это безумная сама по себе постановка вопроса, потому что в нормальных странах в периоды трансформации такие амнистии проходят раз в 5 лет.

Сегодня на страницах СМИ разгорелась полемика вокруг проблемы амнистии для посаженных российских предпринимателей, схлестнулись в борьбе за умы сторонники смягчения уголовного закона и его дальнейшего ужесточения, а для обывателя постепенно приоткрываются тайны уголовного регулирования деятельности бизнесменов в нашей стране. И в результате становится все более очевидной связь между уровнем такого регулирования и низким качеством жизни простого россиянина. Среди правоприменителей тоже есть свои теоретики и практики: те, кто «подносит патроны», и те, кто приводит в действие репрессивную машину.

Леонид Григорьев уже говорил о том, что есть проблемы у юристов, есть проблемы у политологов, у которых баночки с наклейками — пустые. Я думаю, что есть не меньшие проблемы и у экономистов. Все мы только начинаем всерьез обсуждать междисциплинарные темы и создавать некоторые междисциплинарные интеллектуальные продукты.

Здесь имеется проблема: в стране плохо налажено общение экономистов и юристов. При этом среди экономистов доминируют воспитанные Марксом люди, уверенные, что за 1000 процентов

¹ Путин В. О наших экономических задачах // Ведомости. № 15 (3029). 30.01.2012.

любой капитал готов на любое преступление. Они уверены, что главное — это налоги, и любой капитал на пузе приползет. Я не строю иллюзий относительно моральных принципов людей, занятых в бизнесе. Как, впрочем, и в других сферах человеческой деятельности. Среди юристов своя беда — доминируют не только правовыеrudименты в законах, но и их носители — своего рода «силовики от права»: следователи, прокуроры. Часто решения по правовым вопросам, даже прямо затрагивающим экономику, принимаются без участия экономистов, экономических ведомств, а подчас и без наиболее современно мыслящих юристов. При этом, поскольку бизнес запуган, в таком состоянии он посыпает неадекватные сигналы властям. Как это ни смешно звучит, но и здесь тоже нужен квалифицированный посредник, который развязал бы языки и помог договориться.

Пока экономисты и юристы в основном живут порознь. И юристы колдуют над законодательством, в том числе в сфере экономики, в общем особо не оглядываясь на экономистов. Может быть, за исключением налогового законодательства. При этом когда мне коллеги дали почитать некоторые опусы очень крупных наших юристов, то волосы встали дыбом, потому что в этих статьях экономики нет вообще.

В первом номере журнала «Закон» за прошлый год¹ доктор юридических наук и главный редактор журнала «Уголовное право» П.С. Яни загадывает читателю загадку: «Что, к примеру, яснее в уголовном законе, чем норма об ответственности за убийство, сформулированная предельно кратко: «умышленное причинение смерти другому человеку»? И сам же отвечает: «Но обычно гражданину в этой дефиниции неясно все. В частности, слово «смерть» здесь превращено в специальный юридический термин, который требует перевода с учетом значения не используемой в ч. 1 ст. 105 УК РФ категории «жизнь». И далее: «А что такое «причинение смерти»? Если один душит, а другой только держит жертву за руки, разве второй тоже причиняет смерть?»

Как остроумно заметил один мой коллега: «Спаси и помилуй мя, Господи, давший такую невнятную шестую заповедь! У доктора юридических наук «стилистические разногласия» с Творцом — по поводу «нечеткого определения» заповеди «не убий!» Зато профессор Яни, кажется, знает, что такое «специальные юридические термины» «жизнь» и «смерть».

¹ См.: Яни П.С. Понятие хищения — конституционно // Закон. 2011. № 1. С. 43—51.

В подобных «рафинированных» юридических статьях их авторы путают доход и прибыль, посредников и аффилированные компании, рыночную стоимость и какую-то «установленную», то есть не признают, что рыночной становится та цена, в которую складываются очень разные цены. И которые должны быть (не могут не быть) и ниже, и выше той самой рыночной. Это нормальное явление. И здесь нет никакого криминала. И потому нельзя считать отклонение от рыночной цены уклонением от уплаты налогов.

То же самое и с трансфертным ценообразованием, которое одновременно является и формой оптимизации налогов для того, чтобы компания быстро развивалась, и фактически инструментом ухода от уплаты налогов. И чтобы отделить одно от другого, нужен тонкий экономико-статистический анализ с учетом особенностей соответствующего исторического периода, который переживала страна.

Экономика становится все более глобальной, а значит, и оценка явлений должна это учитывать. Например, по официальным данным у нас порядка 50 тыс. уехавших на ПМЖ, но как грибы после дождя растут диаспоры русских за границей, так как вовсе не нужно официально покидать страну, а достаточно перевести капитал или уехать на работу. Оценки реально уехавших колеблются в широком диапазоне — от 2 до 3 млн человек. Это невиданная для России, хотя и латентная эмиграция. Масштабы приобретаемой за границей собственности — это не только свидетельство благополучия («от жири»), но и создание запасных аэропортов, это свидетельство недоверия, которое нужно преодолевать не путем ужесточения наказания, а путем создания стимулов. Бизнес из-под палки деньги в экономику не вкладывает, то есть, как и словей, в клетке не поет.

Много говорилось об искусственной криминализации бизнеса и масштабах репрессий в отношении этого сословия. Не буду ломиться в открытые двери. Однако выясняется, что некоторые известные юристы до сих пор убеждены, в частности, в том, что безвозмездно — это не то, чтобы совсем без оплаты и вообще без получения чего бы то ни было взамен, а тогда, когда взамен все-таки что-то получено, но полученное является «меньшим по стоимости возмещением», то есть возмещением, по их мнению, «недостаточным». Почему недостаточным, если кто-то кому-то отдал товар именно за такую цену и все остались вполне довольны сделкой? И вот получается, что каждый, кто (по таким прикдкам) задешево купил или за недорого продал, — вор!

Под это подверстываются еще и интересы третьих лиц. В частности, говорится о том, что страдает миноритарий, но умалчивается, что в результате сокращения прибыли, даже если дивиденды и сокращаются (что тоже не всегда происходит — нет прямой взаимосвязи между размерами прибыли и дивидендов), эти деньги могут идти на инвестиционную деятельность компании. И они повышают ее стоимость, а в результате растет акционерный капитал, который находится на руках в виде акций.

Отток капитала не всегда происходит из-за плохого инвестиционного климата, а приток — не всегда показатель благоприятного климата. Много говорилось о том, что вывоз капитала и его последующий ввоз из офшоров — это форма защиты и демонстрация недоверия к экономической политике в стране. Капиталы могут ввозиться, но не реинвестироваться в местную экономику, то есть это своего рода хоботок по переброске прибылей за границу. И еще речь идет о качестве капиталов, когда деления на кредиты, вложения в ценные бумаги или в основной капитал оказывается недостаточно.

Юристам нужно очень тонко разбираться в экономике, чтобы иметь право судить, а пока многие экономические ситуации, наоборот, примитивизируются до предела. Правовая оценка того или иного события представляет собой целое расследование. Сначала нужно изучить вопрос, понять мотивы, встроить это в систему экономического цикла, в колебания экономической конъюнктуры, потому что человек может во время кризиса разориться и одновременно может обанкротить предприятие и вывести деньги. И нужно одно от другого отличать. Нужны более тонкие методы анализа, понимание особенностей поведения бизнеса в ходе экономического цикла, учет конкретных социально-экономических особенностей того или иного периода.

Сегодня прозвучала идея, что нужны ясные, четкие правила, но ведь и правила правилам рознь. Мы знаем, что любые правила можно довести до абсурда, и в этом случае возникает некое злоупотребление верховенством права. Например, когда мы говорим о ЕГЭ, это ведь не только и не просто тесты, это оценка, которая позволяет поступать в вузы, это еще и оценка деятельности школы, то есть это одновременно решение нескольких задач, которые нельзя одновременно решать с помощью одного показателя: в данном случае Боливар не выдержит троих.

В некоторых случаях не нужно никаких специальных обоснований для внесения изменений в уголовное законодательство

России — довольно его несоответствия европейским стандартам: Россия подписала и ратифицировала, но не исполняет Конвенцию о защите прав человека и основных свобод, ведь в Конституции России (ч. 4 ст. 15) «черным по белому» написано: «Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора». А Конвенция и протоколы гарантируют в том числе право на жизнь, свободу и неприкосновенность личности, справедливое судебное разбирательство по гражданским и уголовным делам, имущество и свободу распоряжаться собственностью. Россия сами пришла в Европу, теперь Европа идет к нам!

Недавно пресс-секретарь Мосгорсуда попробовала оправдывать тот самый «обвинительный уклон», рассуждая о «целых 1,4 процента» оправдательных приговоров. Есть и другие расчеты — 0,7 процента, из которых 0,5 процента — это мировые суды и суды с присяжными, но есть еще до 40 процентов повторных обжалований. «Система-ниппель» — своего рода одностороння эластичность: суд лишь фиксирует позицию прокуратуры и следствия. Но тогда это вообще не суд!

При этом даже победы предпринимателей в судах — это пирровы победы. Достаточно посмотреть на последствия дел Чичваркина («Евросеть»), «Арбат-престижа» Некрасова, «Русснефти» Гущериева: получается, что для того, чтобы доказать свою правоту, нужно отсидеть или иммигрировать и, как правило, либо потерять бизнес, либо понести существенные потери. А если добавить сюда еще и тех, кто не перенес заключения (часто в досудебном порядке, то есть не будучи даже осужденными): Алексанян, Трифонова, Магнитский и других, то, по сути, смертная казнь становится наказанием именно для предпринимателей.

При этом такие правовые инструменты, как амнистия, УДО или помилование используются в исключительных случаях, то есть репрессия, оказывается, есть, а репрессированных (которых нужно срочно выпускать на свободу) как бы и нет: 20 лет предпринимателей судят «по законам советского времени», но так и не было проведено ни одной (!) амнистии за преступления в сфере экономики. Все это институты, которые сегодня находятся в замороженном состоянии.

ФЕДОТОВ А.Г.:

— Я попробую подвести итоги нашего сегодняшнего раунда. Во-первых, судя по обсуждениям, актуальность темы, которую мы избрали, несомненна. Второе. Мы все видим, что наконец (и, по-моему, все также едины в этом) назрела жесткая потребность в абсолютно рациональном анализе того, что происходит у нас в сфере права. Да, учитывая принципы права, да, обязательно на них ориентируясь, но — рациональном, объективном и даже объективированном анализе. Почему? Потому что, к сожалению, все события последних двух-трех лет показывают: когда власть или компетентная структура не желают ничего менять, они ссылаются на некие принципы, или нужды, или на что-то еще, что померить нельзя, но можно трактовать несколькими различными способами, главное — чтобы в свою пользу. Но как только мы входим в сферу какого-то рационального, в том числе экономического и статистического, анализа, выясняется, что противиться цивилизованным изменениям в сфере права никаких рациональных оснований нет. Есть интерес отстоять свою административную ренту, даже ценой стагнации или кризиса — экономического или социального.

На мой взгляд, сегодня начинает (в элите или не в элите — это надо еще оценивать) зреть социальная потребность в том, чтобы регулятором, прежде всего конфликтных ситуаций, была такая сторонняя, обезличенная, не основанная на произволе сила, как право, а не разовые договоренности с властью. И чем дальше ситуация в стране будет развиваться (может быть, я излишне оптимистичен), тем нагляднее будет видно, что разовыми договоренностями с властью глобально проблемы решить нельзя.

РАЗДЕЛ II

ПРОБЛЕМЫ
ПРАВОПОНИМАНИЯ
И
ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ

ГЛАВА 7

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА КАК ВЫЗОВ ВРЕМЕНИ

Е.В. Новикова, директор Центра правовых и экономических исследований Экспертного института НИУ ВШЭ,
доктор юридических наук

На сегодняшний день в России сформировалась новая реальность, в которой право более не способно существовать и тем более цивилизованно развиваться в отрыве от экономики, равно как и наоборот. Именно в таком контексте в настоящей главе будет рассмотрен феномен верховенства права (или правового государства) как фактор, во многом определяющий эволюционное развитие всех сторон жизни общества и прежде всего экономики.

Миф о правовом государстве. Любое движение вперед предполагает осмысление того, где находится отправная точка. Универсальным индикатором правового государства является степень институциональной реализации основных принципов правового государства. К их числу относятся такие, как: подчинение государства праву; приоритет прав человека и обеспечение формального правового равенства всех, независимо от близости к власти; независимое правосудие (устранение механизмов, превращающих судью в чиновника исполнительной власти), гарантированное право собственности и др.

Увы, в России ни один из принципов правового государства в полной мере не реализован. Дальше ничем не гарантированной декларации о том, что Россия есть демократическое федеративное правовое государство (ст.1 Конституции РФ), ситуация не сдвинулась.

Между тем любое движение вперед предполагает осмысление того, где находится отправная точка, как это обосновывается в работе Д. Норта и его соавторов¹. Приходится ставить под сомнение наличие в нашей, российской, реальности правового государства.

Власть либо по недомыслию, либо намеренно делала и продолжает делать все, чтобы Россия как можно дольше задержа-

¹ См.: Норт Д., Уоллис Дж., Уэбб С., Вайнгаст Б. В тени насилия: уроки для обществ с ограниченным доступом к политической и экономической деятельности. М., 2012.

лась в переходных лабиринтах на пути к правовому государству, на этот раз в образе государства тоталитарного, опирающегося на «ручное управление» экономикой и обществом, использующего в качестве основного инструмента насилие и выражающего интересы не социума, а коррумпированной номенклатуры и бизнеса, извлекающего ренту из власти.

Уголовная политика. Приоритетным в реализации верховенства права является формирование эффективной социально-экономической модели общества, основанной прежде всего на новой правовой (в первую очередь уголовно-правовой) политике в экономической сфере. Непосредственная взаимозависимость появления здоровой модели общества и состояния правовой политики определяется в первую очередь эффективностью законодательных и управленческих механизмов ликвидации таких антиинститутов, как квазилегальный передел собственности, имитация избирательных процедур и др. Собственники и предприниматели должны, наконец, быть ограждены от произвола, облекаемого в квазиправовые формы. При этом роль правоприменительной практики как средства в его обеспечении является ключевой.

С моей точки зрения, адекватное понимание проблем существующей правовой реальности возможно лишь сквозь призму единства принципов правового государства, приоритетов правового реформирования и обеспечительных механизмов, исключающих возможность искусственного обособления и противопоставления значимости отдельных составляющих. В числе таких — уголовная политика государства (как один из самых мощных его инструментов), которая реализуется через принятие соответствующего закона, и его последующее применение в целях противодействия преступности. Законотворчество является начальным звеном деятельности в сфере уголовной политики.

В государстве, декларирующем себя в качестве правового, все акции власти, связанные с этой сферой, должны получать недвусмысленное закрепление в законе (это — Уголовный кодекс, Уголовно-процессуальный кодекс, Уголовно-исполнительный кодекс и, не в последнюю очередь, Кодекс об административных правонарушениях).

Второй компонент — правоприменение как форма реализации уголовной политики, практический аспект последней. Обе эти составляющие (норма закона и правоприменение) адресованы к потенциальным субъектам уголовной ответственности и, по

суги, являются средствами или инструментами, которыми и оперирует уголовная юстиция. Главный вопрос: в чьих интересах разработан и кому служит весь этот обоюдоострый инструментарий, одной ли партии, узурпировавшей власть, или всему обществу? Какова его основная цель — предупреждение совершения преступлений или наказание? Это — и проблема, и дилемма. Рациональный подход к ее разрешению обоснован известным российским правоведом С.К. Гогелем. По его мнению, значение уголовной политики как составной части уголовного права является не чем иным, как прикладной наукой, систематизирующей одну из мер борьбы с преступностью — репрессию. И если основная наука (уголовное право) пришла к заключению, что преступность — это явление социальное, то роль уголовной политики, во-первых, изучить мероприятия, применяемые современным культурным человечеством в борьбе с этим явлением, и, во-вторых, их *оценить, главным образом с точки зрения их целесообразности: в какой мере они ослабляют вредные последствия этого явления*¹.

Уголовная политика не может не быть важнейшей составной частью внутренней политики государства, и тот вектор, в сторону которого изменилась внутренняя политика, также определяет в целом изменение политики уголовной.

Цели, задачи и приоритеты, определяемые и реализуемые государственной властью, не являются раз и навсегда данными. Они формируются и меняются с учетом общественного развития, желания власти реализовывать различные интересы и потребности. Они могут корректироваться в случае достижения ранее поставленных целей и задач либо установления невозможности их реализации по разным причинам и в силу иных обстоятельств. Очевидно, что при переходе от социалистической плановой к рыночной экономике и демократии должна была бы измениться и уголовная политика в сфере экономики и общественного развития, но этого, увы, не произошло.

Российское общество оказалось в парадоксальной ситуации. После длившейся в течение двадцати лет попытки строительства рыночных отношений до сих пор в сфере экономики действует система уголовной репрессии с «родимыми пятнами» эпохи социализма, способными подавлять и фактически подавляющими любые зачатки рыночных отношений.

¹ Гогель С.К. Курс уголовной политики в связи с уголовной социологией. М.:ИНФРА-М, 2010. С. 3, 7.

Определение новых приоритетов по-прежнему осталось вотчиной и прерогативой уголовной юстиции. Из повестки работы правительства эта проблематика выпала вообще. Госдума прежних созывов многое намечала и действительно старалась что-то предпринять, но для достижения осязаемых результатов ее усилий оказалось недостаточно.

На практике по-прежнему широко применяется уголовная ответственность за незаконное предпринимательство и за получение дохода в отсутствие причиненного кому-либо материально-ущерба. Неадекватно широкие формулировки диспозиций статей УК о мошенничестве и о так называемой самолегализации (основные «посадочные» статьи) в действительности зачастую служат вовсе не делу борьбы с преступностью. Они используется в иных целях, прежде всего для передела собственности, устранения конкурентов, сведения счетов и т.п., что неизбежно приводит к серьезным негативным социально-экономическим последствиям, порождает препятствия формированию нормальных условий для развития бизнес-среды и влечет масштабный отток капитала. В результате проведения такой политики десятки тысяч российских предпринимателей оказались за решеткой. При этом ни одной амнистии в отношении этой категории осужденных проведено не было. Системная ошибка до сих пор не исправлена. Специфика России — сохранение ситуации, при которой комфортно существует лишь бизнес, сросшийся с государственными чиновниками и защищенный административным ресурсом, или криминалитом.

Удивительно современно звучат слова, сказанные в отношении событий начала XVIII века в Германии Лионом Фейхтвангером: «Выискивали богатых и состоятельных людей, не имевших связей и не состоявших в родстве с придворными или членами парламента. Против них возбуждали дело за незаконное приобретение имущества и угрозами, вымогательствами, лжесвидетельствами доводили самых безупречных до того, что они выплачивали требуемую сумму, лишь бы избавиться от судебного разбирательства. Даже против покойников возбуждали дело, если они оставили порядочное состояние». В итоге «светлый лик богини Фемиды с легкостью превращен в наглую ухмылку толстощекого бога Мамона»¹.

Масштабы уголовной репрессии предпринимателей таковы, что необходима незамедлительная корректировка уголовной по-

¹ Фейхтвангер Л. Еврей Зюсс. (Перевод с нем. Н. Касаткина) // Фейхтвангер Л. Собрание сочинений в 12 т. Т. 2. М.: Художественная литература, 1964. С. 53.

литики в экономической сфере. В этой области следует существенно пересмотреть цели уголовной политики и законодательное регулирование, причем не так, как это делается обычно, то есть силами исключительно уголовной юстиции. Вектор изменений должен определяться не только и не столько юристами-правоведами, сколько экономистами, прежде всего — экономическим блоком Правительства, включая МЭР и Минфин, а также Центральным банком, с участием авторитетных экспертов и с обязательным учетом мнения бизнес-сообщества, с опорой на многофакторную оценку экономических и социальных последствий принимаемых законодательных решений.

В качестве удачного примера такого сотрудничества, в результате которого удалось сформулировать ряд базовых положений уголовной политики в сфере экономики и определить роль бизнес-сообщества как необходимого фильтра при прохождении нормативных правовых актов (предложение исходило от МЭР), можно назвать совместную работу юристов и экономистов по программе «Стратегия-2020».

Авторским коллективом настоящей монографии на протяжении последних лет уделялось значительное внимание этой проблематике, готовились книги, статьи, интервью, проводилось множество круглых столов, включая парламентские слушания и симпозиумы. Разработанная этой же экспертной группой Концепция модернизации уголовного законодательства в сфере экономики¹ стала и продолжает оставаться предметом серьезного общественного дискурса. Во избежание повторений в изложении содержания наших инициатив, системно обоснованных и адресованных законодателю², остановлюсь на некоторых других, не менее важных проблемах и рекомендациях по их разрешению.

В основе системных мероприятий по обеспечению верховенства права наряду с гуманизацией и модернизацией уголовной политики должна находиться в первую очередь независимая система правосудия. Параллельно необходимо учреждение институтов независимых комиссий и общественной экспертизы по уголовным делам и законопроектам. Одновременно должна быть

¹ Концепция модернизации уголовного законодательства в экономической сфере. М.: Фонд «Либеральная миссия», 2010 (<http://lecs-center.hse.ru/images/lecs/concept2010.pdf>).

² См., например: Рекомендации участников симпозиума НИУ ВШЭ «Уголовная политика и бизнес» (08 декабря 2011 г.). См. приложение D настоящего издания.

сформирована и действовать негосударственная система координации правовой политики. Все это будет способствовать созданию открытой, адекватной правовой системы, воспринимающей идеологию экономического анализа права, а также — наднациональные инструменты обеспечения верховенства права. Ниже мы остановимся на этом подробнее.

В числе приоритетов — проблематика реформы судебной системы. Социальная реальность ставит на повестку дня изменения, которые, возможно, и не понравятся самим судьям (во всяком случае — чиновникам, осуществляющим «руководство» судами и судьями), но которых требуют уже не только специалисты, но и целые слои населения. Ситуация такова, что обсуждение сколько-нибудь значимой экономической или социальной проблемы (происходит ли это в научной аудитории, телестудии или среди граждан, выражавших свой протест, в том числе в стиле уличной активности) заканчивается одним и тем же выводом: нужен независимый суд, какой-ой, как это ни грустно признать, в России отсутствует. И дело здесь не в том, что в стране нет честных и профессиональных судей, а в том, что, рассматривая «значимые» дела, судебная система действует не в соответствии с правом, а следуя своей сложившейся практике, для которой вынесение коррупционного (то есть заказанного властью или «денежным мешком») судебного решения подчас является не эксцессом.

Создание системы независимого правосудия нуждается в проведении целой системы мероприятий, среди которых можно назвать:

- отнесение административно-хозяйственных вопросов к компетенции администратора (директора) суда, не являющегося судьей;
- выборы председателей судов на определенный срок; запрет избираться председателем суда на новый срок;
- отделение от квалификационных коллегий судей экзаменационных коллегий как независимого органа, состоящего на паритетных началах из судей, представителей других юридических профессий и гражданского общества;
- исключение влияния председателей судов на процесс назначения судей, назначение на должность судьи на конкурсной основе;
- введение процедуры отрешения судей от должности в порядке импичмента, объявляемого Государственной думой

по ходатайству, возбужденному Высшей квалификационной коллегией судей;

- введение процедуры конституционного обжалования разъяснений и толкований пленумов и президиумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного суда РФ;
- создание стандартизированной системы электронных копий судебных актов судов общей юрисдикции (аналогично системе, существующей в арбитражных судах);
- совершенствование системы судебной статистики и отчетности и обеспечение ее полного и систематического опубликования в открытой печати и интернете;
- обеспечение в судебной практике внедрения международных стандартов независимого правосудия.

Назрела необходимость **активизации такой формы гражданского контроля, как парламентские комиссии**, уполномоченные на проведение парламентских расследований. В этом контексте потребуется введение в законодательство норм, обеспечивающих иммунитет свидетелей и, возможно, учреждение независимых комиссий и независимых прокуроров. Как показывает зарубежный опыт, в отсутствие такого комплексного инструмента, как комиссии по независимым расследованиям, весьма проблематично обеспечить реальное разделение и баланс ветвей власти в широком смысле.

Различие между независимыми комиссиями и независимыми прокурорами состоит в том, что независимые прокуроры (внештатное, но процессуальное лицо) проводят полноценное расследование уголовно наказуемых деяний; комиссии же на такое расследование не уполномочены. Общим является то, что и те и другие действуют в ситуациях, когда, в силу различных причин, оценка общественно значимых событий сторонними лицами пользуется большей степенью доверия, нежели оценка официальных властей. Они не состоят на государственной службе, не являются постоянно действующими органами (официальными лицами), назначаются в особом порядке, сводящем к минимуму возможное манипулирование. По этой же причине им не свойственен «коллективизм» как принцип безответственности за принятие решений.

Существенной составляющей механизма независимых комиссий является институт так называемого иммунитета свидетеля, который основывается на конституционном праве лица не свидетельствовать против себя. В случае дачи показаний о совершенных преступлениях такому лицу (свидетелю) предоставляется

освобождение от уголовного преследования за участие в преступлениях, что служит побудительным мотивом для дачи показаний, в отсутствие которых расследование затруднительно, а зачастую просто невозможно. На данный момент перечисленные общественные институты в России практически отсутствуют или малоизвестны. Мы — единственная из всех европейских и даже развивающихся стран, в которой их роль сведена к нулю.

Законодательство о парламентских расследованиях существует в России определенное время. Однако действующим Федеральным законом от 27 декабря 2005 г. № 196-ФЗ (ред. от 28 декабря 2010 г.) «О парламентском расследовании Федерального Собрания Российской Федерации» этот институт нивелирован путем чрезмерной бюрократизации процесса создания и функционирования комиссий, порядка утверждения выводов, их реализации, а также — значительных ограничений предмета парламентских расследований¹.

Отступления от демократических принципов, беда не только российская. Подобные факты имеют место и в государствах с развитой демократией и системой юстиции. В этой связи ценным представляется зарубежный опыт преодоления таких отклонений. Речь идет о докладе Королевской Комиссии Фитцджеральда 1989 года как итоге работы независимой комиссии, благодаря которому был получен (и преодолен!) трагический урок игнорирования принципов верховенства права и свертывания всех демократических институтов в одном из штатов развитого государства (Австралия). Как ни удивительно, но и там произошла узурпация власти, расцвела коррупция, суды и СМИ утратили свой независимый статус, возникла цензура, происходило расхищение бюджетных средств.

Этот опыт нуждается в осмыслиении и широком применении. Доклад по сей день изучается студентами в англоязычных странах. Представляется, что в условиях российской действительности он может стать настольным пособием по специальной дисциплине — основам общественного контроля над институтами власти².

Еще одним средством упорядочивания правовой сферы жизни общества может служить специально созданный **экспертный орган для координации и концептуальной разработки правовой политики**, а также — для профессиональной оценки последствий реализации

¹ Более подробно см. главу 20 настоящего издания.

² Подробнее см.: приложение Н настоящего издания.

различных законодательных инициатив. Современное состояние законопроектных работ, правоприменения и судопроизводства порождает серьезные проблемы, в том числе и выходящие за рамки собственно юридической сферы и порождающие негативные социальные и экономические последствия, наличие которых, как правило, либо не замечается, либо вовсе отрицается официальными структурами.

Ни для кого не секрет, что качество принимаемых законов зачастую оставляет желать лучшего. Негативное влияние на инвестиционный климат оказывают не только возведенные такими законами административные барьеры, но и в значительной степени, — коррупционная практика правоохранительных органов и судов. В результате возникают риски для личной свободы и собственности, распространенным способом реакции на которые стали эмиграция и бегство капитала.

Причины возникновения противоречий между ведомственными (в широком смысле) и общесоциальными целями в сфере законодательства, правоприменения и правосудия могут быть самыми различными — от недостаточного профессионализма до коррупционных мотивов. Для устранения этих причин назрела необходимость учреждения независимой организации, которая, не будучи включена в систему внутриведомственных интересов и государственной службы, смогла бы осуществлять неангажированную высокопрофессиональную оценку состояния правовой сферы и вырабатывать предложения о проведении в ней необходимых изменений, ориентируясь при этом на принцип верховенства права.

Насущная потребность в таком инструментарии стала очевидной. Именно поэтому было бы целесообразно создание при президенте РФ общественной экспертной организации (назовем ее Центром публичного права и правовой политики), которая смогла бы заниматься разработкой концептуальных проблем развития отраслей и институтов публичного права; мониторингом, осуществлением правового и экономического анализа действующего законодательства, правоприменительной и судебной практики; независимой оценкой состояния правоохранительной и судебной систем, профессиональной экспертизой законопроектов; разработкой рекомендаций по совершенствованию законодательства, правоприменения и правосудия и т.п.

В контексте необходимости принятия на качественно новом уровне законодательных и управлеченческих решений возникает запрос на осуществление системного подхода к пониманию

правовых проблем при помощи инструментов **экономического анализа права и социологии права**.

Такой подход известен в мире как «*law & economics*». Экономический анализ права начал активно развиваться на Западе в 60-х годах прошлого века и с тех пор успел значительно повлиять на мировоззрение юристов во всем мире. Междисциплинарный подход к изучению права набрал большой вес в США¹.

Так как во времена существования СССР к экономике подходили в первую очередь как к науке буржуазного общества (а экономика социализма по понятным причинам своего развития не получила и получить не могла), это течение не было востребовано. С наступлением 90-х годов это направление так и не получило своего развития. В интернете встречаются обсуждения этой тематики, но дальше перечисления рекомендуемой к прочтению литературы и цитирования классиков они не доходят.

Причины отрицания экономического анализа права во многом носят субъективный характер. В силу особенностей юридического образования в России имеют место недостаток экономических знаний у юристов и их нелюбовь к математике. Американские же студенты, напротив, прежде чем поступить на юридический факультет, должны получить в колледже более общее образование, не связанное с юриспруденцией. Процесс обучения выстроен таким образом, при котором именно исследования преподавателей и студентов весьма поощряются. Такое положение дел способствует их большей открытости междисциплинарным подходам к исследованию права.

Доминирующее положение экономического анализа права в США может быть объяснено мотивами, которые движут учеными-юристами при публикации научных работ. В то время как в США и еще в большей степени в Израиле стандарты назначения и продвижения по карьерной лестнице в сфере науки стимулируют публикацию работ по экономическому анализу права, ничего подобного не происходит в Европе. Преимущество США в области экономического анализа права и в области «юридических инноваций» может быть объяснено также применением методов оценки достижений в американской правовой науке. Суть в том, что сильная мотивация в отношении инновационных исследований

¹ См.: Гелтер М., Грехенинг К. Трансатлантические различия правовой мысли: американский экономический анализ права против немецкого доктринализма // Вестник гражданского права. Т. 10. 2010. № 6. С. 207–278.

присутствует там, где многочисленные университеты борются за лучший преподавательский состав и лучших студентов и где наиболее успешные университеты имеют лучшие возможности для продвижения своих студентов на рынке труда.

Привлечение в России к исследованиям проблематики верховенства права, включающим элементы экономического анализа права, широкой профессиональной и общественной аудитории, переориентация всей системы юридического образования с позитивистского правопонимания на понимание, ориентированное на верховенство права, — серьезный вызов времени.

В рассматриваемом контексте первой попыткой использования методов экономического анализа права можно рассматривать экспериментальное исследование, проведенное группой юристов и экономистов нашего Центра по проблематике¹, первоначально определяемой как экономические последствия искажения правового поля.

Потребность в этой работе продиктована тем обстоятельством, что в сегодняшней России уголовное преследование бизнеса уже не является сугубо юридическим вопросом. Проблема обрела характер экономической и нередко влечет за собой не предусмотренное законом последствие — утрату собственности, свободы и бегство капитала². Эти риски сегодня являются неизбежными атрибутами любой самостоятельной экономической деятельности. При этом значительное число политиков, чиновников, специалистов в области права, экономики и государственного управления отрицают, что описанное состояние является социальной реальностью. Это и побудило нас приступить к поиску аргументов, дополняющих наши качественные оценки количественными. Следует оговориться, что создание объективной и доказательной

¹ См.: Уголовная политика в сфере экономики: экспертные оценки. М.: Фонд Либеральная миссия, 2011. (<http://lecs-center.hse.ru/images/lecs/criminal-policy-in-economics-brochure.pdf>).

² По данным организации Global Financial Integrity, с 2000 по 2008 год из РФ незаконным путем было выведено \$427 млрд, ежегодно эта сумма увеличивалась на 18 процентов. С таким показателем РФ оказалась на втором месте, уступив сомнительное первенство Китаю, из которого якобы ушло \$2,18 трлн. В первой пятерке оказались также Мексика, Саудовская Аравия и Малайзия. Если не брать во внимание Китай, то нетрудно заметить, что все лидеры по незаконному вывозу капитала являются экспортёрами углеводородов, то есть странами с преимущественно сырьевым экспортом. Таким образом, ни одна страна мира в силу коррупции или наличия скрытого контура колониального управления не использует полноценно для собственного развития сырьевую ренту (<http://www.ua-offshore.com/news/17-cryme/534----global-financial-integrity--2000--2008-----427->).

картины существующих реалий лишь частично может опираться на инструментальную, поддающуюся экономическому измерению оценку экономических и социальных последствий нынешней уголовной политики государства в сфере экономики. Как было выявлено в ходе нашего исследования, наиболее значительный круг серьезных как для экономики, так и для эмоционального состояния общества негативных эффектов может быть оценен не столько с учетом прямых (к примеру, как процент потерь от ВВП), сколько с учетом косвенных потерь от чрезмерной криминализации. К числу таких потерь может быть отнесено, в частности, следующее. Обширная уголовная репрессия в отношении предпринимателей является одним из факторов, влияющих на состояние инвестиционного климата в стране. Жесткая уголовная политика в сфере экономики стала причиной возникновения в России такой фобии, как страх перед ведением бизнеса (так называемый эффект окрашенной скамейки). Страх ведения бизнеса, вызываемый риском утратить собственность или свободу, порождает целый ряд негативных последствий, о которых уже говорилось выше.

Многие специалисты относят степень влияния уголовной политики в сфере экономики на состояние инвестиционного климата к невычисляемой величине. Однако комплексное рассмотрение этой проблемы позволяет говорить о том, что в ряде случаев угроза уголовной репрессии оказывается более весомым фактором, создающим мотивацию для изъятия капиталов из российской экономики и эмиграции бизнесменов, чем даже волны экономического спада и подъема, коррупция и произвол чиновников (административные барьеры). Сказанное как иллюстрация, — малая часть многочисленных и нередко неожиданных выводов и результатов, включенных в исследовательский оборот уже далеко за пределами авторской группы.

Применение системного подхода к пониманию правовых проблем способно обеспечить динамичное развитие российской правовой системы в направлении открытости к восприятию достижений положительной международной практики, в число которых входит экономический анализ права.

Не будет преувеличением утверждать, что реализация принципов верховенства права — единственный из эффективных правовых путей борьбы с другой серьезной болезнью нашей государственной системы и общества — коррупцией. Согласно ежегодному отчету Global Integrity Index, Россия вошла в число стран, успехи которых в борьбе с коррупцией можно назвать «слабыми».

По данным Transparency International, Россия заняла 147-е место по уровню коррупции среди 180 стран мира. При этом в России наблюдается рост числа преступлений, связанных с коррупцией. Председатель Верховного суда РФ В. Лебедев заявлял, что среди осужденных в России за взяточничество преобладают сотрудники милиции. По его данным, из 1300 человек, осужденных в 2008 году за взяточничество, 31 процент составили представители МВД, 20,3 процента — работники в сфере здравоохранения, 12 процентов — преподаватели, 9 процентов — муниципальные служащие, 2,5 процента — сотрудники Федеральной службы исполнения наказаний (ФСИН) и 2 процента — таможенники¹.

В связи с этим нельзя не остановиться и на тенденции появления и распространения действия **международных и наднациональных правовых инструментов**, таких как:

- правовые методы разрешения в Европе так называемых **замороженных конфликтов** экономического, этнического и иного характера в контексте международной безопасности;
- **организация ГРЕКО** (Группа государств против коррупции);
- **антиклептократические правовые инициативы** зарубежных стран, которые помогают выявлять недостатки национальной правовой политики и стимулируют государства к проведению необходимых законодательных, институциональных и практических реформ, а также — существенному совершенствованию правоприменительной практики.

Проблематика «**замороженных конфликтов**» и поиск правовых методов их «лечения» в Европе являются актуальными и для России. Ключевым подходом к их разрешению является именно следование принципу верховенства права, рассматриваемому в современном международном праве как абсолютное благо, как безусловный механизм преодоления самых тяжелых проблем в современной экономической жизни европейских стран. Даже несмотря на растущее искушение новых членов или кандидатов в члены ЕС в условиях нынешнего экономического кризиса укрепить политический авторитаризм и даже несколько отойти, хотя бы на время, от жесткого следования верховенству права, попытки решать экономические проблемы за счет эгоистического ущемления прав тех или иных социальных групп или даже целых государств будут обречены на провал.

¹ См.: сайт антикоррупционного Совета России (<http://www.korrup.ru/index.php?s=15&id=83>).

Ниже в настоящей книге¹ будет подробно показано, какими инструментами пользуются в настоящее время соответствующие международные организации для внедрения принципов верховенства права в попытке предотвратить сползание к авторитаризму в отдельных странах таких «замороженных конфликтов» между отдельными европейскими государствами. Весьма очевидно и вместе с тем познавательно для нас деление стран современной Центральной и Восточной Европы на две группы: первая, где реальный правый демократический переход в число стран развитого мира состоялся, и вторая, где укрепились перманентные, но тем не менее называемые «переходными» авторитарные режимы, похожие на среднеазиатские. И те и другие пытались строить капитализм и демократию, однако где-то рыночная экономика развивалась и демократия работала, а где-то режимы быстро скатились к той или иной форме олигархии и авторитаризма.

ГРЕКО — международная организация, созданная Советом Европы для мониторинга соответствия законодательства и право-применительной практики государств-участников антикоррупционным стандартам Совета Европы. Она была учреждена 1 мая 1999 года с целью оказания помощи государствам-членам в антикоррупционных усилиях путем выявления на основе взаимных оценок недостатков действующих национальных антикоррупционных механизмов, а также — как площадка для обмена передовым опытом в области предупреждения и выявления коррупции.

Для реализации названных целей ГРЕКО осуществляет мониторинг проводимой странами-участницами политики в сфере противодействия коррупции, в ходе которогодается оценка их соответствия антикоррупционным стандартам Совета Европы и высказываются рекомендации по устранению выявленных недостатков². В соответствии с Уставом ГРЕКО любое государст-

¹ См. главу 11 настоящего издания.

² Механизм работы ГРЕКО заключается в проведении взаимных экспертных оценок с осуществлением страновых визитов для предметного изучения ситуации с коррупцией в оцениваемой стране и особенностей системы организации противодействия ей. В своей деятельности ГРЕКО руководствуется Конвенцией Совета Европы об уголовной ответственности за коррупцию, Конвенцией Совета Европы о гражданско-правовой ответственности за коррупцию, 20-ю Руководящими принципами по борьбе с коррупцией Совета Европы, а также собственной наработанной практикой. В настоящий момент членами ГРЕКО являются 46 государств, включая все страны Совета Европы, а также США. Россия также является членом ГРЕКО с 1 февраля 2007 года. Следует отметить, что названные международные договоры прямо устанавливают, что ГРЕКО является в отношении них контрольным механизмом.

во, подписавшее и ратифицировавшее Конвенцию Совета Европы об уголовной ответственности за коррупцию либо Конвенцию Совета Европы о гражданско-правовой ответственности за коррупцию, автоматически становится ее членом и принимает на себя обязательства проходить процедуры оценки ГРЕКО. Российская Федерация, подписав и ратифицировав Конвенцию Совета Европы об уголовной ответственности за коррупцию, стала членом ГРЕКО 1 февраля 2007 года и теперь проходит определенные раунды оценки со стороны последней. Так как Российская Федерация последней присоединилась к ГРЕКО, при ее оценке использовался весь опыт ГРЕКО, наработанный при оценке других 44 государств-членов.

По словам министра юстиции РФ, оценщики ГРЕКО встречались с представителями Администрации Президента РФ, Аппарата Правительства РФ, Государственной думы, правоохранительных органов, Минфина, Минэкономразвития, Росфинмониторинга, ФНС России, представителями СМИ, с неправительственными организациями, в частности российским отделением Transparency International, фондом «Индем», общественной организацией «Национальный антикоррупционный комитет» (последних из перечисленных сложно заподозрить в особых симпатиях к властным кругам)³. Эксперты ГРЕКО специально отметили необходимость максимального расширения участия институтов гражданского общества в борьбе с коррупцией на всех стадиях и уровнях. Реализация других рекомендаций может потребовать издания руководящих указаний пленумов Верховного и Высшего Арбитражного судов, ведомственных приказов, оптимизации административной практики и кадровой политики государства.

Другой наднациональный правовой инструмент, так называемые antileptocracy legal initiatives (антиклептократические правовые инициативы). Это относительно новая тема, вызывающая большой интерес профессионального сообщества. В настоящее время в России, Великобритании, Швейцарии, США и некоторых других странах произошли важные изменения законодательства о коррупции. Действие новых норм распространено также на юридические лица и граждан, не являющихся резидентами данных стран. Указанные новации в законодательстве стран, традиционно считающихся финансовыми центрами, могут повлиять не только на динамику и потоки российского капитала, но и на

³ <http://www.minjustmag.ru/new1022009.html>.

перераспределение финансовых потоков в международной банковской системе.

Это создает шанс для усиления интереса отечественного и иностранного капитала к расширению своей инвестиционной активности в России. С другой стороны, для активного участия в этом процессе российский бизнес должен детально ориентироваться в новеллах антикоррупционного законодательства и знать практику эффективного комплайенса, стандарты и методики которого уже стали применяются зарубежными компаниями.

В частности, остановимся на одном из них. В Швейцарии с 1 февраля 2011 года вступил в силу федеральный закон от 01 октября 2010 г. «О реституции неправомерно приобретенных имущественных ценностей политически значимых лиц». Этот закон заслуживает особого внимания в связи с тем, что регулирует вопросы не только собственно реституции (как это следует из названия), но и блокирования и конфискации имущества нерезидентов Швейцарии, то есть может быть применен в отношении находящихся в Швейцарии активов, собственниками которых являются российские физические или юридические лица. Данный закон имеет весьма длительную историю принятия¹. Как известно, проблема возврата активов нерезидентов, хранившихся в швейцарских банках, возникла и попала в разряд весьма актуальных после Второй мировой войны.

Швейцария стала испытывать прессинг со стороны иностранных государств, международных институтов, массмедиа, швейцарской общественности. Все они требовали от Швейцарии реституции денежных средств диктаторов, а также — принятия закона, который урегулировал бы отношения, возникающие в связи с хранением в этой стране активов лиц, недобросовестно использующих свое политическое положение для извлечения коррупционных и иных незаконных доходов.

Швейцария совершила определенные шаги по реституции средств преступного происхождения (за последние 15 лет осуществлена реституция на общую сумму 1,7 млрд швейцарских франков). Однако Закон о реституции (получивший неофициальные наименования «Лекс Дювалье» (Lex Duvalier) или «Закон против клептократии») был принят только в октябре 2010 года. В каче-

¹ Подробнее см.: *Федотов А.Г.* Краткий комментарий к швейцарскому закону «О реституции неправомерно приобретенных имущественных ценностей политически значимых лиц» (<http://lecs-center.hse.ru/ru/experts/107-law-against-clepto>).

стве формальных причин, побудивших его принятие, швейцарские законодатели назвали длительные сроки рассмотрения уголовных дел в отношении лиц, обвиняемых в получении и отмывании преступных доходов, случаи безрезультатных обращений в рамках международной правовой помощи по уголовным делам, случаи нецелевого использования реституированных средств (например, Перу использовало эти средства на финансирование полиции)¹.

Наш коллега, А.Г. Федотов, при переводе этого Закона на русский язык обратил внимание, что в нем заложен юридический механизм непрямого возврата «пострадавшим странам» имущественных ценностей, принадлежащих или принадлежавших их политическому руководству, а также конфискация имущества в пользу Швейцарии с последующей реституций заинтересованным странам на основании международного соглашения, а при недостижении такого соглашения — на основании специальных правил. Круг государств, которые могут рассматриваться в качестве «государств происхождения» неправомерно приобретенных имущественных ценностей, определяется Законом как государства, которые находятся в состоянии полного или значительного распада либо система юстиции которых лишена работоспособности (ст. 2.2 «с» Закона). Формальным критерием такого состояния государства происхождения и одновременно формальным поводом для начала процедуры блокирования и конфискации неправомерно приобретенных имущественных ценностей служит неспособность государственных структур в иностранном государстве выполнить запрос, направленный Швейцарией в рамках международной правовой помощи по уголовным делам. Статьи 1 и 2 Закона определяют, что им устанавливается порядок блокирования (*ареста*), конфискации и реституции имущественных ценностей политически значимых лиц в тех случаях, когда *запрос о совместной правовой помощи по уголовным делам не приводит к результатам в связи с несостоительностью (бездействием) государственных структур в запрашиваемом государстве (стране происхождения)*.

Суд учитывает, в состоянии ли данное государство, в связи с *полным либо существенным развалом или отсутствием своей национальной судебной системы, получить в свое распоряжение обвиняемого либо необходимые доказательства и свидетельские показания* или же оно не в состоянии осуществлять судебное разбирательство еще по каким-либо причинам». Тем самым швейцарский Закон

¹ Там же.

при формальном расширении своей юрисдикции на лиц — нерезидентов Швейцарии ориентирован на тот же принцип расширения юрисдикции, согласно которому Международный уголовный суд не принимает к своему производству дела, в отношении которых юрисдикцией обладает какое-либо государство, «за исключением случаев, когда это государство не желает или не способно вести расследование или возбудить уголовное преследование должным образом». Таким образом, смысл ст. 2.2 «с» Закона ориентирован не на общую оценку политического или хозяйственного состояния запрашиваемого государства, а на юридическое значение, придаваемое конкретному результату процедуры правовой помощи, испрашиваемой Швейцарией по расследуемому делу. Поэтому еще до того, как сложится практика применения Закона, можно предположить, что он будет применяться к любому иностранному государству, не исполнившему запрос Швейцарии, сделанный на основании международного договора о правовой помощи по уголовным делам (либо даже на основании международно-признанной практики), поскольку сам факт такого бездействия в соответствии с Законом будет свидетельствовать о неработоспособности системы юстиции запрашиваемого государства.

В отсутствие упомянутых институтов, традиций и инициатив, отвечающих запросам современного правового развития, нынешнее удручающее состояние правовой системы образно охарактеризовано профессором С.С. Алексеевым как «крушение права»¹. Оспорить это утверждение непросто. Очевидно, что мы дошли до той точки падения, когда, оттолкнувшись от дна, необходимо вернуться к невыученным урокам, наконец, признать и учесть собственные ошибки, использовать богатый, если не сказать, очевидно однозначный исторический и зарубежный опыт, а также воспринять новые вызовы времени для возрождения здоровой правовой системы, построенной на принципах верховенства права.

¹ Алексеев С. С. Крушение права. Полемические заметки. Екатеринбург: Институт частного права, 2009.

ГЛАВА 8

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА: ПРОБЛЕМЫ ПОНИМАНИЯ

А.Г. Федотов, кандидат юридических наук, ведущий научный сотрудник
Центра правовых и экономических исследований Экспертного
института НИУ ВШЭ, адвокат

I

В последние годы термин «верховенство права» широко используется в российских правовых и экономических исследованиях, высказываниях политиков и общественных деятелей, в СМИ. Однако активный оборот этого термина осуществляется по известному инструментальному принципу «как есть», большинство оперирующих словосочетанием «верховенство права» воспринимают его, скорее, на уровне обыденной семантики, чем как точное определение. Предпринимаемые не-юристами попытки определить, каково же содержание этого термина, обнаруживают, что «верховенство права» понимается весьма «размыто», даже противоречиво, часто используется как аморфное понятие. В частности, А.Е. Шаститко, исследуя понимание верховенства права английскими, американскими и немецкими специалистами, которые вкладывают в это понятие от 3 до 8 весьма различных характеристик, констатирует, что «платой за расширительную трактовку может стать низкая степень операциональности данной конструкции»¹.

Между тем с юридической точки зрения эта задача не представляется предполагающей столь многовариантные ответы, поскольку имеется возможность проследить историческое возникновение и развитие юридического феномена, который принято именовать верховенством права.

Термин «верховенство права» представляет собой смысловой (дословно неточный) перевод принципа «rule of law», родившегося в недрах английского права. Считается, что понятие «rule of law» впервые было применено в петиции Палаты общин,

¹ Шаститко А. Верховенство права: экономическая реконструкция и выводы для политики // Право и правоприменение в России: междисциплинарные исследования. М.: Статут, 2011. С. 28–32.

направленной королю Якову I в 1610 году, в которой правление посредством определенных норм права (*governed by the certain rule of the law*) в противовес различным неопределенным или произвольным формам правления (*and not by any uncertain or arbitrary form of government*) провозглашалось высшей ценностью¹.

В том же 1610 году судьей Э. Коуком (E. Coke) было вынесено решение по делу доктора Бонхэма (Dr. Bonham's case), которое многими юристами того времени рассматривалось как спорное и даже «странное»², однако впоследствии оно было признано одним из важнейших в возникновении и развитии в английском праве принципа «rule of law», а также явилось одним из основополагающих при становлении американского конституционализма. Рассматривая дело, связанное с врачебной практикой без должной лицензии, Коук сформулировал неочевидное для современных юристов положение о том, что суду следует контролировать акты парламента с позиций общего права (common law) и в случае, если акты парламента противоречат общим правам (common rights) и разуму (разумному порядку вещей) или их невозможно выполнить, выносить судебное решение, что такие акты недействительны³. Тем самым Коук сформулировал идею приоритета права не только над властными велениями суверена, но и над законом (актами парламента), а также определил, что способом обеспечения такого приоритета является судебное решение. Конечно, он еще не именовал эти положения как принцип верховенства права и судебного контроля за законодательством, но, по сути, эти идеи были оглашены им⁴.

В дальнейшем становление и развитие принципа «rule of law» в английском правопорядке происходило в результате серьезных общественных потрясений, в возникновении и развитии которых

¹ См.: Cobbett's complete collection of state trials and proceedings for high treason and other crimes and misdemeanors from the earliest period to the present time. Vol. II. London. 1809. P. 524.

² Для того чтобы описать реакцию на это решение, достаточно сказать, что «разъяснить» позицию по этому вопросу судье предложил сам король, а отказ Коука изменить свои взгляды, в конце концов, привел к его отставке с должности судьи. Подробнее о реакции на это судебное решение см.: Plucknett T.F.T. Bonham's Case and Judicial Review // Law, Liberty, and Parliament: Selected Essays on the Writings of Sir Edward Coke. Indianapolis. 2004. P. 150–186.

³ См.: Bingham P. Reports of cases argued and determined in the Court of Common Pleas, and other courts. Vol. I. London. 1824. P. 375.

⁴ Нужно отметить, что не все юристы признают такую роль Коука в развитии идеи верховенства права, но смысл его решения говорит сам за себя.

свою роль сыграли, среди прочего, и судебные решения, ставившие усмотрение власти выше права. Право Англии прошло через период, когда постулат «rule of law» игнорировался и подменялся действием «норм правителя» (rule of government). Юридическая позиция, закрепляющая верховенство короны над правом, была, в частности, сформулирована судьей Р. Беркли: «Никакой акт парламента не может обязывать короля не изымать имущество и деньги своих подданных» («That no Act of Parliament could bind the King not to command away his subjects' goods and money»)¹.

«Конфликт права и короны» обострился при рассмотрении английскими судьями в 1637 году дела Джона Хэмпдена (John Hampden), оспаривавшего введенный в 1634 году Карлом I без согласия парламента (распущенного еще в 1629 году) налог — так называемые корабельные деньги (ship-money), вначале собиравшиеся под предлогом расходов на оборону, а затем превратившиеся в общий налог². Один из судей (Finch), входивший в коллегию, рассматривавшую иск, сформулировал позицию по делу, состоявшую в том, что никакой акт парламента не может ограничивать короля в его привилегиях, поэтому акты парламента, связывающие королевскую власть, являются недействительными. В результате рассмотрения дела семь судей из двенадцати (Finch, Jones, Berkley, Vernon, Crawley, Trevor, Weston) проголосовали за решение в пользу короны (ее привилегии произвольно устанавливать налоги вопреки актам, принятым парламентом)³.

В дальнейшем конфликт между королем и парламентом вокруг ship-money стал одним из поводов для роспуска парламента, что в результате привело к гражданской войне в Англии. В 1641 году парламент признал этот налог незаконным. В 1649 году по решению специально созданного суда (High Court of Justice) Карлу I была отрублена голова (видимо, в этот раз английский суд счел, что именно в этой части корона недопустимо выше права). Судебное решение по делу Джона Хэмпдена, в котором суд поставил власть

¹ См.: The history of the Puritans, or, Protestant Non-Conformists, from the Death of Queen Elizabeth to the Beginning of the Civil War in the Year 1642. Vol. II. Dublin. 1755. P. 134; The works of the late Edward Dayes. London.1805. P. 72.

² Подробнее см.: A Complete Collection Of State-Trials And Proceedings For High-Treason And Other Crimes and Misdemeanours. Vol. I. London. 1730. P. 483—698; Jansson M. Shared Memory: John Hampden, New World and Old (<http://www.johnhampden.org/sharedmemory.pdf>).

³ См.: Hallam H. The constitutional history of England from the accession of Henry VII to the death of George II. Vol. II. Paris. 1827. P. 93.

выше права, стало одним из самых «социально дорогих» судебных решений в истории.

Позднее, с утратой короной реальной власти, принцип «rule of law» стал пониматься как верховенство права не только над короной, но и над любой государственной властью. С возникновением идеи правового государства этот принцип стал рассматриваться в качестве неотъемлемой составляющей правопорядка правового государства. Одно из наиболее цитируемых определений «rule of law» было дано А.В. Дайси, который определял верховенство права как «абсолютное верховенство или преобладание действующего права, противостоящее влиянию произвольной власти и исключающее существование произвола, прерогатив или даже широких дискреционных полномочий со стороны правительства»¹.

В самом общем виде принцип «rule of law», рожденный английской правовой системой, можно описать следующим образом: право не может быть сведено к формальным установлениям государства, и если такие установления недопустимо отклоняются от внутренних требований («правил») права, то правом они признаны быть не могут и потому подлежат неприменению (отмене) судом.

Принцип «rule of law», возникший в рамках английской правовой традиции, оказал существенное влияние на становление государственной и правовой системы США и был воспринят странами континентального права², в каждой из которых получил свое наименование: *Rechtsstaatlichkeit* в Германии, *État de droit* во Франции, *Stato di diritto* в Италии, *Estado de derecho* в Испании³. И хотя этот принцип был воспринят не без критики⁴ и был так или иначе⁵

¹ Dicey A.V. Introduction to the Study of the Law of the Constitution. London. 1927. P. 198.

² Подробнее см.: Costa P. The Rule of Law: A Historical Introduction // The Rule of Law: History, Theory and Criticism. Springer, 2007. P. 73—149.

³ См.: Zolo D. The Rule of Law: A Critical Reappraisal // The Rule of Law: History, Theory and Criticism. Springer, 2007. P. 3.

⁴ См., например: Portinaro P.P. Beyond the Rule of Law: Judges' Tyranny or Lawyers' Anarchy? // The rule of law: history, theory and criticism. Springer, 2007. P. 353—370.

⁵ По мнению ряда авторов, адаптация «rule of law» в континентальных правовых системах с помощью использования терминологии правового государства влечет деформацию в понимании сущностных характеристик этого принципа. Так, например, Г. Аджани полагает, что все переводы, которые включают термин «государство», не подходят, так как они искажают суть идеи «rule of law», поскольку ее определяющим элементом является не государство, а вне-государственное право (extra-state law) — прецедентное право или право юристов (case law or Juristenrecht). См.: Ajani G. The Rise and Fall of the Law-Based State in the

адаптирован¹ к особенностям каждого правопорядка², суть верховенства права осталась неизменной: право стоит выше государства (власти), и эта иерархия должна обеспечиваться судом.

II

Хотя проблематике верховенства права в России посвящена обширная литература, в которой высказаны весьма различные мнения о характере, содержании и способах реализации данного мега-принципа³, в этих работах, как правило, остается без внимания та важная особенность, что среди российских юристов господствует представление о праве, которое, даже на уровне понятий, конфликтует с принципом верховенства права. Мы имеем ситуацию, когда попытки имплицировать этот принцип в нашу правовую реальность встречают отторжение уже на уровне правовой теории и юридического образования: верховенство права провозглашается, но на практике — игнорируется.

Преодоление такого положения без изменения профессионального правосознания юристов невозможно. Принцип верховенства права не может быть реализован вне практической деятельности специалистов в области права, чье профессиональное сознание сформировано прежде всего системой высшего

Experience of Russian Legal Scholarship: Foreign Patterns and Domestic Style // Toward the «Rule of Law» in Russia?: Political and Legal Reform in the Transition Period / ed. by D.D. Barry. New York: M.E. Sharpe, 1992. P. 5.

¹ Нужно отметить, что концепция «rule of law» воспринималась странами континентального права не в условиях «правового вакуума». Так, например, в Германии «конкуренцию» ему составляла концепция правового государства, идея о котором была высказана в немецкой науке еще в 1813 году. К.Т. Велькер писал о правовом государстве как о «государстве разума» (Staat der Vernunft). См.: *Welcker K.T. Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe: philosophisch und nach den Gesetzen der merkwürdigsten Völker rechtshistorisch entwickelt. Giessen. 1813. S. 25, 71 ff.*

² Одним из первых скептиков по поводу рецепции «rule of law» другими правовыми системами высказал Б. Леони, который писал: «...Я склонен прийти к заключению, что... фундаментальное значение... имели ошибки тех исследователей и обычных людей, которые попытались воспроизвести в континентальной Европе британское “верховенство права” и вообразили себе, что континентальная имитация английской или американской системы (например, немецкое Rechtsstaat, французское *é'tat de droit* или итальянское *stato di diritto*) получилась действительно очень похожей на английское rule of law». См.: *Леони Б. Свобода и закон. М., 2008. С. 77.*

³ Который, заметим, в российском законотворчестве и в деятельности отечественных судов далек от своей реализации.

юридического образования, поскольку для работы по юридической профессии установлен жесткий образовательный ценз. Согласно закону¹ профессиональная юридическая деятельность в качестве судьи, прокурора, следователя, адвоката разрешена только лицам, имеющим высшее юридическое образование². Однако существующая система высшего юридического образования в целом демонстрирует стойкое неприятие воззрений на право, совместимых с принципом верховенства права. Новые социальные реалии и становление новой правовой системы пока не привели к тому, чтобы профессиональное сознание студентов-юристов не формировалось в стандарте господства этически-нормативного представления о праве³.

Большинство учебников по теории права содержат примерно одни и те же определения того, что есть право. «Право представляет собой единственную систему норм, обязательных для всех членов общества», «исполнение норм права и защита прав обеспечиваются и защищаются государством», «нормы права устанавливаются или санкционируются государством», они «обязательно выражены в официальной форме», «наиболее общей правовой категорией является понятие объективного права как системы общеобязательных норм, признанных либо установленных и охраняемых государством»⁴. «У закона (позитивного права) нет своей собственной сущности, отличной от сущности права»⁵, «право — это официально установленная и обеспеченная государственной за-

¹ См.: подп. 1 п. 1 ст. 4 Закона РФ от 26 июня 1992 г. № 3132-І «О статусе судей в Российской Федерации»; п. 1 ст. 40.1 Федерального закона от 17 января 1992 г. № 2202-І «О прокуратуре Российской Федерации»; ч. 1 ст. 16 Федерального закона от 28 декабря 2010 г. N 403-ФЗ «О Следственном комитете Российской Федерации»; п. 1 ст. 9 Федерального закона от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации».

² Правда, в последнее время законодатель без видимых внятных причин почему-то разрешил работу на должностях следователей и помощников прокуроров лиц с неполным высшим образованием.

³ О проблемах юридического образования в России см., например: *Sahlas P.J., Chastenay C. Russian Legal Education: Post-Communist Stagnation or Revival // Journal of Legal Education. Vol. 48. No 2 (June 1998). P. 194—215.*

⁴ Общая теория права: Учебник для юридических вузов / под общ. ред. А.С. Пиголкина. М., 1998. С. 84—85, 87.

⁵ Оценивая такой постулат, прежде всего необходимо задаться вопросом: если у позитивного права нет сущности, отличной от сущности права, то чем же тогда занимается Конституционный Суд, и как быть с теми положениями закона, которые посредством процедуры конституционного нормоконтроля были признаны неправовыми?

щитой системе норм, соответствующая принципу формального равенства»¹. «Право есть мера поведения, установленная и охраняемая государством», «правовые нормы в современном обществе устанавливаются государством в официальных актах» и «охраняются в необходимых случаях принудительной силой государственного аппарата»². «Право — это... система норм, подавляющее большинство которых установлено или санкционировано государством»³.

Конечно, в учебниках упоминается о наличии широкого круга иных взглядов на право и содержатся оговорки, что законы и само государство «должны быть правовыми», но в итоге студенту в качестве верного предлагают в той или иной вариации именно такое определение, согласно которому правом является система норм, установленных (санкционированных) и охраняемых государством.

Здесь мы сталкиваемся с тем редким случаем, когда истории отечественного права точно известно, когда и как было выработано данное определение права и кто является ее автором. Эта definicija была сформулирована в 1938 году А.Я. Вышинским, который определил право следующим образом: «Право есть совокупность правил поведения, выражаящих волю господствующего класса, установленных в законодательном порядке, а также обычая и правил общежития, санкционированных государственной властью, применение которых обеспечивается принудительной силой государства, в целях охраны, закрепления и развития общественных отношений и порядков, выгодных и угодных господствующему классу»⁴. Это так называемый тезис № 24, обсуждавшийся на совещании советских юристов, проходившем 16—19 июля 1938 году в институте права Академии наук СССР.

Определение было дано Вышинским (на тот момент — директором Института права АН СССР и одновременно — Прокурором СССР) и «принято» юридическим сообществом. Поскольку до этого в советском правоведении имелись и другие представления о праве, тем юристам, которые имели иные научные взгляды (вполне, впрочем, социалистического свойства), были

¹ Проблемы общей теории права и государства: Учебник для вузов / Под общ. ред. В.С. Нерсесянца. М., 2004. С. 190, 192.

² Хропанюк В.Н. Теория государства и права. Учебник для высших учебных заведений. М., 2008. С. 169, 180—181.

³ Марченко М.Н. Теория государства и права: учебник. М.: Проспект, 2011. С. 87.

⁴ Вышинский А.Я. Основные задачи науки советского социалистического права: Доклад на I Совещании по вопросам науки советского государства и права (16—19 июля 1938 г.) // Вопросы правоведения. 2009. № 2. С. 266—267.

представлены обычно применявшимися в тот период времени доказательства их неправоты. Сам Вышинский так описывает эти «неверные» воззрения и способы их «опровержения»: «.... Лжемарксистские концепции прямо вели к вредительской практике всевозможных предателей, всех этих крыленко, пашуканисов и пр., стиравших специфические качества права и правовых отношений и пытавшихся разрушить наш суд и нашу юстицию». «Эти презренные изменники разоблачены теперь как проституированные агенты фашистской буржуазии, прибегающей к помощи этих и им подобных «ученых», «профессоров» и проч. для предательской работы по разложению наших рядов, по дезорганизации такого мощного фактора социалистического строительства, как советская наука вообще, как наука советского права, в особенности». «В результате разгрома советской разведкой во главе со сталинским наркомом тов. Н.И. Ежовым троцкистско-бухаринских фашистских агентов и изменников, орудовавших в научных учреждениях, наука советского права, научно-исследовательские юридические институты вышли теперь на широкую дорогу подлинного научного социалистического творчества, работая на благо советского народа и социалистического государства рабочих и крестьян, осуществляя директивные указания товарищей Сталина и Молотова о задачах передовой науки»¹. Цитата длинна, но она того стоит: следует понимать, в результате какого рода «теоретических дискуссий» утвердилось господство того определения (понимания) права, которое, по сути, и сегодня задает стандарт профессионального правосознания.

Правда, впоследствии Вышинский утверждал, что это — определение права, которое было выработано коллективными усилиями совещания юристов в 1938 году и которое, таким образом, неправильно приписывается ему², но материалы этого совещания не оставляют никакого сомнения, что дефиниция принадлежит «товарищу Вышинскому». Поскольку, как тогда было принято выражаться, вопрос с внутренними оппонентами предложенного определения права был решен полностью и окончательно, в дальнейшем обсуждение иных воззрений на право проходило только в порядке дискуссии с внешними критиками. Так, в 1949 году отвечая «клеветникам» из «Таймс», в которой «протаскивается мыслишка о том, что советское право отличается от права других

¹ Вышинский А.Я. Указ. соч. С. 254, 262—263.

² Вышинский А.Я. Вопросы теории государства и права. М., 1949. С. 418.

«цивилизованных» государств», Вышинский писал, что «определение Института права... не имеет ничего общего с нормативизмом, если не считать содержащееся в нем упоминание норм. ...Следует обратиться к тем ученым, которые действительно являются нормативистами — Дюги, Штамлеру, Кельзену и многим другим, чтобы убедиться, что ярлык нормативизма приклеивается авторам нашего определения без всякого основания — по невежеству или недобросовестности. ...Нормативисты... отрицают, что право является выражением воли господствующих классов, не видят и не признают того, что юридические законы черпают свое содержание в определенных экономических или производственных условиях, господствующих в обществе»¹.

Отнесем оценку Л. Дюги² и Р. Штаммлера³ как «нормативистов» к «полемическим вольностям», которые часто позволял себе Вышинский, но что касается его суждений об отличиях данного им определения права от понимания права Г. Кельзеном, то здесь Вышинский был абсолютно прав (заметим в скобках, что не следует судить о Вышинском исключительно по его работам и тем

¹ Там же. С. 417, 420.

² Действительная позиция Дюги была весьма далека от нормативизма. Критикуя тех, кто полагает, что «закон... носит специфический характер, обладает особой силой, потому что исходит от воли, обладающей особой природой», что «это воля коллективности, олицетворенная в государстве и совершенно отличная от воли индивидов; так что последним остается покориться ее законам уже потому, что она обладает трансцендентной обязательной силой», он писал: «...Отсюда и берет начало фетишистское преклонение перед законом», «дело в том, что закон есть выражение не всеобщей воли, которой не существует, и не воли государства, которой также нет, а воли нескольких человек, голосующих в парламенте», «это факт; вне этого есть только фикции и бессмысленные формулы». См.: *Дюги Л. Социальное право. Индивидуальное право. Преобразование государства. Лекции, читанные в «Ecole des hautes etudes sociales»*. СПб., 1909. С. 28.

³ Штаммлер присоединялся к мнению Иеринга о том, что «произвол есть законо-дательное определение, при котором законодатель поставил себя в противоречие с общими принципами права». Он писал: «Произвольное распоряжение будет заключаться в предписаниях власти, которые имеют формально только субъективное значение и могут признаваться лишь как выражение личного настроения устанавливающих правило лиц. Выраженное в известном предписании оно не может быть рассматриваемо даже со стороны предписывающего лица (в формальном смысле), как объективно связывающее регулирование человеческих отношений» (См.: *Штаммлер Р. Сущность и задачи права и правоведения*. М., 1908. С. 49–50). Штаммлер определял право как «непререкаемое самовластно обязывающее веление» (das unverletzbar selbsttherrlich verbindende Wollen) (*Stammller R. Lehrbuch der Rechtsphilosophie*. Berlin und Leipzig. 1922. S. 89). Если это — «нормативизм», то трудно себе представить, что же тогда не нормативизм.

более по его судебным речам и иным публичным выступлениям, выдающиеся юристы, знавшие его лично, отмечали, что он обладал глубокими познаниями в праве и незаурядным интеллектом). Поэтому едва ли стоит сомневаться, что Кельзена он читал, а не судил о его работах понапасыше. Понимая, что общую идею определения права он заимствует у Кельзена¹, Вышинский неоднократно возвращался к объяснению того, как его определение права отличается от кельзианского (чисто нормативистского), и достаточно наглядно (хотя и в свойственном ему «стиле») демонстрировал это отличие.

В кельзеновском определении права государство отсутствует, является некой фигурой умолчания, самое большое — «метаправовой сущностью», в необходимых для изложения случаях заменяемой так называемой постулируемой основной нормой, в содержание которой «входит лишь определение некоторого нормотворческого фактора, уполномочивание нормоустанавливающей инстанции». По Кельзену, «государство есть правопорядок», «государство как порядок человеческого поведения есть относительно централизованный порядок принуждения», «мы видим *тождество* (курсив мой. — А.Ф.) государства и права, если мы понимаем, что... позитивное право... и есть тот самый порядок принуждения, каким государство представляется правоведению»².

У Вышинского же государство — это главное, через что определяется право, так сказать, этатический демиург, который творит право и защищает его, и при этом никаких ограничений, кроме «определенных производственных отношений» (в марксистском понимании), этот «творец» не имеет — право подчинено воле государства (господствующего класса) абсолютно, любое юридическое веление государства, облеченный в нормативную форму и обеспеченное его силой, по Вышинскому, есть право. В определении Вышинского главное — не нормативизм (как у Кельзена), а этатизм, причем этатизм совершенно экстремальный³. Поэтому его понимание (определение) права является нормативизмом только по форме, по сути оно — этатическое. По своей внутренней логике оно сводит право к нормативной форме этатизма, максимой права является воля государства (господствующего класса). Чтобы

¹ Кельзен определял право как «систему норм, регулирующих человеческое поведение». См.: Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Вып. 2. М., 1988. С. 67.

² Там же. С. 69, 71, 110, 112, 152, 153.

³ По сути, Вышинский дал идеальную модель права тоталитарного государства.

снять последние сомнения в том, что в его понимании права главное — не нормативность (которая представляет собой только форму), а абсолютная зависимость норм от государства, Вышинский пояснял: «...По существу все отрасли права могут быть включены в круг государственного права, если под этим последним понимать учение о всех сторонах развития и деятельности государства, как они проявляются в тех или иных правовых формах»¹.

Суть сформулированных Вышинским (и господствующих в России до настоящего времени) представлений о праве заключается не просто в их нормативизме (это вторично, это форма), а в их крайнем этатизме: вне государства права нет; право — это исключительно «продукт» государства; право — это любое веление власти, изложенное в нормативной форме². Соответственно, все иные юридические феномены (даже выполняющие функции регулирования общественных отношений, но не имеющие своим источником государство) — «не право». Это экстремально этатическое воззрение на право и сегодня предопределяет реальные (не-теоретические) проблемы в области нашего права — от принятия заведомо неконституционных законов³, издания «писем» ведомств, усекающих или уничтожающих различные, в том числе конституционные, права, до «посадок» предпринимателей и иных лиц, чьи действия разошлись с интересами власти, которая полагает, что любое ее веление, облечено в юридическую форму, — «право».

Нужно добавить, что даже в «нейтральном», кельзеновском, понимании, нормативизм, абстрагирующийся от классовой борьбы и конкретных характеристик государства, издающего юридические

¹ Вышинский А.Я. Основные задачи науки советского социалистического права: Доклад на I Совещании по вопросам науки советского государства и права (16—19 июля 1938 г.) // Вопросы правоведения. 2009. № 1. С. 243—244.

² То, что Вышинскому это государство искренне (или, с учетом того, что в 1917 году он, по некоторым свидетельствам, подписал в качестве председателя 1-й Якиманской районной управы Москвы распоряжение о выполнении приказа временного правительства об аресте «немецкого шпиона Ленина» (см.: Ракитин А.В. В.А. Антонов-Овсеенко: историко-биографический очерк. Л.: Лениздат, 1989. С. 312.), — не очень искренне) представлялось как «социально передовое», «несущее всеобщее благо», в сути определения права мало что меняет.

³ В качестве примера можно привести закон об Олимпиаде, низвергающий право собственности с уровня конституционного права до уровня усмотрения строителей олимпийских объектов. См.: Федеральный закон от 1 декабря 2007 г. № 310-ФЗ «Об организации и о проведении XXII Олимпийских зимних игр и XI Паралимпийских зимних игр 2014 года в городе Сочи, развитии города Сочи как горноклиматического курорта и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 03.12.2007. № 49. Ст. 6071.

нормы и охраняющего их, едва ли является собой столь «чистую» и социально стерильную теорию, как это представлялось ее автору. Можно только порадоваться за Кельзена, своевременно эмигрировавшего из Германии. Жизнь могла бы представить ему слишком жесткие доказательства того, к чему в конечном счете может вести его теория: в соответствии с законами Третьего рейха «о чистоте расы» Кельзена, как человека «неарийского» происхождения, по всей вероятности, отправили бы в газовую камеру — совершенно «правовым образом», «на основании норм права», существующих в государстве, которое «само тождественно праву»¹.

В этом смысле история Германии 30—40-х годов прошлого века представляет собой впечатляющее учебное пособие о «социальных рисках» нормативистского (позитивистского) взгляда на право, безоговорочно признающего таковым всякую юридическую норму, изданную государством («позитивное право»). В обыденном сознании приход Гитлера к власти в результате парламентских выборов часто связывается с «негативной стороной демократии». Даже многие специалисты не осознают, что фашистское государство было создано не в результате победы на выборах, а путем нормативистского (позитивистского) антиконституционного переворота, совершенного в течение 1933 года: 28 февраля был принят указ рейхспрезидента «О защите народа и государства», отменивший основные конституционные права и свободы и ставший «правовой основой» для учреждения концлагерей²; 23 марта был принят закон о предоставлении Гитлеру чрезвычайных полномочий; 31 марта — временный закон об унификации земель и рейха, нацеленный на создание «управляемого», по сути, унитарного (и авторитарного)

¹ Удивительно, но сам Кельзен, переиздавая в 1960 году свой классический труд, счел возможным включить в него следующий текст: «Согласно праву тоталитарных государств правительство управомочено лиц, чьи убеждения, религия или раса нежелательны, заключать в концентрационные лагеря и принуждать к любым работам, и даже умерщвлять. Такие меры можно морально осуждать самим серьезным образом; но их нельзя рассматривать как находящиеся вне правопорядка этих государств. По своей проявляющейся сущности все эти акты представляют собой такое же лишение жизни, свободы и собственности, что и санкции в виде смертной казни, лишения свободы и исполнительного производства в гражданском деле» (см.: *Kelsen H. Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*. Wien. 1960. S. 42). Возможно, это — тот самый случай, когда автор теории для доказательства ее верности был готов на смерть, однако едва ли кто-то еще согласится считать это свидетельством правильности «чистого учения о праве».

² Об открытии первого из которых (в Дахау) Гиммлер публично заявил на пресс-конференции менее чем через месяц — 20 марта 1933 г.

государства; 07 апреля — закон, позволявший увольнять с государственной службы неблагонадежных (в том числе в соответствии с «арийским параграфом»), а также второй закон об унификации земель и рейха; 01 июня — закон о сокращении безработицы («взнос немецкой промышленности Адольфу Гитлеру»); 14 июля — закон против образования новых партий; 04 октября — закон о редакторах; 24 ноября — закон о превентивном заключении; 01 декабря — закон о единстве партии и государства. Все эти законодательные акты свели на нет действие Конституции Веймарской республики, позволили организовать 12 ноября 1933 года фикцию выборов в рейхстаг и законодательно закрепить их результаты: явка — 95,2 процента, за «единий список НСДАП» — 92,2 процента, недействительных бюллетеней — 7,8 процента¹.

Поскольку в стране отсутствовали социальные и юридические механизмы, которые позволяли бы признавать законодательство («позитивное право») неправовым и неконституционным, это дало Гитлеру возможность «юридически обоснованно» (квазиправовым путем) совершить переворот и заменить демократическую республику авторитарным фашистским государством. Это был пример «юридического» государственного переворота, возможного в условиях господства нормативистских (позитивистских) представлений о праве².

Серьезное профессиональное обсуждение нормативистских взглядов на право, равно как и их социальных последствий, важно не как «теоретический спор»: проблема состоит не в том, что в 1938 году Вышинский сформулировал понятие права как системы норм, устанавливаемых и защищаемых государством, которое в этой нормотворческой и охранительной деятельности ничем не ограничено, кроме «объективных требований производственных отношений», проблема в том, что это понимание права является стандартом профессионального правосознания в России XXI века. Не будет большим преувеличением сказать, что право и реальный правопорядок Англии таковы, поскольку английские юристы помнят, кто и каким образом в 1610 году сформулировал понятие

¹ Подробнее см.: *Фрай Н.* Государство фюрера: Национал-социалисты у власти: Германия, 1933—1945. М., 2009. С. 38—51, 231—234.

² Примечательно, что в условиях гитлеровской Германии формула «право = закону = нормативному велению государства» в качестве итога имела то, что юристы, обслуживавшие фашистский режим, объявили о построении «национал-социалистического правового государства». См.: *Koellreutter O.* Der nationalsozialistische Rechtsstaat. Berlin, 1938.

«rule of law», и что право и реальный правопорядок России таковы, поскольку большинство российских юристов не помнят (не желают помнить), кто и каким образом в 1938 году «утвердил» понятие права, которое до настоящего времени господствует в профессиональном правосознании.

III

Хотя в работах по праву трудно обнаружить какую-то «стандартную дефиницию» верховенства права, понимание юристами этого принципа первоначально вытекает из требований системности и непротиворечивости права. Применение любой нормы закона или любого положения договора не должно нарушать право в иной его части. Это требование весьма наглядно иллюстрируется хрестоматийным примером из шекспировского «Венецианского купца»¹, где, как мы помним, Шейлок заявлял, что право ничего не стоит («Плюю на ваш закон! Венеции декреты не надежны»)², если ему в уплату долга не дадут отрезать фунт мяса, «как можно ближе к сердцу должника». На что ему было сказано: отрежь — но не пролей ни капли крови. Право не начинается и не заканчивается правом отрезать фунт мяса с груди должника, оно — значительно больше.

Право всегда больше, чем закон или соглашение (договор), и если они, содержащиеся в них нормы или установления, нарушают иные положения права (прежде всего его принципы), то вступают в действие механизмы, которые не позволяют издание и применение неправовых законов, злоупотребление правом, нарушение прав третьих лиц и т.д. Применительно к верховенству права из этого следуют два важных вывода. Первый состоит в том, что право не может быть сведено к закону, иначе исчезнет та составляющая права, которая в случае принятия неправового закона дает масштаб (точку отсчета), которая позволяла бы установить, что закон является неправовым и применению не подлежит. Второй

¹ Использовавшимся для анализа права еще Гегелем (см.: Гегель Г.В.Ф. Философия права. 1990. С. 65). Иеринг посвятил этому примеру большую часть предисловия к своей знаменитой «Борьба за право» (см.: Иеринг Р. Избранные труды. Т. I. СПб., 2006. С. 18–22). Эта традиция продолжается и сегодня: 21 июня 2011 года в Бостоне 20 судей различных судов штата Массачусетс провели организованные коллегией адвокатов Массачусетса чтения и дискуссию на тему «Шекспир и ограничения, вытекающие из верховенства права» (см.: Massachusetts Lawyers Journal. Vol. 18. No. 12. August 2011. Р. 3).

² Перевод Т.Л. Щепкиной-Куперник. В первоисточнике: «fie upon your law! There is no force in the decrees of Venice».

вывод заключается в том, что принцип верховенства права направлен в первую очередь на разрешение внутреннего конфликта права, то есть конфликта, лежащего внутри (а не вне) права и не совпадающего с внешним («фактическим») конфликтом, который разрешается посредством права.

Сведение права к закону и отрицание права вне закона неизбежно конфликтует с принципом верховенства права, поскольку провозглашает правом любой закон (что опровергается как минимум практикой Конституционного Суда) и отторгает те части права, без которых реализация верховенства права невозможна. В первом приближении (формально) эта проблема выглядит как проблема источников права. Согласно традиционной (нормативистской) теории источником права является закон или иной нормативный акт, исходящий от государства и являющийся «вместе-лицем» правовых норм. Парадокс состоит в том, что даже действующее законодательство не содержит веских оснований для утверждения о верности или обоснованности этого представления.

Так, согласно ч. 4 ст. 15 Конституции РФ общепризнанные принципы и нормы международного права являются составной частью российской правовой системы. Между тем совершенно необязательно, чтобы эти нормы и принципы были сформулированы в каком-то международном договоре или ином «нормативном документе». Например, важнейший принцип правовой определенности не был установлен какой-либо конвенцией, он выработан юридической практикой и применяется судами. И он является (должен являться) составной частью российской правовой системы.

Федеральный конституционный закон от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» устанавливает, что при определении соответствия или несоответствия Конституции законов и нормативных актов федерации и субъектов федерации (подп. «а» и «б» п. 1 ст. 3) Конституционный Суд принимает решение по делу, оценивая как буквальный смысл рассматриваемого акта, так и смысл, придаваемый ему официальным и иным толкованием или сложившейся правоприменительной практикой (ч. 2 ст. 74). Таким образом, закон конституционного уровня признает, что правовым регулятором («нормой») является не только текст нормативного акта, но и выходящий за рамки этого текста смысл (понимание), возникший из толкования или сложившейся правоприменительной практики¹,

¹ Которая сама по себе может пониматься по-разному.

что очевидным образом выходит за рамки традиционного нормативистского (позитивистского) понимания права.

Непозитивистская составляющая системы права дополняется и другими, не являющимися нормативными, актами, правовыми феноменами, нормативное значение за которыми признается действующим законодательством. Прежде всего это процессуальные и непроцессуальные акты судов¹.

Процессуальное законодательство содержит положения, согласно которым деятельности судов по вынесению судебных решений и деятельности высших судов по обобщению судебной практики в некоторых случаях придается большая юридическая сила, чем даже норме закона. Согласно п. 3 ст. 391.9 ГПК РФ и п. 1 ч. 1 ст. 304 АПК РФ нарушение единства в толковании и применении судами норм права является основанием для отмены или изменения Верховным Судом и Высшим Арбитражным Судом вступивших в силу судебных актов. При этом нарушение норм закона не является основанием для отмены судебного решения этой (надзорной) судебной инстанцией.

Кроме того, эти положения дополняются нормами закона о новых и вновь открывшихся обстоятельствах. Пункт 5 ч. 4 ст. 392 ГПК РФ и п. 5 ч. 3 ст. 311 АПК РФ устанавливают, что вступивший в законную силу судебный акт может быть отменен по новым обстоятельствам, если постановлением Пленума или Президиума Верховного Суда либо Пленума или Президиума Высшего Арбитражного Суда определена либо изменена практика применения правовой нормы². Это означает, что за толкованием высших

¹ Нужно отметить, что в данном случае речь идет не о прецеденте, поскольку в англо-американской традиции нормативное значение придается конкретному судебному акту, а действующее российское законодательство и правоприменительная практика придают регулятивное (нормативное) значение некоторой, не имеющей четких границ, совокупности судебных актов, а также непроцессуальным обобщениям судебной практики.

² Эти новеллы появились в законодательстве сравнительно недавно, декабре 2010 года. Первоначально определение позиции высшего суда в качестве основания к отмене уже принятых судебных актов было установлено постановлением Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 14 февраля 2008 года № 14 «О внесении дополнений в постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 12.03.2007 № 17 «О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при пересмотре вступивших в законную силу судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам». Данное постановление было подвергнуто справедливой, на наш взгляд, критике (см.: Верховенство права и проблемы его обеспечения в правоприменительной практике. М.: Статут, 2009. С. 92—93, 336, 382—383 (авторы

судебных инстанций законом признается юридическая сила, позволяющая отменять уже вступившие в законную силу судебные решения.

Как видим, право не может быть сведено к системе законодательных норм, верность нормативистского взгляда на право не может быть доказана даже в рамках самого нормативизма, поскольку сам закон не позволяет говорить от том, что правовую систему составляют исключительно нормы в их традиционном понимании «куска нормативного акта», сформулированного и принятого органом законодательной или исполнительной власти. При этом реальная иерархия правовых регуляторов, признаваемых нормой или не признаваемых ею, но исполняющих нормативную (регулятивную) функцию, выглядит таким образом, что на вершине этой иерархии располагаются не нормы (в традиционном понимании), а то, что нормативизм (позитивизм) нормой не признает — находящиеся вне текста нормативного акта правила, сформированные теорией права и международной юридической практикой (принципы права, международно признанные нормы) либо судебной практикой (обобщения практики и официальные разъяснения высших судов)¹.

Верховенство права не позволяет рассматривать как тождественные или полностью совпадающие закон и право (даже в сугубо нормативистском его понимании). Имманентная для верховенства права задача суда по признанию неправовыми и потому недействующими норм закона, нарушающих общепризнанные принципы права и нормы Конституции, означает, что не все нормы закона можно отнести к праву, иначе практика судебного признания

главы и комментариев — *Жуков В.М., Морщакова Т.Г.*), суть которой состояла в том, что такое понимание новых обстоятельств основано на недопустимом администрировании судов, подменяет фактические обстоятельства дела судебным усмотрением и существенно размывает принцип правовой определенности. Однако, несмотря на это, идея была внедрена в законодательство.

¹ Нужно признать, что в российском варианте судебная практика как источник права несет в себе как положительные, так и отрицательные характеристики. В частности, вызывает серьезные сомнения и возражения господствующий способ официального толкования (по сути — создания нормы), субъектами которого являются исключительно высшие суды (что ставит под сомнение независимость *каждого* суда) и который основан на обобщении некоторой неопределенной (аморфной) массы судебных актов, выносимых по делам с индивидуальными фактическими обстоятельствами, которая по неразъясняемым (и потому не гарантированным от произвольного усмотрения) параметрам «фильтруется» (если это происходит вообще), и из нее извлекается (или предлагается имеющаяся вне ее) некоторая «эссенция», которая нижестоящим судам (и, соответственно, всем, кто рискует оказаться в суде) предлагается или даже предписывается в качестве правовой нормы.

норм законодательства неконституционными и неприменения таких норм отсутствовала бы. В неконституционной своей части, каковая неизменно, хотя и в латентном состоянии (до соответствующего решения суда о неконституционности нормы)¹, имеется, закон находится за пределами права и к нему не относится. Тем самым признание верховенства права предполагает, что закон в какой-то своей части может являться (и является) произволом государства (власти), облеченный в квазиправовую форму, создающую видимость права (но не право), которая должна быть уничтожена посредством судебного решения².

IV

Правопонимание, определяющее «базу» для той или иной трактовки верховенства права, дополнительно осложняется еще и тем, что юридическая наука (во всяком случае — континентальная³) имеет устоявшиеся взгляды на источники права, которые, как правило, исключают из перечня источников такой правовой феномен, как договор (соглашение)⁴, посредством которого, в действительности, регулируется подавляющее число существующих в обществе отношений юридического характера⁵. Эта традиция идет еще

¹ Мы здесь подробно не рассматриваем различные формы судебного контроля за конституционностью законодательства в российском правопорядке, которые не могут быть сведены к деятельности Конституционного Суда. Подробнее см.: Верховенство права и проблемы его обеспечения в правоприменительной практике. М.: Статут, 2009. С. 313–318 (автор главы — Морщакова Т. Г.).

² Тем самым происходит то, что Гегель (не имея, впрочем, в виду неправовые законы) описывал следующим образом: «Неправо есть... видимость, и посредством ее исчезновения право получает определение прочного и действующего». См.: Гегель Г. В. Ф. Указ. соч. С. 138.

³ В Английском праве этот вопрос разрешается проще. В современной редакции классического труда В. Ансона указывается: «В известном смысле стороны в договоре устанавливают сами для себя право». См.: Ансон В. Договорное право. М., 1984. С. 13.

⁴ Мы имеем здесь в виду именно договор (соглашение, сделку) между частными лицами, а не так называемые нормативные («правовые») или международные договоры, чья принадлежность к источникам права большинством специалистов в теории права не оспаривается.

⁵ Чтобы понять распространенность такого частного правового регулирования, достаточно, например, представить себе количество существующих в России абонентов, пользующихся мобильной телефонной связью, а затем, ознакомившись с содержанием контрактов с сотовыми операторами и нормами применимого законодательства (ГК РФ, закон «О связи»), убедиться в том, что значительное число положений, установленных контрактами с сотовыми операторами, в действующем законодательстве попросту отсутствует.

с классической работы Савини «Система современного римского права», которая отнесла договоры к юридическим фактам¹, а не к источникам права².

Между тем даже текст закона не позволяет игнорировать регулятивный (нормативный) характер договоров, заключаемых между частными лицами (субъектами частного права). Согласно п. 2 ст. 421 ГК РФ стороны могут заключить договор, как предусмотренный, так и не предусмотренный законом или иными правовыми актами. И даже если стороны заключат договор, который содержит положения, не известные действующему законодательству (но прямо не нарушающие его запреты), такие положения будут иметь юридически обязывающий характер, и государство будет обязано их защищать, понуждать к их исполнению, в том числе посредством судебных решений. Пункт 1 ст. 6 ГК РФ говорит о том, что пробел в праве отсутствует, если отношения урегулированы законодательством или соглашением сторон. Тем самым на законодательном уровне признается, что соглашение сторон (договор) имеет регулятивный (нормативный) характер. Законодатель, неявно признавая, что договор (соглашение) выполняет не только функции сделки, основания обязательства, но и функцию правового регулирования, использует различные термины для обозначения этих различных случаев: для обозначения дву- и многосторонних сделок, договорных обязательств он использует термин «договор» (п. 1 ст. 154 ГК РФ), а в тех случаях, когда речь идет о регулятивном характере договора (достигнутых договоренностей сторон), используется термин «соглашение». Гражданский кодекс упоминает «соглашение» около 250 раз, однако регулятивная роль соглашений остается без должного внимания со стороны юристов³.

Взгляд на договор (соглашение), на иные правила, установленные не государством, как на нормативный регулятор не является какой-то «революцией», эта концепция существует в теории права уже давно⁴. Еще Тибо говорил о «неписаном праве»,

¹ Savigny F.C. System des heutigen römischen Rechts. Bd. III. Berlin. 1840. S. 307—321.

² Savigny F.C. System des heutigen römischen Rechts. Bd. I. Berlin. 1840. S. 6 ff.

³ Число работ, в которых договор рассматривается в качестве источника права, невелико. См., например: Гражданское право. Ч. 1. под ред. В.П. Мозолина и А.И. Масляева // База «КонсультантПлюс»; Воронина М.Ф. Договор как источник права: теоретико-правовой акспект: автореф. дис. канд. юр. наук. СПб., 2008.

⁴ В отечественном правоведении эта позиция еще в советский период была поддержана Л.С. Явичем. См.: Явич Л.С. Социализм: право и общественный прогресс. М., 1990. С. 37.

связывающем «не посредством писаных законов», о возможностях «подчинить себя закону, установленному для себя договорным образом»¹. О. Гирке также анализировал негосударственные формы права: «автономию» союзов как правомочие на установление права, «производство объективного права», «законного права» (*gesetzes Recht*), приводя в качестве примера каноническое «законодательство», которое издавалось не государством, при этом «монополия государства на правотворчество» изначально не существовала и утверждалась только в результате «долгой борьбы юридических теорий»². У. Мейер-Кординг полагал, что договор купли-продажи распадается на две части — «обязательственно-правовую» и «нормативную», писал о нормативном характере договорного регулирования³. Х.И. Пфлюг говорит о фактически существующем нормотворчестве частных лиц как о «паралегальном объективном праве»⁴. Концепция о частном правоустановлении (правотворчестве), соглашениях частных лиц (договорах) как правовых регуляторах, выполняющих те же функции, что и законодательные нормы, находит поддержку и у других правоведов⁵.

В России концепция права, исходящего не только от государства и в нем не замыкающегося, обширно не обсуждается, однако признается на самом высоком уровне — уровне конституционного правосудия. В частности, судья Конституционного Суда К.В. Арановский в мнении к постановлению Конституционного Суда РФ от 26 мая 2011 г. № 10-П⁶ пишет: «...Постулат о правовом

¹ *Thibaut A.F.J.* System des Pandekten-Rechts. Bd. I. Jena. 1805. S. 11.

² *Gierke O.* Deutsches Privatrecht Bd. I: Allgemeiner Teil und Personenrecht. Leipzig. 1895. S. 142—143, 146.

³ *Meyer-Cording U.* Rechtsnormen. Tübingen. 1971. S. 102, 113.

⁴ *Pflug H.J.* Kontrakt und Status im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. München, 1986. S. 289.

⁵ См., например: *Kirchhof F.* Private Rechtsetzung. Berlin: Duncker & Humblot, 1987; *Heinrich Ch.* Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit: die Grundlagen der Vertragsfreiheit und Vertragskontrolle am Beispiel ausgewählter Probleme des Arbeitsrechts. Tübingen. 2000. S. 187 ff; *Bachmann G.* Private Ordnung: Grundlagen ziviler Regelsetzung. Tübingen, 2006. S. 91 ff., 229 ff.

⁶ Постановление Конституционного Суда РФ от 26 мая 2011 г. № 10-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 1 статьи 11 Гражданского кодекса Российской Федерации, пункта 2 статьи 1 Федерального закона “О третейских судах в Российской Федерации”, статьи 28 Федерального закона “О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним”, пункта 1 статьи 33 и статьи 51 Федерального закона “Об ипотеке (залоге недвижимости)” в связи с запросом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации» // СЗ РФ. 06.06.2011. № 23. Ст. 3356.

государстве исходит из того, что право и государство, несмотря на их общность, даже при социально активной государственности не соединяются в слитное целое, то есть условно обособленны. В обособлении этом отношения между правом и государством таковы, что государство должно праву подчиниться. Причем государство оправдывает себя настолько, насколько остается в служебном положении, а право обращается к ресурсам государства постольку, поскольку они нужны для его действительного господства, верховенства. В итоге необходим тот общий вывод, что право может себя осуществлять не только через институты государственности, но и помимо них. ...Отправление права нельзя свести лишь к действиям государства. Правосудие (*jurisdictio*), то есть разрешение различных споров и дел об ответственности с постановлением обязывающих решений, а в буквальном смысле — вынесение суждений, основанных на праве, представляет собой не только и не столько способ овеществления власти, сколько ресурс и при надлежность права».

Только объемное понимание права позволяет говорить о верховенстве права и оценивать его наличие или отсутствие, поскольку оперирование этим термином исключительно в стиле позитивизма (нормативизма) ведет к прямо обратному результату, когда право подавляется посредством использования различных квази-легальных ширм, от неправового закона до неправосудных судебных решений. Поэтому часто употребляемый термин «верховенство закона» (взамен верховенства права) не просто неточен — он изменяет смысл на прямо противоположный, предлагая считать правом любое нормативное волеизъявление государства, вплоть до антиправового произвола властной элиты.

V

Если большинству российских юристов взгляд на частное право, как на ту часть права, которая, как наиболее обширная и имеющая длительную историческую традицию, оказывает (должна оказывать) существенное влияние на верховенство права, кажется требующим особого доказывания и даже радикальным, то в рамках экономической теории эта идея не представляется сколь-нибудь оригинальной, поскольку была сформулирована еще Ф.А. Хайеком. Хайек, широко известный как лауреат Нобелевской премии по экономике, по своему базовому образованию был юристом. В своих работах он весьма детально исследовал вопросы

верховенства права. Прежде всего Хайек четко различал право и закон. Комментируя «мнение, что... верховенству права ничто не угрожает до тех пор, пока все действия государства санкционированы законом», он писал: «...Такое понимание верховенства права совершенно неверно. Дело не в том, являются ли действия правительства законными в юридическом смысле. Они могут быть таковыми и все же противоречить принципам верховенства права. ...Закон может (а в условиях централизованного управления экономикой должен) санкционировать произвол». Он отмечал различия правовых систем, где реализовано или не реализовано верховенство права: «...Вовсе не свобода и закон вступают в конфликт... Реальный конфликт — это противоречие между законами двух типов, настолько не похожими друг на друга, что не следовало бы для их обозначения употреблять один и тот же термин. К первому типу, соответствующему принципам верховенства права, относятся общие, заранее установленные «правила игры», позволяющие индивиду прогнозировать действия правительственные органов и знать наверняка, что позволено и что запрещено ему наряду с другими гражданами делать в тех или иных ситуациях. Ко второму типу относятся законодательно закрепленные полномочия властей действовать по своему усмотрению. Поэтому в условиях демократии, если она идет по пути разрешения конфликтов между различными интересами не по заранее установленным правилам, а «по существу спора», верховенство права может быть с легкостью уничтожено»¹.

Понимание Хайеком верховенства права состояло в том, что право и закон не тождественны, что право неоднородно, поскольку состоит из частного и публичного права и что для достижения верховенства права существенное значение имеет право частное². Он писал, что верховенство права (*rule of law*) не имеет смысла, если мы право (*law*) переводим как закон (*Gesetz*), поскольку

¹ Хайек Ф.А. Дорога к рабству. М., 2005. С. 98—100. Поскольку в этом издании «rule of law» переведено как «правозаконность», термином, который широко не используется в научном обороте, в цитировании он заменен на более распространенный и признанный — верховенство права.

² Хайек оценивал значение частного права столь высоко, что некоторые авторы пишут о его позиции как о «верховенстве частного права» (*rule of private law*). См., например: *Streit M.E., Wohlgemuth M.* The Market Economy and the State. Hayekian and Ordoliberal Conceptions // The Theory of Capitalism in the German Economic Tradition: Historism, Ordo-Liberalism, Critical Theory, Solidarism / ed. by P. Koslowski. Berlin, Heidelberg. 2000. P. 254; *Touche J. C. W.* Hayek and Human Rights: Foundations for a Minimalist Approach to Law. Bodmin: Edward Elgar Publishing, 2005. P. 80.

нельзя «господство права подменять господством закона»¹. Роль частного права Хайек описывал следующим образом: «...Частное право позволяет отдельным лицам преследовать их соответствующие индивидуальные цели и стремится ограничить индивидуальные действия настолько, что это в результате служит всеобщим интересам», «частное право ограничивает правомочия государственных органов»².

Он так описывал свое понимание верховенства права: «Идеальное верховенство права требует, чтобы государство или приуждало всех к праву — и это было бы единственной его монополией, — или действовало по тому же праву и, следовательно, было ограничено так же, как и любое частное лицо. Именно то, что все нормы обращены равно ко всем, в том числе к тем, кто управляет, делает маловероятным, чтобы какие-либо притесняющие нормы были приняты»³. Далее, чтобы раскрыть содержание верховенства права, Хайек приводит⁴ цитату из классического труда Р. Иеринга «Цель в праве»: «Исключительное господство закона равносильно отречению общества от свободного пользования своими руками; со связанными руками общество предоставило бы себя в распоряжение неподвижной необходимости, беспомощно взирая на требования жизни, которые не предусмотрены в законе или перед которыми закон признал себя бессильным, неудовлетворительным. Отсюда вытекает правило, согласно которому государственная власть не должна законом ограничивать возможность самодеятельности более, чем это требуется настоятельно необходимостью; в этом отношении лучше недоделать, чем переделать»⁵.

Влияние взглядов Иеринга на представления Хайека о верховенстве права вряд ли может быть подвергнуто сомнению. Иерингом было сформулировано множество идей, которые опередили свое время и впоследствии были (нередко — без ссылки на автора) повторно «открыты» различными социальными дисциплинами. Иеринг писал: «...Исследование показало, сколь мало с помощью... государственного принуждения и нормы... достигается то

¹ Hayek F.A. Rechtsordnung und Handelsordnung: Aufsätze zur Ordnungsökonomik. Tübingen. 2003. S. 170.

² Hayek F.A. Gesammelte Schriften in deutscher Sprache. Bd. 4. Tübingen. 2003. S. 136, 335.

³ Hayek F.A. The Constitution of Liberty: The Definitive Edition. University of Chicago Press. 2011. P. 318.

⁴ Op. cit. P. 350.

⁵ Иеринг Р. Избранные труды. Т. I. СПб. 2006. С. 348.

состояние общества, которое мы называем правовым состоянием. ...Требуется, чтобы государственная власть признавала издаваемые ею нормы обязательными и для себя. ...Власть обращается к праву, потому что приходит к убеждению, что того требует ее собственный разумно понятый интерес.Лишь там, где государственная власть и сама подчиняется предписанному ею порядку... лишь при господстве права процветают национальное благосостояние, торговля и промыслы». Состояние общества, отрицающего частное право (и в конечном счете — право вообще), Иеринг описывал следующим образом: «...В деспотии нет частного права, поскольку недостает в ней прочности осуществления; каприз, пристрастие, жадность деспота могут всегда явиться непреодолимым препятствием... Можно было бы предположить, что подобная опасность уменьшается по мере того, как личные сношения властителя с подданными становятся реже... что, следовательно, гарантия, обеспеченность права растет по мере удаления от власти. Такое предположение было бы основательно, если бы правящий произвол не занимал в то же время и судейское кресло.Безопасность в деспотии основана исключительно на том, чтобы не привлекать на себя взоры»¹.

Близкие к позиции Хайека взгляды на верховенство права были высказаны Б. Леони. Особенностью его интерпретации проблемы был акцент на деструктивном влиянии закона на право. Он писал: «В моей стране действуют... законы, которые принуждают людей расставаться с частью своих земельных владений в обмен на сумму компенсации, установленную правительством, которую собственники во многих случаях считают смешной по сравнению с рыночной ценой.Конституционный суд Италии подтвердил конституционность закона, позволяющего правительству выплачивать номинальные компенсации землевладельцем, у которых в ходе земельной реформы экспроприируются участки — на том основании, что такая цена была установлена с учетом общих национальных интересов... Люди не равны перед законом страны, рассматриваемым как единое целое»². Леони обращал внимание на противоречия между требованием стабильности и определенности права и реалиями законодательства и законодательного процесса: «Законодательный процесс не является чем-то таким, что происходит один раз и навсегда. Он продолжается ежедневно

¹ Там же. С. 304—306, 320—321.

² Леони Б. Указ. соч. С. 86.

и непрерывно. ...Сегодня законодательный процесс — это две тысячи новых законов в год, и в каждом из них может быть не одна статья. Иногда законодательный акт состоит из нескольких десятков или даже нескольких сотен статей. Довольно часто один закон противоречит другому. ...Каждый из этих законов может прекратить существование не менее внезапно, чем он появился. В результате, если оставить в стороне проблему двусмысленных формулировок в тексте законов, для нас всегда существует «определенность» в отношении буквального содержания каждого закона в любой момент времени, но никогда не существует определенности относительно того, будут ли эти законы действовать завтра. ...Я не рискнул бы сказать, что это та «определенность», которая требуется для того, чтобы быть уверенным в том, что юридические последствия предпринятых сегодня действий не окажутся завтра объектом для законного вмешательства»¹.

VI

Ознакомление с работами юристов и экономистов² по вопросам верховенства права показывает различное понимание ими этого феномена. Экономисты, как правило, оперируют термином «верховенство права» совершенно инструментально, полагая, что он описывает некоторое достигнутое или не достигнутое идеальное («правильное») право, то есть имеют в виду цивилизованное право вообще, не вдаваясь в детали относительно того, из каких частей право состоит и не концентрируясь на конфликтах внутри самого права. Это, видимо, объясняется тем, что экономическая проблематика анализируется ими прежде всего на примерах наиболее развитых стран, где реальный правопорядок представляет собой такое состояние, которое в целом свидетельствует о реализации верховенства права. Правоведы в своем анализе больше внимания уделяют проблемам достижения верховенства права, действия механизмов, которые поддерживали бы такие характеристики правопорядка. Поэтому юристы (особенно в странах, имеющих проблемы с верховенством права) сосредоточены в первую очередь на внутриправовых (а не внешних для права и правоприменения) конфликтах, которые препятствуют реализации верховенства права.

¹ Там же. С. 92—93.

² Хайек в этом смысле, все же, был, скорее, юрист, чем экономист.

Верховенство права является состоянием, которое не достигается гарантированно даже в результате исторически длительных общественных конфликтов, но и будучи достигнутым, продолжает существовать не само по себе. Требуются постоянные усилия отдельных индивидов и организаций, чтобы это состояние общества не подверглось регрессу, — на что постоянно влияют такие факторы, как имманентное для власти стремление действовать не правовым образом, а в порядке усмотрения (или произвола), а также игнорирующая чужой интерес (оппортунистическая) деятельность индивидов и организаций. Иеринг определял этот процесс поддержания правового состояния общества как борьбу за право. Он писал: «...Сопротивление дерзкому, ограничивающему самое личность не-праву, то есть нарушению права, носящему в себе по способу своего осуществления характер презрения к этому праву, — есть обязанность... по отношению к обществу, ибо оно необходимо, чтобы право осуществлялось». Говоря о «трусливом отказе от права», Иеринг оценивает его так: «Будучи безвредным в качестве действия отдельного лица, он означал бы гибель права, если бы сделался общим правилом поведения. ...Каждый является прирожденным борцом за право в интересах общества. ...В лице моего права отрицается и оскорбляется право вообще, в его лице оно защищается, утверждается и восстанавливается»¹. Видимо, в этом и состоит наиболее наглядное различие в понимании верховенства права не-юристами и юристами: одни рассматривают право как некую данность или недостигнутое состояние, а другие понимают, что это — объект каждодневной борьбы, отказ от которой ввергает общество в произвол, прикрывающийся квазилигальными ширмами и эрзацами.

Используя термин «верховенство права», экономисты, по сути, говорят о современном цивилизованном праве, возникшем и развившемся после буржуазных революций в Европе. Это право формально равных субъектов с равными правами (в том числе, что крайне важно, равным, «типовым» правом собственности).

¹ Иеринг Р. Избранные труды. Т. I. СПб., 2006. С. 35, 47, 56, 57. Отмечая роль частного права в борьбе за право, Иеринг писал: «В низинах частного права, в маленьких и мельчайших отношениях жизни должна капля по капле образовываться и сбираться та сила, должен накапливаться тот нравственный капитал, в котором нуждается государство, чтобы иметь возможность в широких размерах осуществлять свои цели. Частное, а не государственное право является истинной школой политического воспитания народов». «Деспотизм начинает везде с вторженья в частное право, с угнетения индивида; когда он заканчивает здесь свою работу, дерево рушиться само собою» (Указ соч. С. 67, 69).

Появление такого права, которое воспринимается в развитых странах и странах, полагающих себя таковыми, как единственно возможная (сама собой разумеющаяся) модель права, в действительности стало результатом длительного и конфликтного исторического развития. Возникновение равного права равных субъектов (по Норту, Уоллису и Вайнгаству — «обезличенность»)¹ повлекло за собой существенные экономические последствия, среди них следует выделить три основных, которые можно назвать базовыми экономическими условиями цивилизованного права.

Первое: формальное равенство субъектов права означает снятие искусственных («юридических») ограничений в использовании человеческого капитала. Все население страны больше не имеет формально-юридических препятствий (личная зависимость, сословные ограничения, запреты, связанные с личным статусом) для занятия экономической деятельностью, что в сравнении с обществами, где существует неравенство субъектов права (исключающее целые социальные слои (сословия) из деловой активности), должно давать существенный экономический эффект.

Второе базовое условие, порождаемое равным правом равных субъектов, — развитие конкуренции, поскольку ее неэкономические ограничители признаются неправовыми и подлежащими устранению юридическими средствами.

Третьим базовым условием является возникновение равного права собственности с равными средствами защиты, не зависящими от различных юридических или социальных статусов собственников: возникает право собственности, содержание (спецификация) и уровень защиты которого одинаковы для всех. Это имеет своим последствием то, что никакая собственность не может быть изъята у собственника помимо его воли и без уплаты ему справедливого вознаграждения (за исключением установленных законом четко ограниченных случаев конфискации). Такое положение существенно расширяет экономический горизонт участников имущественного оборота, стимулируя их не только к личному потреблению.

Норт, Уоллис и Вайнгаст, работа которых вызвала рост интереса к проблеме верховенства права, различают общества ограниченного и открытого доступа, относя к последним те, где среди прочего реализуется верховенство права. Можно добавить, что

¹ Норт Д., Уоллис Дж., Вайнгаст Б. Насилие и социальные порядки. Концептуальные рамки для интерпретации письменной истории человечества. М., 2011. С. 434.

критерием, позволяющим вычленить социальные порядки, в которых верховенство права отсутствует, является не только передача власти по наследству или путем назначения главой государства своего преемника¹, но и институт уголовной репрессии и конфискации «за измену», понимаемую как нелегальное (или даже формально легальное) посягательство на власть суверена, диктатора или иной властной элиты.

История любой страны содержит множество примеров, когда те или иные социальные силы, попытавшиеся сместить властную элиту (чаще всего — монарха или диктатора), в том числе с целью создания открытых способов смены властной элиты², подвергаются уголовной репрессии (казнь, гражданская казнь, ссылка) и конфискации имущества. Именно эта «парная» (личная и имущественная) репрессия является наиболее радикальным и демонстративным инструментом, с помощью которого несменяемая извне властная элита борется за сохранение статус-кво посредством пресечения попыток (первоначально — части элиты) двигаться к верховенству права (равному праву равных субъектов, исключающему произвол власти как «норму»).

Нынешние порядки ограниченного (закрытого) доступа характеризуются тем, что, существуя в условиях современного мирового сообщества (правопорядка), они вынуждены формально провозглашать верховенство права, однако реализация этого принципа в этих социальных порядках блокируется различными способами. В результате социальные силы или личности, чьи действия воспринимаются властью как попытка реализовать те провозглашенные (но «мертвые») права, которые позволяют сменить властную элиту, подвергаются уголовной репрессии и конфискации имущества (в случае наличия собственности, «достойной» изъятия). При этом, если в силу законодательного провозглашения верховенства права формальное преследование «за измену» невозможно, уголовное преследование и конфискация осуществляются по любым «приспособленным» статьям уголовного и иного закона.

В России примером действия такого механизма может служить так называемое уголовное дело ЮКОСа, представляющее собой не только трагический факт биографии М. Ходорковского, П. Лебедева

¹ Это может происходить явно (формально законно) или завуалированно — путем использования декоративных выборов, что не меняет сути такого способа передачи власти.

² В истории России наиболее известным случаем этого является восстание декабристов.

и осужденных работников компании, но и событие, которое занимает особое место в новейшей истории России: часть элиты, решившая двигаться в сторону равного права равных субъектов взамен «негласного статута»ластной иерархии, была подвергнута традиционной парной санкции за измену — уголовной репрессии и конфискации имущества. То, что Ходорковский и Лебедев формально были привлечены к уголовной ответственности за «хищения» и «легализацию», а конфискация по причине отсутствия для нее юридической базы была произведена с использованием процедуры банкротства и непрозрачных торгов¹, социальной и экономической сущности этих событий не меняет. Это стало показательной экзекуцией, продемонстрировавшей остальным членам экономической элиты, что их ожидает в случае попыток отказаться от режима личных привилегий и двигаться по вектору верховенства права². Насколько существенно это событие затормозило социально-экономическое и политическое развитие страны, еще предстоит оценить.

Такая практика уголовного преследования и конфискации «за измену» в порядках ограниченного доступа является устойчивым институтом (или антиинститутом), а не эксцессом. Об этом свидетельствует новейшая история многих бывших республик СССР. Примерами могут служить уголовные дела в отношении экс-премьера Украины Ю. Тимошенко, экс-премьера Казахстана А. Кажегельдина, экс-вице-президента Киргизии Ф. Кулова, бывшего министра экономического развития Азербайджана Ф. Алиева³.

Проблема состоит в том, что формально провозглашая верховенство права, но реально его не реализуя, ластья элита попадает в ловушку: те члены элиты, которые выбывают из ее состава, не просто оказываются «выпавшими в общую среду», где отсутствуют

¹ Дополнительным подтверждением конфискационного характера действий в отношении имущества владельцев ЮКОСа является тот факт, что бывшие активы ЮКОСа были в конечном счете приобретены компанией, находящейся под контролем государства.

² Первым шагом в направлении которого, видимо, чаще всего является отказ части элиты далее признавать иерархию привилегий («субъективных прав элиты»), жестко привязанную к иерархии ластьных «этажей», и попытка начать действовать на основании формально провозглашенных равных прав равных субъектов.

³ Мы не утверждаем, что все эти лица были подвергнуты уголовной репрессии как «борцы за демократию и свободу», речь идет лишь о том, что они попытались перейти от состояния «всякий произвол власти — право» к состоянию равного права для любого представителя элиты, что представляет собой шаг в направлении верховенства права (первоначально — для элиты) (см.: Норт Д., Уоллис Дж., Уэбб С., Вайнгаст Б. В тени насилия: уроки для обществ с ограниченным доступом к политической и экономической деятельности. М., 2012. С. 18).

привилегии по защите собственности и свободы, но и становятся «объектом охоты» — в связи с обладанием крупной собственностью, приобретенной, как правило, способами, формально не признаваемыми легальными (в порядке административной ренты или путем более или менее завуалированных изъятий из казны). Поэтому вопрос сохранения власти становится для элиты вопросом личного самосохранения и сохранения значительной собственности. В результате властная элита готова на любые (социальные и материальные, легальные или нелегальные) издержки, чтобы сохранить статус-кво. Это, в свою очередь, замораживает смену и пополнение элиты, подавляет политическую и экономическую конкуренцию и как следствие тормозит внедрение новых экономических моделей развития.

Возвращаясь к предложенной Нортом, Уоллисом и Вайнгастом концепции, придающей принципиальное значение бессрочно существующим организациям, контролю над насилием и верховенству права, следует отметить, что из трех этих элементов в России присутствует (с существенными оговорками) лишь первый¹. Хотя специалисты обычно (в контексте правового государства) говорят только об отсутствии верховенства права, которое формально провозглашено, но в правовой (или квазиправовой) реальности обширно, системно и даже демонстративно нарушается, проблема контроля над насилием также представляет для нашей страны самостоятельную проблему.

В России монополия на легальное насилие весьма размыта². По сути, возможность квазилегального насилия неконтролиру-

¹ Который испытывает сильные деформации в связи с высокой динамикой создания и ликвидации коммерческих организаций (см. график 8 в приложении С настоящего издания).

² В этом смысле трудно не согласиться с Нортом, Уоллисом и Вайнгастом (см.: *Норт Д., Уоллис Дж., Вайнгаст Б.* Указ. соч. С. 427—428), которые критикуют веберовскую модель государства — монополиста на легальное насилие (см.: *Вебер М. Политика как призвание и профессия // Вебер М.* Избранные произведения. М., 1990. С. 645), поскольку рассматривают государство не как единый («монолитный») субъект, а как «организацию организаций». Однако вместе с тем нельзя не видеть, что в большинстве обществ ограниченного доступа эта «организация организаций» построена централизованно и (или) иерархически, и «лицензия на насилие» в этом случае не принадлежит каждой организации автономно (по статусу), а «выдается сверху», при этом потенциал насилия каждой государственной организации в конечном счете обеспечивается также сверху — высшим этажом властной иерархии, непосредственно управляющим теми частями «организации организаций», которые обладают вооруженной (в прямом смысле) силой, полномочиями и реальными возможностями для лишения личной свободы (жизни) и (или) имущества.

емо мультилицируется, создавая четко не определенный или чрезмерно многочисленный круг лиц, имеющих возможности для создания административных рент и внеэкономического отъема собственности. В результате право собственности становится все более условным и размытым. На наш взгляд, собственность и уровень ее защиты в современной России являются даже более неопределенными, чем при «классическом» зерлом феодализме, так как сегодня, в силу серьезного разрыва между писанным правом и реальным правопорядком, часто непонятно, «кто сеньор, а кто вассал» и каковы «привилегии» конкретного «феодала».

Неконтролируемое распыление квазилегального насилия (примеры которого ежедневно демонстрирует деятельность правоохранительных органов, судов, всего государственного аппарата) негласно, но вполненятно санкционируется сигналом, идущим сверху вниз по всей властной пирамиде: «делай как я». Каждый, стоящий ниже во властной иерархии, вынужден обслуживать интерес вышестоящих по созданию административных рент, и вместе с этим он приобретает индульгенцию на создание таких рент уже для себя. Однако подобное положение приводит к тому, что полномочия по созданию рент произвольно растут в геометрической прогрессии, в результате ренты заполняют все свободное экономическое «пространство», которое в иной социальной модели могло бы быть использовано для инноваций и создания новых стоимостей. Если исходить из того, что экономический потенциал страны в определенный период времени представляет собой конечную величину, видимо, следует признать, что административно-политическая рента «съедает» экономический потенциал страны, ведет к стагнации, при которой в подавляющем числе случаев показатели «роста» экономики отражают не столько создание большего объема новых товаров и услуг, сколько увеличение цен на энергоносители и товары и услуги монополистов. Как представляется, нынешнее экономическое состояние страны характеризуется тем, что масса созданных административно-политических рент близка к уровню, когда возможности для экономического развития, основанного на самостоятельной деловой активности, начинают стремиться к нулю.

Нередко попытки экономического анализа верховенства права ограничиваются констатацией факта «право есть, и надо это учитывать», что, по сути, игнорирует те последствия, которые влечет для экономики отсутствие верховенства права и замена его различными ширмами и эрзацами. В частности, иногда приходится

слышать суждение о том, что для экономики безразлично, будет ли владеть собственностью лицо, которое правовым образом приобрело или создало данный актив (имущество), или лицо, которое это имущество отняло у законного собственника, например, путем взимания административной ренты за «крышу» или посредством безосновательного уголовного преследования (что актуально для России). Как правило, попытки подвергнуть эту ситуацию изучению не приводят к детальному экономическому анализу. Видимо, это тот случай, в котором требуется доказывание от обратного, когда отсутствие верховенства права порождает необходимость снабжать каждую экономическую теорию или аксиому оговорками следующего рода: действия экономических акторов пригодны для эвристического анализа, если они действуют в условиях верховенства права; модель транзакции и связанных с ней издержек имеет смысл при условии, что собственность не может быть отобрана с помощью не ограниченной правом силы и т.д. Соответствующую оговорку в этом случае будет необходимо присоединить практически к любому положению экономической теории, поскольку верховенство права (понимаемое в первом приближении как равное право равных субъектов) является имманентной характеристикой большинства идеальных моделей, описываемых экономической теорией.

Описание экономической теорией порядков ограниченного доступа как «обоснованно» существующего социума, где сложившаяся система рент является платой за ненасилье, никак не снимает проблемы оценки этой системы обществом. То, что на научном языке именуется административно-политическими рентами, в общественном сознании отражается как система государственно-административного воровства, возносящего на социальных и имущественных лифтах коррупционеров, казнокрадов и их соучастников и оставляющего минимальные «зазоры» для лиц, готовых заниматься свободным предпринимательством. К сожалению, новейшая история России демонстрирует, что, в противовес «устаревшим» моделям государства (наподобие государства всеобщего благодеяния, государства — ночного сторожа и т.п.), мы активно и слишком успешно (и не только в общественном сознании) продвигались в реализации концепции «государство — вор». Однако такое состояние разлагает, социально деморализует общество, лишает его стимулов к активной экономической деятельности (без чего вряд ли возможно сколь-нибудь успешное развитие страны).

Поэтому проблема, видимо, должна быть сформулирована следующим образом: суждения об объективности существования административных рент и отсутствии верховенства права как плате за ненасилие со стороны лиц и организаций, наделенных потенциалом насилия, должны быть соотнесены со степенью экономической, политической и социальной деградации общества, пребывающего в таком состоянии. Иначе согласие с обоснованностью этой концепции может привести к ситуации, сравнимой с той, когда больной умирает, потому что платил за то, чтобы его не били, а не за то, чтобы его вылечили.

ГЛАВА 9

ПРАВОВОЕ ГОСУДАРСТВО И ЭВОЛЮЦИЯ Конституционного совета Франции

Ф. Желина́, профессор юридического факультета и член
Института сравнительного права, Университет Макгилл
(Монреаль, Канада)

Пересмотр конституции Франции, произведенный 23 июня 2008 года, нарекли, причем не без оснований, «маленькой революцией»¹. В результате введения с этим пересмотром механизма «Приоритетного вопроса о конституционности» (далее — ПВК) появилась возможность проводить так называемый «последующий» контроль законов. Отныне участники судебных споров и обычные суды могут играть свою роль в конституционном контроле путем постановки вопросов перед Конституционным советом. В настоящей статье предлагается кратко представить эту эволюцию Конституции в более обширном контексте западного конституционализма с целью оценки ее воздействия на концепцию «правового государства», от которого этот конституционализм зависит.

Говорят, что французское выражение *«Etat de droit»* («Правовое государство») просто было калькой с немецкого *«Rechtsstaat»* в то время в начале XX века, когда речь могла идти только о некоем плеоназме. Согласно французской правовой доктрине того времени государство — это постреволюционное общество, которое характеризуется суверенитетом законодателя, то есть его законами. Такая концепция уже просматривалась в работах Монтескье, для которого «государство есть общество, где есть законы»². Таким образом, семантическое содержание понятия «правовое государство», так же, впрочем, как и Республики³, сводится частично к понятию просто «государства» до того момента, пока оно не стало ассоциироваться в современной доктрине права с конституционным контролем законов, введенным Конституцией 1958 года.

¹ Maugüé Ch., Stahl J.-H. La question prioritaire de constitutionnalité. Paris: Dalloz, 2011. P. 1, 3.

² Montesquieu. Esprit des loix. T. I. Aamsterdam : Par la Compagnie, 1758. P. 268.

³ Rousseau J.J. Du contrat social. Livre II. Paris: Chez Mourer et Pinparé, 1797. P. 26—33.

І. Образование и развитие Конституционного совета

Конституционный совет в своей настоящей форме возник в связи с образованием V Республики и принятием Конституции 4 октября 1958 года¹. Необходимо отметить, что, несмотря на то что текст Конституции уже предоставлял Конституционному совету важную роль, с 1958 года его полномочия прошли путь значительной эволюции. Во Франции необходимость подвергать закон проверке относительно высшей нормы права была признана довольно недавно. После Революции 1789 года страна оказалась отмеченной негативными воспоминаниями о судьях старого режима и концепцией правового государства, выдвигающей на первый план верховенство права. Таким образом, до 1958 года законодательная власть была всемогущей, а закон не был подвержен никакому контролю. Суды общей судебной системы², а за ними административные суды³ отказывались исполнять подобный контроль.

Между тем Вторая мировая война и процессы деколонизации вызвали к жизни глубокие изменения. Неспособность разных правительств 1940-х годов разрешить алжирский кризис спровоцировала падение IV Республики и принятие Конституции 1958 года. Ее авторы под руководством Шарля де Голля и Мишеля Дебре приписали алжирский кризис всевластию парламента и слабости правительства. Вот почему Конституцию V Республики пронизывает идея рационализации полномочий парламента и усиления исполнительной ветви власти⁴. Образование Конституционного совета соответствует той же логике. Конституционный совет является своеобразным «сторожевым пском исполнительной власти», который задуман для контроля над парламентом и гарантии уважения нормотворческой области, и прерогатив правительства⁵. Авторы Конституции, однако, избежали образования истинной конституционной юрисдикции подобно той, какая действует в Германии. Тем не менее этот текст новой Конституции оставил открытой дверь для дальнейшей эволюции роли Конституционного совета.

¹ Constitution de la République française du 4 octobre 1958 // Journal officiel. 05.10.1958. 9151, S. 56—63 (далее — Конституция 1958 г.).

² Cass crim 11 mai 1833, (1833) S. I 357.

³ CE, 6 novembre 1936, Arrighi (1936) Rec 966.

⁴ Rousseau D. Droit du contentieux constitutionnel. 9me éd. Paris: Montchrestien, 2010. P. 24.

⁵ Maugué Ch., Stahl J.-H. Op. cit. P. 10. Supra note 1.

При этом основная забота Совета — защита своей собственной легитимности. Совет состоит из девяти назначаемых членов и разного числа обязательных членов¹, которыми являются бывшие президенты Французской Республики². Отсутствие демократической легитимности, в классическом понимании этого термина, назначаемых членов питает подозрения о политизации Совета. Действительно, членов Совета назначают президент Республики, председатель Национального собрания и председатель Сената³. Такой механизм начинает вызывать сомнения, когда все три лица, производящие назначения, принадлежат к одной политической партии. Собственно порядок формирования Конституционного совета поставил его тем самым изначально в уязвимое положение⁴. Конституционный совет в своих первых решениях попытался успокоить скептиков, объясняя, что он не будет выходить за рамки компетенции, которые ему ясно предписаны Конституцией. Так, в решении «Запрос о выдаче заключения» от 14 сентября 1961 г. Конституционный совет разъяснил, что «Конституция строго ограничила компетенцию Конституционного совета [и] он может выносить решения или выдавать заключения только в случаях и в порядке, которые ею определены»⁵. Конституционный совет следовал этой логике в своем решении «Закон о референдуме» от 6 ноября 1962 г., когда заявил, что не обладает компетенцией для оценки конституционности закона, принятого в результате референдума, на том основании, что Конституция прямо не дает ему таких полномочий⁶. Тем самым за несколько лет Конституционный совет создал условия для своего необыкновенного роста популярности, кульминацией которого стало решение «Свобода союзов» от 16 июля 1971 г.

Решением «Свобода союзов» от 16 июля 1971 г. Конституционный совет произвел небольшую революцию и укрепил свои позиции в институционном пейзаже V Республики, запретив предложенный правительством проект закона по причине того, что он нарушает свободу союзов. Для того чтобы придать конституционную силу свободе союзов, которая не защищается ни одной из статей Конституции 1958 года, Конституционный совет решил

¹ Конституция 1958 г., ст. 56(1).

² Там же, ст. 56(2).

³ Там же, ст. 56(1).

⁴ Rousseau D. Op. cit. P. 31. Supra note 7.

⁵ Cons const, 14 septembre 1961, (1961) Rec 55, 61-1 AUTR.

⁶ Cons const, 6 novembre 1962, Loi référendaire, (1962) Rec 27, 62-20 DC [Loi référendaire].

внести эту свободу в число «основополагающих принципов, признанных законами Республики, и торжественно подтвержденных в Преамбуле Конституции» (далее — ОППЗР)¹. Совет пришел к такому решению, придав юридическую силу Преамбуле Конституции 1958 года, которая отсылает к Преамбуле Конституции 1946 года, которая, в свою очередь, отсылает к ОППЗР². Конституционный совет указал тем самым, что помимо Конституции закон должен соответствовать другим нормам, имеющим конституционную силу. Способный к развитию комплекс таких норм сегодня обозначают выражением «конституционный блок»³.

Тот факт, что Преамбуле Конституции 1958 года придается юридическая сила, в значительной степени расширяет горизонт контроля конституционности законов. До этого Конституционный совет в основном проверял формальное соответствие спорного закона, в частности соблюдение законодательной процедуры и распределение компетенций между парламентом и исполнительной властью. Начиная с 1971 года, он продвинулся по пути материального контроля, то есть контроля собственно содержания закона⁴. Конституционный совет отныне не только регулирует деятельность органов государственной власти, но и гарантирует права и свободы от законодательной воли правительенного большинства⁵. Поступая подобным образом, Конституционный совет также повышает свой авторитет и легитимность. Он не является союзником ни исполнительной, ни законодательной ветвей власти, но защитником граждан. Приняв решение «*Свобода союзов*», орган конституционного контроля фундаментально преобразовал свою роль.

Эта роль вскоре была усиlena в результате масштабной конституционной реформы, которая была проведена в 1974 году и касалась порядка обращения в Конституционный совет. До 1974 года к нему могли обращаться только президент Республики, премьер-министр, председатели Национального собрания и Сената⁶. Это означало, что если президент, правительство и парламент придерживались одного и того же политического курса, что обычно

¹ Cons const, 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, (1971) Rec 29, 71-44 DC [Liberté d'association].

² Favoreu L., Philip L. *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*. 16me éd. Paris: Dalloz, 2011. P. 53.

³ Hamon F., Troper M. *Droit constitutionnel*. 32me éd. Paris: LGDJ, 2011. P. 842.

⁴ Rousseau D. Op. cit. P. 35. Supra note 7.

⁵ Ibid, P. 36.

⁶ Hamon F., Troper M. Op. cit. P. 839. Supra note 19.

и происходит, оппозиция не располагала никакими средствами, чтобы обратиться в Конституционный совет, а большинство могло не беспокоиться о конституционности проводимых им законов. 29 октября 1974 года Конгресс Франции, то есть чрезвычайная совместная сессия Сената и Национального собрания, изменила статью 61 Конституции путем расширения права обращения в Конституционный совет на 60 депутатов или 60 сенаторов¹. В результате этой реформы функционирование Конституционного совета значительно изменилось. На практике оппозиция обращается в Конституционный совет, чтобы тот произвел контроль большинства важных законов, и обращение стало почти систематическим по поводу финансовых законов и законов о финансировании системы социального обеспечения, законов, касающихся свобод человека, иммиграции, биоэтики, аудиовизуальных средств или избирательной системы². В результате этой реформы контрольные полномочия Конституционного совета были расширены путем снятия фактического иммунитета, которым могли пользоваться принимаемые большинством законы.

II. По пути к последующему контролю в связи с возникновением спорного вопроса

Для того чтобы лучше понять ситуацию на настоящем этапе эволюции Конституционного совета, необходимо учитывать, что Франция связана международными обязательствами, в частности она обязана привести свое законодательство в соответствие с некоторыми международными соглашениями. Однако Конституционный совет всегда отказывался включать международные договоры в конституционный блок и тем самым контролировать соответствие законодательства международным обязательствам Франции³. Этот отказ может восприниматься как аномалия, так как ст. 55 Конституции устанавливает, что международные обязательства имеют верховенство над законом⁴. Таким образом, обеспечение контроля соответствия законодательства Франции международным обязательствам вынужденно возлагалось на плечи

¹ Ibid.

² Ibid.

³ Cons const, 15 janvier 1975, Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse, (1975) Rec 19, 74-54 DC.

⁴ Конституция 1958 г., ст. 55.

обычных судебных¹ или административных² инстанций. Так, если во время судебного разбирательства доводам одной из сторон противопоставляется какой-либо французский закон, эта сторона может попросить суд отклонить этот закон на том основании, что он противоречит международному соглашению. Такой контроль соответствия договорам осуществляется в порядке возражения против иска в ходе рассмотрения дела и соответствует тем самым последующему контролю закона, осуществляющему независимо от контроля на соответствие Конституции со стороны Конституционного совета. Известно, что контроль соответствия международным обязательствам в рамках разбирательств в судебных и административных инстанциях приобрел особое значение после принятия Европейской конвенции о защите прав человека, которая чаще всего гарантирует права, которые также защищены Конституцией Франции. Однако на Конституцию участник судебного разбирательства ссылаться не может. Конституционный совет тем самым оказался в некотором роде в стороне от важного спора о правах человека. Пересмотр Конституции от 23 июля 2008 года в этом контексте усиливает влияние Конституции и полномочия Конституционного совета, определяя им решающее место при рассмотрении спора³. Уже промульгированные законы отныне можно подвергнуть конституционному контролю — так называемому *последующему контролю*, — а обращаться в Конституционный совет может любой тяжущийся, пройдя через фильтр высших инстанций гражданских, уголовных и административных судов⁴. Новая статья 61-1 Конституции постановляет: «Если в связи с рассмотрением какого-либо дела в суде делается утверждение о том, что то или иное положение закона наносит ущерб гарантированным Конституцией правам и свободам, запрос об этом может быть передан в Конституционный совет Государственным советом или Кассационным судом. Конституционный совет выносит решение в установленный срок. Условия применения настоящей статьи определяются Органическим законом».

Со своей стороны, была изменена статья 62 Конституции, чтобы уточнить юридическую силу объявления о неконституционности. Положение действующего закона, объявленное неконституционным, «отменяется» с момента опубликования заявления

¹ Cass mixte, 24 mai 1975, Société des cafés Jacques Vabre, (1975) D 487.

² CE, 20 octobre 1989, Nicolo, (1989) Rec 190.

³ Maugué Ch., Stahl J.-H. Op. cit. P. 9. Supra note 1.

⁴ Hamon F., Troper M. Op. cit. P. 840. Supra note 19.

о неконституционности, и именно Конституционный совет определяет условия и пределы, в соответствии с которыми последствия, вызванные этими положениями, могут быть оспорены¹. Реформа завершается, как это указывается в новой статье 61-1, принятием 10 декабря 2009 года Органического закона², который Конституционный совет, в свою очередь, объявляет соответствующим Конституции³. Именно в этом Органическом законе появляется наименование нового механизма «Приоритетный вопрос о конституционности» (ПВК). Этот закон также реально определяет архитектуру последующего конституционного контроля⁴.

ПВК вступил в силу 1 марта 2010 года. К тому времени уже было принято несколько дополнительных документов. Так, 4 февраля 2010 года Конституционный совет принял внутренний регламент с уточнением надлежащей процедуры обращений к нему⁵. 16 февраля правительство приняло декрет, определяющий регламентные положения по процедурным вопросам в рамках гражданских, уголовных и административных судебных разбирательств⁶ и декрет о непрерывности помощи, оказываемой в связи с участием в судебном разбирательстве⁷. 1 марта президент Республики посетил Конституционный совет, чтобы отметить вступление в силу нового механизма. В тот же самый день в Государственный совет и в Кассационный суд поступило несколько ПВК⁸.

ПВК может поднять любая из сторон судебного производства⁹. Также это может сделать третье лицо, которое в споре двух сторон

¹ Ibid., ст. 62.

² Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 // Journal officiel. 11.12.2009. 21379 [Loi organique QPC]. «Органический закон» — это характерный для французской правовой системы нормативный акт, занимающий положение между обычными законами и Конституцией, в некотором смысле — аналог российских федеральных конституционных законов. — *Прим. ред.*

³ Cons const, 3 décembre 2009, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution (2009) Rec 206, 2009-595 DC [Application 61-1].

⁴ *Maugué Ch., Stahl J.-H.* Op. cit. P. 23. Supra note 1.

⁵ Cons const, 4 février 2010, Décision portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité // Journal officiel. 18.02.2010. 2986 [Règlement intérieur du Conseil constitutionnel].

⁶ Décret n° 2010-148 du 16 février 2010 portant application de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution // Journal officiel. 18.02.2010. 2969.

⁷ Décret n° 2010-149 du 16 février 2010 relatif à la continuité de l'aide juridictionnelle en cas d'examen de la question prioritaire de constitutionnalité par le Conseil d'Etat, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel // Journal officiel. 18.02.2010. 2973.

⁸ *Maugué Ch., Stahl J.-H.* Op. cit. P. 26. Supra note 1.

⁹ Ibid. P. 14.

обладает собственным интересом: поставить ПВК для защиты одного из своих конституционных прав¹. Напротив, судья не может поднимать ПВК по своей инициативе². ПВК можно поднимать «в юрисдикциях, подведомственных Государственному совету или Кассационному суду»³. ПВК может быть поставлен впервые при апелляционном или даже кассационном рассмотрении дела⁴. Юрисдикция, перед которой поднят ПВК, должна оценить, удовлетворяет ли ПВК условиям, установленным Органическим законом 2009 г. Первое условие касается формы: ПВК должен быть представлен в виде отдельного и мотивированного документа, иначе он не будет принят к рассмотрению⁵. К этому формальному условию примыкают три условия по существу. Прежде всего необходимо, чтобы оспариваемое положение было применимо к текущему судебному спору или к процедуре, или же, в случае уголовного судопроизводства, чтобы оно было основанием для преследования⁶. Именно это первое условие заставляет говорить о конкретном контроле. Затем Органический закон требует, чтобы оспариваемое положение не было ранее объявлено Конституционным советом соответствующим Конституции⁷. Это принцип *non bis in idem*⁸. Стоит отметить, что в рамках предварительного контроля законы передаются в Конституционный совет целиком, но приводимые доводы касаются лишь некоторых из их положений⁹. Следовательно, к рассмотрению принимается ПВК о положениях, которые не подверглись контролю, хотя и содержатся в законе, который сам по себе конституционному контролю уже подвергся¹⁰. Для этого условия сделано исключение. В действительности можно оспорить положение, которое уже было объявлено соответствующим Конституции, если заявителю удается доказать, что имело место «изменение обстоятельств»¹¹. Конституционный совет разъяснил, что изменение может касаться как юридических, так и фактических обстоятельств¹².

¹ Rousseau D. Op. cit. P. 244. *Supra* note 7.

² Hamon F., Troper M. Op. cit. P. 828. *Supra* note 19.

³ Loi organique QPC, s 23-1(1).

⁴ Hamon F., Troper M. Op. cit. P. 828. *Supra* note 19.

⁵ Loi organique QPC, s 23-1(1).

⁶ Ibid. at s 23-2(1)(1st).

⁷ Ibid. at s 23-2(1)(2nd).

⁸ Rousseau D. Op. cit. P. 246. *Supra* note 7.

⁹ Hamon F., Troper M. P. 829. *Supra* note 19.

¹⁰ Rousseau D. Op. cit. P. 246. *Supra* note 7.

¹¹ Loi organique QPC, art. 23-2(1)(2).

¹² Application 61-1. *Supra* note 68.

Наконец, вопрос должен носить серьезный характер¹, иными словами, он не должен быть «заведомо безосновательным»². Этот критерий призван исключить «надуманные или вызывающие проволочку» вопросы³.

Необходимо отметить, что когда тяжущийся опротестовывает действие закона одновременно на основании Конституции Франции и одного из международных обязательств страны, рассматривающий дело суд должен *в приоритетном порядке* высказаться по поводу передачи ПВК в Государственный совет или в Кассационный суд⁴. Поэтому механизм и получил наименование *приоритетного вопроса о конституционности*. Однако это не означает, что рассматривающий дело суд не имеет права также рассмотреть довод относительно соответствия закона международному договору. Он просто должен это делать после рассмотрения довода о неконституционности⁵.

Рассматривающий дело суд должен «незамедлительно» принять решение о допустимости ПВК⁶. Если суд считает, что ПВК может быть принят к рассмотрению, он передает его в Государственный совет или в Кассационный суд в течение восьми дней⁷, затем судебное разбирательство прерывается до принятия решения Государственным советом или Кассационным судом или при необходимости — даже Конституционным советом⁸. Если рассматривающий дело суд считает, что ПВК не удовлетворяет предусмотренным условиям, судебное разбирательство продолжается. Это решение не может быть обжаловано⁹. Если тяжущийся желает опротестовать это решение, он должен дождаться, пока дело будет разрешено по существу, и только после этого подавать апелляцию на решение и присовокупить к этой апелляции по существу апелляцию на отказ передачи¹⁰.

После того как ПВК объявляется приемлемым к рассмотрению, он проходит второй фильтр перед передачей его в Конституционный совет. Этот второй фильтр обеспечивает высшую су-

¹ Loi organique QPC, art. 23-2(1)(3).

² Hamon F., Troper M. Op. cit. P. 829. Supra note 19.

³ Maugué Ch., Stahl J.-H. Op. cit. P. 60. Supra note 1.

⁴ Loi organique QPC, art. 23-2(2).

⁵ Rousseau D. Op. cit. P. 256. Supra note 7.

⁶ Loi organique QPC, art. 23-2(1).

⁷ Ibid art. 23-2(3).

⁸ Ibid art. 23-3(1).

⁹ Loi organique QPC, art. 23-2(3).

¹⁰ Rousseau D. Op. cit. P. 260. Supra note 7.

дебная инстанция той категории судов, в которой рассматривается дело, а именно Государственный совет, когда речь идет об административном разбирательстве, или Кассационный суд, когда речь идет о гражданском разбирательстве. Цель такого механизма двойного фильтра заключается в том, чтобы избежать перегруженности Конституционного совета и жалоб с целью затягивания процесса¹.

Высшие судебные инстанции располагают максимальным сроком в три месяца, чтобы отвергнуть ПВК или передать его в Конституционный совет². В противном случае ПВК автоматически направляется в Конституционный совет³. В случае передачи в Совет применяется режим отложения разбирательства дела⁴. Если в передаче отказано, судебное разбирательство возобновляется по существу⁵. Конституционный совет выскаживается о соответствии Конституции оспариваемого положения законодательства. Он не выскаживает мнения по поводу условий приемлемости.

Конституционный совет должен выразить свое мнение в течение трех месяцев⁶. Он может принять три типа решений. Он может отвергнуть ПВК, если посчитает, что оспариваемое положение соответствует Конституции⁷. Он может отвергнуть ПВК, излагая при этом оговорки толкования оспариваемого положения⁸. Наконец, Конституционный совет может объявить оспариваемое положение не соответствующим Конституции⁹. Тем самым это положение отменяется со дня публикации решения Конституционного совета или с иной позднейшей даты, оговоренной в решении¹⁰. Решение о неконституционности положения закона имеет силу *erga omnes* («относительно всех»), то есть это положение считается отмененным и не может более вызывать юридические последствия в будущем¹¹.

¹ Constantinesco V, Pierré-Caps S. *Droit constitutionnel français*. Paris: Presses Universitaires de France, 2010. P. 222.

² Loi organique QPC, art. 23-4.

³ Ibid. art. 23-7.

⁴ Rousseau D. Op. cit. P. 262. Supra note 7.

⁵ Ibid.

⁶ Ibid art. 23-10.

⁷ Rousseau D. Op. cit. P. 265 Supra note 7.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

¹⁰ Конституция 1958 г., ст. 62.

¹¹ Rousseau D. Op. cit. P. 265. Supra note 7.

III. Правовое государство и конституционализм — эволюция Конституционного совета в контексте

Чтобы хорошо понять концепцию правового государства вне терминологических сложностей, необходимо вернуться к революционной эпохе. В своей работе «*Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*» Люк Хешлинг рисует весьма полезную картину эволюции всех этих трех вокабул в истории западных институтов и политической мысли, в которой проявляется главная идея¹. Речь идет о том, чтобы правление обеспечивалось правом, а не людьми.

Безусловно, «правление, обеспеченное людьми», прежде всего ассоциируется с произволом монарха. Потому что в то время эта идея развивалась именно в ответ на монархический деспотизм и в стремлении к идеям свободы и равенства. Свобода заключается в том, чтобы «зависеть только от законов» по формулировке Вольтера², которая не столь уж далека от формулировки Монтескье, для которого свобода значила «право делать все, что дозволено законами»³. Равенство, в свою очередь понимается в основном в отношениях между индивидуумом и законом. В революционную эпоху в американских колониях деспотизм проявлялся как исполнение королевских прерогатив, охраняемых имперским правом. В этом контексте накануне американской революции Джон Адамс придал этой идеи такой импульс, который обеспечит ее расцвет в современном конституционализме. Адамс определяет сущность республики господством права, а не людей: «*a government of laws, and not of men*»⁴.

Эта цель достигается в первую очередь формированием законодательного органа, который принимает суверенитет из рук монарха. Этот орган воспринимается, по крайней мере во Франции, в универсалистском духе некоего юснатурализма, то есть естественного права, оторванного от своих религиозных корней. Действительно, речь идет о законодателе, о том, кто закон «воплощает». Во многом подобно монарху божественного права, которого идеализировали до него, законодатель выражает, уточняет и

¹ Heuschling L. *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*. Paris: Dalloz, 2002.

² Voltaire. *Pensées sur le gouvernement*. 1752 // *Œuvres de Voltaire*. T. XXXIX. Paris: Chez Lefèvre, 1830. P. 425.

³ Montesquieu. *Op. cit.*

⁴ Adams J. *Novanglus No. VII* // Adams J. *The Works*. Vol. IV. Boston: Charles C. Little and James Brown. 1851. P. 106. (http://files.libertyfund.org/files/2102/Adams_1431-04_Bk.pdf).

адаптирует общие принципы, которые сам он не создает. Но также, как и универсальный, неписаный закон, который он воплощает и адаптирует, закон, сформулированный законодателем, недостаточен для управления, следовательно, для установления господства права. Уже Аристотель хорошо осознавал эту трудность: «И только вследствие того обстоятельства, что решение одних вопросов может быть подведено под законы, а других — не может, приходится недоумевать и исследовать, что предпочтительнее — господство ли наилучшего закона или господство наилучшего мужа, так как вопросы, обычно требующие обсуждения, не могут быть заранее решены законом»¹.

Вот что могло бы сдержать всеобщий энтузиазм в отношении любой идеи господства законов, привлекая внимание к необходимому вмешательству человека, причем не только в их формулировании, но также и их применении. Так как, подобно тому как исполнительную власть нельзя считать мечом закона, карающим механически, судью нельзя считать его «устами», по выражению Монтескье². Принимая свое решение, судья проявляет власть, он решает то, что в законе, учитывая его общий характер, не прописано. Однако, так же как и монарх, президент или министр, судья или член Конституционного совета — человек, он участвует в правлении людей.

Эти трудности частично объясняют тот факт, что идея господства права никогда не представлялась самостоятельной. Ее всегда сопровождает другая стержневая идея революционной мысли в форме организационного принципа — принципа разделения властей. Этот принцип недвусмысленно связан со своей целью в знаменитой статье 30 конституции Массачусетса 1780 года, в написании которой, кстати, участвовал Джон Адамс. Это знаменитое положение выражает требование разделения властей, перед тем как без обиняков объявить преследуемую цель: «...to the end it may be a government of laws and not of men» («...с той целью, чтобы это было господство законов, а не людей»), чтобы обеспечить правление

¹ Aristote. La politique / trad. J. Barthélemy-Saint-Hilaire, 3^е éd. rev. et corr., Paris, La- drange, 1876 (Livre III, chapitre 11, §8) (цитируется по: Аристотель. Политика // Аристотель. Сочинения: В 4 т. Т. 4. М.: Мысль, 1983).

² «Но судьи народа, как мы уже сказали, — не более как уста, произносящие слова закона, безжизненные существа, которые не могут ни умерить силу закона, ни смягчить его суровость» См.: Montesquieu. Op. cit. (цитируется по: Монтескье Ш.Л. Избранные произведения. М.: Государственное издательство политической литературы, 1955).

права, а не людей. Выражение этого принципа, как известно, также фигурирует во французской Декларации прав человека и гражданина 1789 года¹.

В центре принципа разделения властей лежит идея сдержек и противовесов. Признавая, что только «власть останавливает власть», как это отмечал еще Монтескье², принцип разделения позволяет соответственно приспособить институты власти таким образом, чтобы каждая из ветвей могла быть под контролем другой. Однако необходимо понимать, что сама идея сдержек и противовесов абсолютно нейтральна, когда речь идет о том, чтобы определить, какая из трех ветвей победит в случае конфликта, даже если речь идет о конфликте по поводу Конституции. Следовательно, представляется, что подобные конфликты между ветвями государственной власти разрешаются путем «игры мускулами» между ними, включая при этом силу убеждения. Система сдержек и противовесов призвана обеспечивать определенное равновесие между ветвями власти.

IV. На пути к конституционализму, который устанавливается правом и подтверждается судом

Из представленного выше изложения можно заключить, что революционные идеи, придавшие форму западной конституционной традиции, необязательно предполагают непременный переход к такому конституционализму, который устанавливается правом и подтверждается судом. В истории конституционных идей этот тип конституционализма оказал глубокое влияние на решение Верховного суда США по делу «Марбери против Мэдисона». Верховный суд в нем отметил, что Конституция является частью права и занимает в нем привилегированное положение, с позиций которого признается недействительность правовых норм, включая законы Конгресса, которые ей не соответствуют. По этой концепции, ставшей со временем доминирующей, в случае возникновения конфликта между ветвями власти последнее слово принадлежит толкователю Конституции, и сами такие конфликты оказываются под властью права, толкование которого

¹ «Общество, где не обеспечена гарантia прав и нет разделения властей, не имеет Конституции» (статья 16).

² «Чтобы не было возможности злоупотреблять властью, необходим такой порядок вещей, при котором различные власти могли бы взаимно сдерживать друг друга». *Montesquieu*. Op. cit. P. 269. (цитируется по: Монтескье Ш.Л. Указ. соч.).

оказываются в конечном счете в компетенции Верховного суда. Это решение стало важной вехой в эволюции политических институтов во всем мире, так как с него началось движение, которое после Второй мировой войны кажется неумолимым, движение по пути к приравниванию правового государства с конституционализмом, который устанавливается правом и, поскольку контроль может быть инициирован в рамках судебного разбирательства, подтверждается судом. В рамках западного конституционализма Вторая мировая война показала, насколько важно осуществлять контроль над законодателем и, в частности, защищать меньшинства от большинства, представленного законодательной властью. Эта эволюция оказывается весьма понятной, когда начинаешь осознавать то значительное число стран, в которых не предусматривалось никакого контроля над действующим законом со стороны суда до войны и в которых такой контроль предусмотрен ныне¹. По нашему мнению, последовательная эволюция Конституционного совета в большой степени соответствует этому историческому движению.

Действительно, Конституционный совет был образован в качестве достойного представителя политической модели конституционализма в западном конституционном сообществе. Правила формирования его состава никоим образом не гарантируют, что его членами будут юристы, а несколько его обязательных членов, а именно бывшие президенты Республики, гарантируют Совету экспертизу, скорее политическую, чем юридическую. Принятие в результате последней реформы процедуры, соблюдающей принцип состязательности, представляет собой маленькую революцию в функционировании Совета. С самого начала и до недавнего времени невозможность проведения конституционного контроля закона после его вступления в силу часто придавала закону иммунитет, который на практике лишал Конституцию своей юридической силы. Как показали недавние споры, если закон не был подвержен предварительному контролю, он мог иметь полную юридическую силу, несмотря на свой антиконституционный характер. Такой иммунитет имел значительные последствия в силу теории «закона-ширмы», по которой контроль регламента, устанавливающего

¹ См. в целом: *Guarnieri C., Pederzoli P. The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2002. P. 135; *Hirschl R. Toward Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge (MA): Harvard University Press, 2004. P. 1.

порядок применения закона, не мог опираться на Конституцию, так как этот закон в силу презумпции неоспоримости Конституции становился ширмой между регламентом и Конституцией.

Таким образом, благодаря реформе 2008 года, которая ввела в действие последующий контроль, контроль конституционный превратился из механизма политического в механизм правовой и судебный. Мы говорим о правовой составляющей, так как отныне конституционная норма, хотя и подвержена фильтру решений Конституционного совета, становится нормой права, доступной для правоприменения. Мы говорим о судебной составляющей, так как в ходе судебного разбирательства любой тяжущийся может отныне ссылаться на конституционную норму, опротестовывая законы, которые его пытаются заставить соблюдать.

Если пытаться сформировать суждение о проведенной реформе, становится ясно, что ПВК предоставил французскому конституционному контролю возможность стать более утонченным и ликвидировать то значительное отставание, которое накопил этот контроль по сравнению с обычным надзором, осуществляемым судами общей юрисдикции. Практика обычного судебного надзора в силу Европейской конвенции о защите прав человека, подобно американскому судебному контролю, до него не оставляла места для сомнений в преимуществах последующего контроля и в то же время подчеркивала ограниченность контроля предварительного.

Предварительный контроль, которым ограничивался конституционный контроль до введения ПВК, вынуждал Конституционный совет оценивать конституционность закона абстрактно, или же пытаясь представить себе логику его применения. Однако закон может сначала казаться соответствующим Конституции, но его применение оказывается противоречащим ей — либо потому, что его применяют к ситуациям, которые ни законодатель, ни Конституционный совет не могли вообразить, либо в силу того, что понимание того или иного конституционного принципа со временем изменилось¹. Последующий контроль позволяет эту проблему разрешить, так как закон, оспариваемый на момент контроля, уже произвел свое действие. Вместе с тем невозможность последующего обращения в Конституционный совет придавала законам, не прошедшим контроль, абсолютную и неоспоримую презумпцию конституционности. Поэтому во французском правопорядке могли оказаться действующие законы, которые

¹ Rousseau D. Op. Cit. P. 41. Supra note 7.

противоречили Конституции¹. Последующий контроль позволяет контролировать конституционность таких законов. Он возвращает гражданину — участнику судебного спора, конституционную норму и место в процессах *практического разума*, которые должны в конечном счете регулировать проявления силы со стороны государства. Наряду с этим в итоге обеспечивается намного более тщательный контроль соответствия норм между собой, так как производится более конкретный и разумный анализ реальных эффектов их воздействия. Спешу оговориться, что это ни в коей мере не умаляет значения предварительного контроля, который имеет определенные преимущества в определенных обстоятельствах. Но контроль предварительный не может заменить контроля последующего, так как он сам по себе недостаточен, что убедительно доказал опыт Франции, где многие законы, которые раньше были защищены от конституционной цензуры после их вступления в силу, были объявлены неконституционными после введения в действие механизма ПВК.

ПВК тем самым позволил Франции приблизиться к доминирующей на сегодня модели конституционализма, который устанавливается правом и подтверждается судом. Речь идет о модели, которая провозглашена российским правом. Однако необходимо еще рассматривать этот прогресс в свете принципа организации института, мобилизованного для обеспечения господства права, а именно принципа разделения властей. А этот аспект часто замалчивается.

Доминирующая модель конституционализма, который устанавливается правом и подтверждается судом, часто оставляет впечатление системы, где ветвь власти, на которую возложены полномочия по применению конституционного права, должна обязательно и неизменно ставить последнюю точку в конфликтах между ветвями власти в государстве. Но здесь стоит помнить, что система сдержек и противовесов, вводимая с разделением властей, преследует цель обеспечить такое равновесие, когда ветви государственной власти взаимно контролируют друг друга при господстве Конституции.

Поэтому идея «монополии последнего слова» упорно опротестовывалась в ходе эволюции конституционализма и продолжает оставаться зыбкой. Вот красноречивый пример. Президент США Эндрю Джексон торжественно заявлял в Сенате в 1832 году, то есть

¹ См: Constantinesco V, Pierré-Caps S. Op. Cit. P. 221. Supra note 77.

почти через 30 лет после решения по делу «Марбери против Мэдисона», что каждая из ветвей государственной власти обязана руководствоваться своим видением Конституции: «Конгресс, исполнительная власть и суд, каждый из них, обязаны руководствоваться своим собственным мнением о Конституции»¹. Впрочем, часто цитируют реакцию президента Джексона на решение Верховного суда, когда его председателем был Джон Маршалл: «Джон Маршалл принял решение. Посмотрим теперь, как он собирается добиваться его исполнения». Наиболее авторитетный исследователь президентства Джексона считает, что эти слова никогда не были произнесены², однако бесспорно то, что подобное заявление правдиво отражает разделяемое Джексоном видение роли разных ветвей власти в толковании Конституции. Попытки разных администраций США в последнее время навязывать свое видение как широты полномочий исполнительной власти в области обороны, так и судебного контроля над решениями президента, иллюстрируют шаткость конституционных достижений. Их сохранность зависит не только от непрерывного развития, но и постоянной защиты культуры соблюдения права и уважения его институтов.

Заключение

В заключение мы предлагаем вкратце две темы для размышления в отношении Российской Федерации. Первая касается реализации конституционных решений, вторая — организации судебной власти в качестве одной из ветвей государственной власти.

В том, что касается реализации другими ветвями государственной власти решений Конституционного суда, Россия обладает на сегодня тем преимуществом, что в ее законодательстве содержатся ясные положения на этот счет³. Значение этих положений в том, что они в корне пресекают возможную независимость ветвей государственной власти в толковании Конституции. Толкование Конституции, объявленное Конституционным судом, недвусмыс-

¹ Речь в Сенате по поводу вето Президента на закон о банках. См.: A Compilation of the Messages and Papers of the Presidents. Vol. III / éd. by J. D. Richardson. New York: Bureau of National Literature, Inc. 1897. P. 576-91.

² Remini R. The Jacksonian Era 23.03.1999 (<http://www.ushistory.org/us/historians/remini.asp>).

³ Статья 80 Федерального конституционного закона «О Конституционном суде Российской Федерации» от 21 июля 1994 года № 1-ФКЗ со всеми последующими поправками.

ленно предписывается другим ветвям государственной власти, и исполнение его решений является их обязанностью по закону. Образование отдела в составе Конституционного суда, отвечающего за надзор и исполнение его решений в этом плане, достойно похвалы¹. Действительно, любое посягательство на Конституцию, каждый случай отказа других ветвей государственной власти безусловно исполнять конституционные решения наносят значительный ущерб самой культуре конституционализма. Отсутствие ясной санкции за неисполнение конституционных решений федеральными органами власти в этом смысле не является слабостью системы, но — признанием ограниченности механизма сдержек и противовесов между ветвями государственной власти. Судебная власть не может сама быть мечом, она вынуждена добиваться соблюдения своих решений силой разума и убеждения, которые зависят от уровня культуры, уважения права и институтов. В такой культуре отказ исполнять конституционные решения рассматривается как крупный политический кризис, и к нему так и надлежит относиться.

В том, что касается организации судебной власти в качестве одной из ветвей государственной власти, мы бы сказали, что развитие сильной судебной власти, способной быть эффективным противовесом другим ветвям, проще осуществляется в такой системе, в которой судебная власть объединена. Разделение судов во Франции на общие, административные и конституционный заставило некоторых наблюдателей говорить о том, что на самом деле судебная власть там не существует. Чтобы понять это замечание, полезно вспомнить слова Джеймса Мэдисона о разделении властей. Он объяснял, что четкое разграничение функций не имеет большого значения для поддержания баланса между властями, достаточно, скорее, чтобы каждая ветвь проявляла «свою собственную волю»². Для развития такой воли в условиях, когда судебная власть в определенной степени разобщена, принципиально важно, что-

¹ Trochev A. Judging Russia: The Role of the Constitutional Court in Russian Politics 1990—2006. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. P. 208.

² Madison J. The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments // The Federalist. No. 51. 06.02.1788 (www.constitution.org/fed/federa51.htm); См. также: Madison J. These Departments Should Not Be So Far Separated as to Have No Constitutional Control Over Each Other // The Federalist. No. 48. 01.02.1788 (<http://www.constitution.org/fed/federa48.htm>); Madison J. Method of Guarding Against the Encroachments of Any One Department of Government by Appealing to the People Through a Convention // The Federalist. No. 49. 02.02.1788 (<http://www.constitution.org/fed/federa49.htm>).

бы судьи применяли все возможные формальные и неформальные средства обменов мнениями и сотрудничества с целью развития корпоративного духа, который необходим для формирования уважаемой, сильной и единой судебной власти, обладающей своей собственной волей. И в этом случае судебная власть Российской Федерации формально находится в лучшем положении, чем судебная власть Франции, в исполнении чаяний конституционализма в нынешнем его понимании.

ГЛАВА 10

СИСТЕМНЫЙ АНАЛИЗ ПРАВОВОГО НИГИЛИЗМА в России

К. Хендли, доктор философии (PhD), профессор права и политических наук юридического факультета университета Висконсин-Мэдисон (США)

Бытует общее мнение, что правовой нигилизм широко распространен среди россиян. И действительно, кажется, что россияне испытывают странную гордость за дисфункциональный характер своей правовой системы. В своей статье в «Новой газете» в марте 2012 года один комментатор сравнил российскую судебную систему с печально известными беспорядочными судами Демократической Республики Конго¹. В своем первом крупном выступлении в ходе предвыборной кампании 2008 года Дмитрий Медведев заявил, что «Россия — страна правового нигилизма. ...Таким уровнем пренебрежения к праву не может похвастаться ни одна европейская страна»². Характеристика россиян как правовых нигилистов отнюдь не нова: такие заявления часто наблюдались еще в советское и царское время³. На самом деле Медведев сам описал правовой нигилизм в России как «явление, уходящее в нашу седую древность»⁴.

В настоящей работе я исследую распространенность правового нигилизма среди россиян с особым упором на поколенческие тенденции. Почему социологам нужно интересоваться распространенностью правового нигилизма? Говоря просто, если

¹ См.: *Наганов В.* Ваша честь нам слишком дорого обходится // Новая газета. № 32 от 23 марта 2012 (<http://www.novayagazeta.ru/politics/51767.html>).

² Полный текст выступления Дмитрия Медведева на II Гражданском форуме в Москве 22 января 2008 года // Российская газета. 24.01.2008 (<http://www.rg.ru/2008/01/24/tekst.html>).

³ См., например: *Huskey E.* A Framework for the Analysis of Soviet Law // *Russian Review*. Vol. 50, Issue 1. January. 1991. P. 53–70; *Solomon P.H., Jr.* Legality in Soviet Political Culture: A Perspective on Gorbachev's Reforms // *Stalinism: Its Nature and Aftermath: Essays in Honour of Moshe Lewin* / ed. by N. Lampert and G.T. Rittersporn. Armonk, N.Y.: M.E. Sharpe, 1992; *Туманов В.А.* О правовом нигилизме // Советское государство и право. 1989. № 10. С. 20–27.

⁴ Полный текст выступления Дмитрия Медведева на II Гражданском форуме в Москве 22 января 2008 года.

значительное количество граждан действительно охотно готовы игнорировать закон, тогда движение к правовой системе, отражающей идеалы «верховенства права», будет трудным. В центре концепции «верховенства права» находится приверженность универсальному праву, в соответствии с которым каждый подчиняется одному и тому же праву вне зависимости от своих политических взглядов или экономической влиятельности. Правовой нигилизм же отражает более узкий взгляд на право, в соответствии с которым граждане соблюдают законы, которые они считают справедливыми и (или) удобными.

Несмотря на популярное мнение о россиянах как адептах правового нигилизма, анализ данных, собранных в 2004 и 2006 годах в рамках Российского мониторинга экономического положения и здоровья населения НИУ ВШЭ (RLMS-HSE)¹, показывает, что всевозрастающее число российских граждан отвергают правовой нигилизм. Лишь менее 30 процентов респондентов высказали готовность обойти закон. Хотя этот показатель и ниже того, который можно было бы ожидать с учетом истерии вокруг правового нигилизма среди политиков и commentators, отсутствие уважения к закону более чем у четверти населения все равно вызывает беспокойство. Хотя уменьшение доли правовых нигилистов дает некоторые основания для оптимизма, тот факт, что нигилизм наиболее распространен среди молодежи, вызывает глубокие опасения.

Методология

RLMS-HSE — это общенациональное репрезентативное обследование российских домохозяйств на базе стратифицированной групповой выборки. С 1992 года регулярно проводятся опросы в рамках сотрудничества между Институтом социологии РАН, Центром народонаселения Университета Северной Каролины (США) и Высшей школой экономики. Он включает в себя стандартный набор вопросов, призванных выяснить уровень жизни и здоровья россиян. Он также включает в себя основные демографические вопросы: возраст, пол, семейное положение, экономическую деятельность, образовательный уровень и национальность. Время от времени RLMS-HSE включает в себя модули вопросов по другим темам. Я включила набор вопросов, касающихся

¹ Информация о проекте RLMS-HSE доступна на сайте <http://www.cpc.unc.edu/projects/rlms-hse>.

отношения к закону и поведения по отношению к закону в волнах 13 (2004 год) и 15 (2006 год)¹. В статистическом анализе использованы команды 11-й волны обследования, которые призваны учесть групповую выборку при построении выборки.

Мой анализ концентрируется на вопросе, заданном в обеих волнах. Он был частью группы из четырех вопросов, в которых респондентов спрашивали об их реакции по пятибалльной шкале на ряд заявлений о праве. Респондентов попросили выразить свое согласие или несогласие по пятибалльной шкале² со следующим утверждением: «Если человек считает закон несправедливым, он имеет право «обойти его». Я использовала этот вопрос для проверки приверженности правовому нигилизму. Я кодифицировала тех, кто согласился с этим заявлением, как правовых нигилистов и сравнила их с теми, кто дал ответы «и да, и нет» или указал на свое несогласие с данным утверждением.

Этот вопрос не является идеальным показателем правового нигилизма. Запутанность данного понятия делает практически невозможным формулирование вопроса, который охватил бы все элементы правового нигилизма. Мой вопрос касается его сути, поскольку направлен на получение информации о том, готовы ли респонденты «обойти» законы, которые они считают несправедливыми. Если они уверены в моральной святости права, то вряд ли согласятся с тем, что это легитимно. Они бы признали, что допустимость выбора, какие законы соблюдать, а какие нет, может привести к хаосу в обществе. С другой стороны, те, у кого отсутствует фундаментальное уважение к праву, не сочтут проблемой подмену морального кодекса общества своим собственным. Такая точка зрения лежит в самом сердце правового нигилизма. Те, кто ее придерживается, скорее всего, согласятся с утверждением, содержащимся в моей зависимой переменной.

Хотя я изложила результаты для этой зависимой переменной для обеих волн, подробный анализ концентрируется в основном на 15-й волне. Это связано с практическими причинами. С учетом прошедшего времени и сдвига в популяции респондентов между

¹ Для 13-й волны размер выборки был 9 958, в 15-й волне он увеличился до 11 613. Я исключила тех, кто отказался отвечать на вопрос или затруднился с ответом. В обеих волнах таких было менее 7 процентов общей выборки.

² Предлагались следующие варианты ответа: полностью согласен, скорее согласен, и да, и нет, скорее не согласен, полностью не согласен. Респонденты имели возможность не ответить на вопрос, либо заявив, что они затрудняются с ответом, либо отказавшись отвечать.

двумя волнами результаты различаются. Объяснение этих изменений выходит за рамки настоящей работы. Поэтому я предпочла ограничиться более свежей волной.

Концептуализация правового нигилизма в российском контексте

Отсутствие уважения к закону, лежащее в основе правового нигилизма, давно считается основополагающим элементом российской политической культуры. Как писал еще в XIX веке политический философ Александр Герцен: «Правовая необеспеченность, искони тяготевшая над народом, была для него своего рода школою. Вопиющая несправедливость одной половины его законов научила его ненавидеть и другую; он подчиняется им, как силе... Русский, какого бы он звания ни был, обходит или нарушает закон всюду, где это можно сделать безнаказанно; и совершенно так же поступает правительство»¹.

Этот двухаспектный довод в отношении источника правового нигилизма пользуется значительной поддержкой. Мало кто спорит с тем, что государство неоднократно игнорировало закон, когда он стоял на его пути. Советские ученые поспешили приписать это наследию царизма². Ленин обычно изображается как осознавший необходимость установления большего уважения законности в конце своей жизни. Тот факт, что он это не развил, связывается с его ранней смертью. В обходе закона советским государством обвиняется исключительно Сталин³. Хотя и не оспаривая роль Сталина в закреплении террора, западные ученые оказались более склонны критически исследовать роль Коммунистической партии. Несмотря на невозможность исследовать этот вопрос открыто, западные ученые успешно фиксировали практику, согласно которой партийные чиновники решали, привлекать ли своих товарищей по партии к уголовной ответственности⁴. Даже если это редко использовалось, они утверждали, что возможность уберечь

¹ Шитируется по: *Huskey E.* Op. cit. P. 68 и Туманов В.А. Указ. соч. С. 21.

² См.: Кудрявцев В.Н., Лукашева Е.А. Социалистическое правовое государство // Коммунист. 1988. № 11. С. 44., 55.

³ См.: Туманов В.А. Указ. соч. С. 22.

⁴ *Solomon P.H., Jr.* Op. cit.; *Sharlet R.* The Communist Party and the Administration of Justice in the USSR // Soviet Law After Stalin. Part III. Soviet Institutions and the Administration of Law / ed. by D.D. Barry, G. Ginsburgs, P.B. Maggs. Aalphen aan den Rijn, The Netherlands: A.W. Sijthoff, 1979.

членов партии от уголовного преследования подстегивала презрение народа к закону (там же).

В обсуждениях причин правового нигилизма в постсоветской российской прессе продолжает подчеркиваться роль государства в закреплении этого явления. Говоря прямо, комментаторы спрашивают, почему от обычных граждан должно ожидаться уважение закона, когда государство его не уважает¹. Когда понятие правового нигилизма вошло в повседневный лексикон, оно стало иногда использоваться в качестве кнута. Например, ряд критиков политики Ельцина утверждали, что она явилась результатом правового нигилизма². С течением времени правовой нигилизм стал удобным обвинением в адрес оппонентов³. По мере того как обвинения в правовом нигилизме становились все более обычным делом, они обретали все более аморфный характер. Часто правовой нигилизм объединялся с коррупцией⁴.

Во втором аспекте определения Герцена делается упор на обществе. Одна из причин готовности россиян обойти закон уже была названа: плохой пример, подаваемый государством. Советские ученые по вполне понятным причинам преуменьшали это объяснение. Во влиятельной статье в партийном журнале «Коммунист», опубликованной после 19-й Партийной конференции в 1988 году, В.Н. Кудрявцев и Е.А. Лукашева обошли этот вопрос. В духе перестройки, они не оправдывали государство, но не решились обвинить его в избирательном уголовном преследовании или активном вмешательстве в рассматриваемые дела. Вместо этого они обвинили в недоверии общества плохое качество действующего законодательства и неоднородную правоприменительную практику⁵. В своей речи в 1988 году, в которой он впервые признал концепцию

¹ См., например: интервью бывшего руководителя Федеральной налоговой службы М. Мокрецова — Налоги с двойным смыслом // Российская газета, 3 сентября 2009 г. (http://www.gosuslugi.ru/ru/news/index.php?id=4=135&co_id=4=75&ccoid_4=79); Донских О. Хромое правоприменение // Вечерний Новосибирск, 10.12.2009 (<http://vn.ru/index.php?id=99879>).

² См., например: Смирнов Л. Влаственный нигилизм // Советская Россия. 11.06.2009; Филатов С. Плоды правового нигилизма // Независимая газета. 28.08.1998.

³ См., например: Великий княгине не удалось обжаловать передачу своего заявления в СКП // РИА «Новости», 07.12.2009 (http://www.rian.ru/general_jurisdiction/20091207/197579583.html).; Шевченко Д. Царство правового нигилизма // НГ-Регионы. 17.02.1998.

⁴ См., например: Денисов А. Первый удар по «правовому нигилизму» // Время новостей. 01.08.2008. № 138 С. 1; Грызлову понравилось общаться с блогерами в «Берлоге» // Росбалт, 30.10.2009 (www.rosbalt.ru/2009/10/30/684805.html).

⁵ Кудрявцев В.Н., Лукашева Е.А. Указ. соч.

правового государства, Горбачев отметил низкую правовую грамотность как основную причину широко распространенного игнорирования закона в советском обществе¹. Это стало популярным рефреном в постсоветскую эпоху как для ученых, так и для СМИ². Некоторые утверждали, что существует порочный круг: неверие россиян в право и правовые институты делает маловероятным для них исследование своих законных прав³.

В основе использования права для сталинских репрессий лежала вера в то, что цель оправдывает средства⁴. Такой стиль мышления навязывался обществу в первые десятилетия XX века и оказался трудно искоренимым.

Вопрос о том, как бороться с правовым нигилизмом в России, был и является предметом широкого обсуждения. Существует общий довод о том, что первым шагом должно стать изменение отношения. Что интересно, в то время как Медведев в основном перекладывает ответственность на общество, Горбачев нацеливается и на государство, и на общество. В 1988 году Горбачев утверждал, что любая демократизация потребует «создания социалистического правового государства. Короче говоря, самой заметной чертой государства, приверженного верховенству закона, является эффективное обеспечение им главенства закона. Ни один государственный орган, чиновник, коллектив, ни одна партийная организация, ни одно общественное объединение или лицо не могут быть освобождены от соблюдения закона. Так же как все граждане имеют обязательства перед нашим государством всего народа, так и государство имеет обязательства перед своими гражданами. Их права должны жестко охраняться против любого нарушения властями»⁵.

Для сравнения, в своем первом интервью после выборов в марте 2008 года Медведев отметил: «Необходимо обеспечить, чтобы каждый гражданин понимал не только необходимость, желательность соблюдения закона, но и понимал, что без такого отношения к закону, к праву нормального развития у нашего государства

¹ Горбачев М. Документы и материалы: доклады и выступления Генерального секретаря ЦК КПСС Михаила Горбачева. Москва: Издательский дом Агентство печати «Новости», 1988. С. 67.

² См., например: Тимерзянов Р. Бывших бандитов не бывает // Республика Татарстан, 15.10.2009 (www.gazetart.su/articles/3270/92299/).

³ См.: Панкратова М.Е., Гомонов Н.Д. Проблемы противодействия правовому нигилизму в современной России // Вестник МГТУ. Т. 9. № 1. 2006. С. 165–167.

⁴ См.: Туманов В.А. Указ. соч. С. 23.

⁵ Горбачев М. Указ. соч. С. 65.

и общества не будет»¹. Справедливости ради нужно отметить, что в других своих выступлениях Медведев резко критиковал коррупцию среди государственных чиновников, включая суды. Представляется, что мало кто сомневается в том, что для того, чтобы одержать победу над правовым нигилизмом, потребуется изменение отношения и поведения государства и общества в России.

Распространенность правового нигилизма в России

Каждый, начиная с Медведева и заканчивая водителями такси, с которыми я сталкивалась в своей работе на местах в России, убежден в широкой распространенности правового нигилизма в России. Более того, они уверены в том, что он является неизбежной и уникальной частью российской политической культуры. Имеющиеся данные исследования подрывают оба элемента этого общепринятого мнения. В ряде опросов в 90-е годы прошлого века Гибсон² (2003) зафиксировал обратную тенденцию. Он попросил респондентов выразить свое согласие или несогласие со следующим утверждением: «Нет необходимости соблюдать закон, если Вы считаете его несправедливым». Таблица 1 показывает, что в период с 1992 по 2000 год сокращающееся меньшинство россиян согласились с этим утверждением³. За время его опросов доля не согласных с этим утверждением выросла с 45,6 процента до 58,2 процента⁴. Как он отмечает, эти результаты особенно поразительны с учетом распространенности нарушений закона в 90-е годы. Законы часто придумывались с опозданием, в процессе приватизации государственных предприятий, которая обогатила очень небольшой слой российского общества, оставив подавляющее большинство граждан глубоко разочарованными. Те, кто

¹ См.: Barber L., Buckley N., Belton C. Laying Down the Law: Medvedev Vows War on Russia's 'Legal Nihilism' // Financial Times. 24.03.2008 (<http://www.ft.com/cms/s/0/4b93ecde-f9c3-11dc-9b7c-000077b07658.html>).

² Gibson J.L. Russian Attitudes towards the Rule of Law: An Analysis of Survey Data // Law and Informal Practices: The Post-Communist Experience / ed. by D.J. Galligan, M. Kurkchian. Oxford: Oxford University Press, 2003.

³ Респондентов просили ответить с использованием той же самой пятибалльной шкалы, которая использовалась в RLMS-HSE. Гибсон (Gibson J.L. Op. cit. P. 88.) привел только процент тех, кто выразил свое согласие или несогласие. Сумма процентов из его таблицы не равна 100 процентам. Разница может отражать долю тех, кто ответил «и да, и нет», или тех, кто отказался отвечать.

⁴ Gibson J.L. Op. cit. P. 88.

добился в ходе приватизации экономической власти — так называемые олигархи, — казалось, действовали безнаказанно. Было бы логично ожидать презрение к закону. Данные заставляют предполагать, что ситуация была намного более сложной.

Результаты RLMS-HSE, приведенные в табл. 2, обновляют и подтверждают основные результаты Гибсона. Формулировка вопросов несколько отличалась, но они являются достаточно сходными для сравнения. В обоих вопросах для отражения идеи несправедливости закона используется то же самое слово («несправедливый»). Общая тенденция к сокращению правового нигилизма продолжилась. Между 2004 и 2006 годами количество приверженцев нигилистических взглядов сократилось с 28,93 процента до 24,5 процента. Количество ответивших «и да, и нет» тоже уменьшилось. На другом конце спектра процент респондентов, сообщивших о неготовности «обойти» закон, выросло от чуть меньше половины (49,47 процента) до устойчивого большинства (56,51 процента). Больше чем удвоение процента несогласных с утверждением особенно поражает. Оно предполагает, что приверженность респондентов соблюдению закона стала более сильной. Если мы включим тех, кто выразил двоякое отношение, в число не-нигилистов, ситуация становится еще более убедительной. Процент этих не-нигилистов вырос с 71,06 процента до 75,5 процента¹.

Закономерности правового нигилизма в современной России

Сутью правового нигилизма является снисходительное отношение к праву. Это предполагает, что люди, склонные к правовому нигилизму, вряд ли будут относиться к праву позитивно. Данные RLMS-HSE подтверждают это. Те, кто был готов «обойти» закон, были более склонны считать, что судьи продажны, а прожить в современной России, не нарушая закон, невозможно. Выходя за рамки их отношения к закону, какие характеристики обычно ассоциируются с приверженностью к правовому нигилизму? Я начал анализ с исследования демографических характеристик правовых нигилистов. Затем я обращусь к вопросу о том, как правовой нигилизм представлен среди различных поколений.

Демографические характеристики. Мы очень мало знаем о том, кто такие правовые нигилисты в России. Кое-что проясняется из

¹ Эти различия были статистически достоверными.

анализа Гибсона. Он исследовал 5 демографических переменных, которые обычно считаются хорошими прогностическими параметрами отношения к чему-либо в России: пол, уровень образования, социальный класс, проживание в городе и возраст. Он выяснил, что вместе взятые «эти пять переменных отвечают за несущественные различия в отношении к ценности верховенства права»¹.

Я расширила свой анализ за пределы этих пяти базовых переменных, включив также семейное положение и национальность. Описательная статистика ключевых демографических переменных приведена в табл. 3.

Результаты логистической регрессии даны как Модель 1 в табл. 4². Мои результаты оказались более смешанными, чем результаты Гибсона. Как и он, я обнаружила, что ни проживание в большом городе, ни социальный класс (измеряемый уровнем дохода и занятостью) не были значимыми прогностическими параметрами правового нигилизма³.

Что касается возраста, пола и уровня образования, мои выводы отличались от выводов Гибсона. Все эти переменные оказались значимо связанными с зависимой переменной. В частности, как показывает табл. 3, люди с высшим образованием были более законопослушными, так же как и женщины. Этот вывод не уникalen для России. Женщины обычно более законопослушны, чем мужчины⁴.

¹ Gibson J.L. Op. cit. P. 89.

² Отсутствие линейной зависимости между моими независимыми переменными и моей зависимой переменной сделало необходимым использование логистической регрессии, а не упорядоченного пробита. Для этой цели зависимая переменная была перекодирована как фиктивная переменная, которая выделяла тех, кто согласился с утверждением о том, что «обходить» закон допустимо.

³ Из-за сложности регистрации уровня дохода респондентов я использовала наличие дорогостоящих вещей как показатель социального класса или дохода. Я использовала метод, впервые использованный Болленом, Гланвиллем и Стекловым (см.: Bollen K., Glanville J.L., Stecklov G. Economic Status Proxies in Studies of Fertility in Developing Countries: Does the Measure Matter? // Population Studies. Vol. 56, No. 1. March 2002. P. 81–96), создав шкалу, основанную на наличии телевизора, компьютера, видеомагнитофона, холодильника и автомобиля. Затем я прибавила к количеству вещей единицу и взяла натуральный логарифм полученного числа. Барретт и Бакли (см.: Barrett J., Buckley C. Gender and Perceived Control in the Russian Federation // Europe-Asia Studies. Vol. 61, Issue 1. 2009. P. 29–49, 2009) с успехом использовали этот метод при анализе данных RLMS-HSE.

⁴ Tyler T.R. Why People Obey the Law. Princeton: Princeton University Press, 2006. P. 43; Yagil D. Gender and Age-Related Differences in Attitudes Toward Traffic Laws and Traffic Violations // Transportation Research Part F: Traffic Psychology and Behaviour. Vol. 1. No. 2, December 1998. P. 123–135.

Как станет очевидно, значимость этих отношений сохраняется при проверке других предметных гипотез с использованием логистического регрессионного анализа. Возраст является последовательно значимым, но представляется имеющим ограниченную толковательную ценность, поскольку отношение шансов находится в районе 1. Хотя разница по возрастам сама по себе не дает нам существенной информации, при организации переменной в поколенческие группы критическая важность возраста при определении нигилистов станет явной.

Сильная связь между более высоким уровнем образования и уважением к закону не удивительна. И американские, и сравнительные исследования показали, что с дополнительными годами образования приходит более тонкое понимание политической системы, включая правовую¹. Представляется, что Россия следует этой общей закономерности.

Дополнительные демографические переменные помогают дополнить картину. Национальность не является значимым показателем отношения к закону. Выборка RLMS-HSE включала в себя представителей свыше 40 различных этнических групп. С учетом того, что 80 процентов выборки считали себя русскими², я разделила выборку на русских и нерусских и обнаружила, что русские не являются ни более, ни менее нигилистами, чем нерусские. Напротив, семейное положение является значимым. Люди, состоящие в браке, имеют меньшую вероятность быть нигилистами, чем холостые и разведенные. Неудивительно, что прохождение через развод обычно делало респондентов более циничными по отношению к правовой системе.

Гипотеза поколений. Я включила показатель возраста (Возраст) в анализ демографических переменных в табл. 4. Хотя она и является статистически достоверной, эта переменная мало что объясняет сама по себе. Она становится интересной только тогда, когда данные сведены в поколенческие группы. Роль поколений в объяснении отношения к политике в России является общепризнанной в социологической литературе³. Существующие исследования

¹ Tyler T.R. Op. Cit. P. 42; Torney-Purp J. Links and Missing Links Between Education, Political Knowledge, and Citizenship // American Journal of Education, Vol. 105. No. 4. August 1997. P. 446—457.

² Ни одна другая этническая группа не составила более 5 процентов опрошенного населения.

³ См.: Mishler W., Rose R. Generation, Age, and Time: The Dynamics of Political Learning During Russia's Transformation // American Journal of Political Science. Vol. 51.

в основном используют в качестве показателя поддержки режима возраст. До сих пор никто эмпирически не проверил, отличается ли отношение к закону среди разных поколений.

В более общей социологической литературе было выяснено, что имеется прямая зависимость между возрастом и степенью законопослушности¹. Иными словами, с возрастом люди обычно становятся более законопослушными. Было непонятно, будет ли это общее правило соблюдаться в России, учитывая ее мучительное наследие в том, что касается закона. Представлялось более вероятным, что в России будет наблюдаться обратная тенденция: а именно что правовой нигилизм будет нарастать с возрастом. Причины этого уходят в использование закона как орудия режима в советский период. Разумеется, те, кто жил в самые плохие времена советской правовой системы, продемонстрируют большее неуважение и цинизм по отношению к закону. Тот факт, что эта группа, опять же, стала жертвой экономических реформ 90-х годов, только поддерживала эти ожидания. И действительно, это стало незаявленным допущением и ученых, и политиков. Объясняя кажущееся нежелание россиян соглашаться с необходимостью реформы правовой системы, они часто говорили о трудности изменения сложившегося отношения. Подразумевался довод о том, что более молодые поколения должны быть более открыты для идеи, что закон может служить интересам граждан и не всегда должен служить инструментом властей.

Эмпирические данные являются довольно нечеткими. Те, кто проанализировал различия между поколенческими группами, единогласно заключили, что люди, жившие в советский период, с наибольшей вероятностью будут высказываться в поддержку СССР и всего, что он представлял². Из этого следует, что эта самая старшая группа не поддерживает идеи, связанные с демократией

No. 4. October 2007. P. 822—834; *Kiewiet D.R., Myagkov M.G. Are the Communists Dying Out in Russia? // Communist and Post-Communist Studies*. Vol. 35. No. 1. March 2002. P. 39—50; *Bahry D. Society Transformed? Rethinking the Social Roots of Perestroika // Slavic Review*. Vol. 52. No. 3. Autumn 1993. P. 512—554; *Finifter A. W., Mickiewicz E. Redefining the Political System of the USSR: Mass Support for Political Change // American Political Science Review*. Vol. 86. No. 4. December 1992. P. 857—874; *Bahry D. Politics, Generations and Change in the USSR // Politics, Work and Daily Life in the USSR / ed. by J.R. Millar*. Bloomington, IN: Indiana University Press, 1987.

¹ *Tyler T.R. Op. Cit. P. 43.*

² *Rose R., Carnaghan E. Generational Effects on Attitudes to Communist Regimes: A Comparative Analysis // Post-Soviet Affairs*. Vol. 11. No. 1. January-March 1995. P. 48; *Bahry D. Op. cit. 1993.*

и свободным рынком. В частности, они враждебно относятся к расширению гражданских и политических прав из опасения, что это произойдет за счет социального порядка. Эти представляющиеся несовместимыми результаты объясняются указанием на « тоталитарную социализацию», испытанную на себе людьми, выросшими в Советском Союзе. Их учили, что победы советской эпохи, включая быструю индустриализацию и победу над фашизмом во Второй мировой войне, достигнуты исключительно благодаря системе, созданной коммунистической партией¹. Хаос, последовавший за коллапсом этой системы, только подкрепил их убеждения. Очень большое число россиян старшего возраста продолжали поддерживать воссозданную коммунистическую партию. Кивит и Мягков² выяснили, что российские избиратели с возрастом все больше поддерживают российскую коммунистическую партию.

Постоянство этих результатов во многих исследованиях делает их очень убедительными. Менее четкими являются результаты в отношении поддержки правового нигилизма. Универсальная концепция права как применимого одинаково ко всем является краеугольным камнем демократической теории и ключом для функционирования рыночной экономики. Можно утверждать, что она не совпадает с идеологией коммунистической партии, которая отдавала предпочтение узкому пониманию права, в соответствии с которым члены партии должны были быть чище обычных граждан. В теории преступления и правонарушения, совершенные членами партии, рассматривались внутренними дисциплинарными комитетами, чтобы обеспечить более строгое к ним отношение³. Мы теперь знаем, что в реальности дела обстояли совсем иначе, но знали ли это респонденты RLMS-HSE? Хотя западные аналитики традиционно ассоциируют практику обхода закона с советской эпохой, поколения советских детей учили совершенено другому: в рамках их гражданского образования превозносилась конституция, и их убеждали соблюдать закон.

Тем не менее Гибсон⁴ обнаружил, что россияне более старшего возраста в меньшей степени поддерживали верховенство права,

¹ Kiewiet D.R., Myagkov M.G. Op.cit. P.40; Gibson J.L. A Mile Wide But an Inch Deep(?)
The Structure of Democratic Commitments in the Former USSR // American Journal of Political Science. Vol. 40, No. 2. May 1996. P. 397.

² Kiewiet D.R., Myagkov M.G. Op.cit. P. 47–48.

³ Clark W.A. Crime and Punishment in Soviet Officialdom: Combating Corruption in the Political Elite: 1965–1990. Armonk, N.Y.: M.E. Sharpe, 1993.

⁴ Gibson J.L. Op. cit. 2003. P. 89.

что, в общем-то, подтверждает мое изначальное предположение. Опросы общественного мнения демонстрируют аналогичную тенденцию. В общенациональном опросе 2007 года по поводу отношения к судам, проведенном ВЦИОМ, россияне более старшего возраста были последовательно менее позитивны¹. Когда их спрашивали, считают ли они, что суды способны выносить справедливые решения по делам в отношении обычных россиян, соотношение между положительным и отрицательным ответами в выборке в целом составило 54 процента и 34 процента. По сравнению с этим всего 49 процентов респондентов старше 45 лет считали, что суды способны выносить справедливые решения, а 39 процентов выразили сомнение. Более молодые поколения продемонстрировали меньше скептицизма: 59 процентов людей в возрасте от 18 до 24 лет были готовы поверить в возможность справедливого разбирательства и только 27 процентов ответили отрицательно. Разумеется, в этом вопросе речь идет о судах, что добавляет еще один институциональный уровень. Но не будет необоснованным полагать существование высокой корреляции между отношением к судам и отношением к праву в более общем плане.

Обращаясь к RLMS-HSE, я начала анализ с разделения своей выборки на 6 поколенческих групп. Я назвала их по фамилии лидера, находившегося у власти в момент, когда они достигли совершеннолетия. На основании литературы о поколенческих эффектах в России я предположила, что именно в этот период их жизни сформировалось отношение к государству и правовой системе². Данные, представленные в табл. 5, дали интригующие результаты. Молодые люди являются не более законопослушными, чем люди более старших возрастов. Уровень правового нигилизма примерно одинаков для всех респондентов, родившихся после 1940 года. Его уровень снижается только среди самой старшей группы. Таким образом, сталинское поколение является не более, а менее нигилистическим. Среди этой группы 19,15 процента респондентов поддерживали правовой нигилизм, в то время как среди населения в целом этот уровень составил четверть опрошенных. В других поколенческих группах показатели находились в пределах нескольких процентов этого уровня. Почти 2/3 сталинского поколения не согласились с утверждением о приемлемости

¹ Результаты доступны по адресу: <http://wciom.ru/arkhiv/tematicheskii-arkhiv/item/single/9301.html>.

² Rose R., Carnaghan E. Op. cit. P. 34; Bahry D. Op.cit. 1987. P. 74—76.

«обхода» закона, по сравнению с примерно 56 процентами для выборки в целом. Те же, кто не испытал сталинизм на себе, были более готовы обойти закон. Россияне среднего возраста, родившиеся в период с 1970 по 1987 год и достигшие совершеннолетия при Горбачеве, являются наибольшими нигилистами и наименее законопослушны. Хотя приверженность к нигилизму постепенно сокращается в каждой последовательной поколенческой группе, уровень активного возражения остается постоянным. Вместо одобрения закона, эти молодые россияне отказываются занимать конкретную позицию.

С другой стороны, если мы посмотрим на тенденцию оппозиции правовому нигилизму, Россия, как представляется, следует той же закономерности, которая отмечается и в других странах. По мере старения респонденты RLMS-HSE все более становились сторонниками закона. Но более пристальное изучение показывает, что это не является результатом пересмотра своего отношения к нигилизму. Они просто становятся более определенными в своих взглядах по мере старения. Меньшее количество занимает неопределенную позицию. Этот сдвиг происходит в пользу категории законопослушных граждан. Возражение против обхода закона резко увеличивается при переходе от поколения Горбачева к поколению Брежнева. Поколение Хрущева столь же законопослушно. Эта тенденция продолжается и в сталинском поколении.

Регрессионный анализ, приведенный в табл. 4, приводит результаты к потрясающему рельефу. В Модели 2 я изучила взаимосвязь между поколенческими переменными и правовым нигилизмом с использованием переменной для сталинского поколения в качестве базовой категории. В Модели 3 я добавила ряд демографических контрольных переменных. Этот анализ демонстрирует изолированность сталинского поколения. Шансы стать нигилистами более чем на 40 процентов выше для представителей поколения Хрущева, чем для представителей поколения Сталина. Для респондентов из брежневского и горбачевского поколений, которые иногда называют «потерянными поколениями», шансы стать нигилистами еще выше. В полной модели шансы стать нигилистами оказались соответственно на 60 процентов и 76 процентов выше. Отношение шансов для ельцинского поколения возвращается к среднему уровню хрущевского. Для всех этих поколений, которые включают в себя респондентов, родившихся с 1941 по 1987 год, результаты являются очень достоверными и остаются устойчивыми даже при введении в модель демографических переменных.

Даже самое молодое поколение, путинское, которое не только избежало сталинизма, но и не имеет непосредственного опыта жизни в условиях Советского Союза (за исключением младенческого возраста), является более нигилистическим, чем сталинское. Статистическая достоверность рассеивается, когда я включаю демографические контрольные переменные, но позитивный признак сохраняется.

Мой анализ показывает, что предположение о том, что будет иметься прямая зависимость между правовым нигилизмом и жизнью при советской системе, является не совсем правильным. Самая старшая группа, в отношении которой можно утверждать, что она видела самые грубые злоупотребления правовой системой советской эпохи, оказывается наименее предрасположенной к правовому нигилизму. А самая молодая группа, которая не испытала непосредственно советского опыта, настолько же готова проповедовать правовой нигилизм, как и их родители.

Как объяснить эти результаты? Возможно, они говорят о влиянии нестабильных лет после распада Советского Союза. Опыт каждой поколенческой группы в эти годы несколько отличался от опыта других групп. Заманчиво приписать привлекательность нигилизма экономическим трудностям переходного периода. Но, как показывает табл. 6, различия в опыте каждой группы были значительными. За исключением сталинского поколения, опыт которого, в соответствии с этими данными, был нейтральным, влияние на респондентов было значительным. Однако вне зависимости от фактического влияния реакция состояла в принятии правового нигилизма более значительным количеством людей, чем среди сталинского поколения. Респонденты более старшего возраста в хрущевском и брежневском поколениях видели оборотную сторону реформ, когда значительное количество работников были уволены или им пришлось работать дополнительно. Особенно пострадало брежневское поколение. Они были на самом пике своей карьеры, и им было трудно переквалифицироваться в другие профессии. Почти треть респондентов этой группы в 90-е годы потеряла работу, по сравнению с примерно 27 процентами для всей выборки в целом. У респондентов этой группы также была наибольшая вероятность быть вынужденными выполнять менее привлекательную работу и/или они испытали значительное сокращение зарплаты. Как это и предполагалось, они почти не воспользовались преимуществами переходного периода. Вместо них воспользоваться новыми возможностями, которые принесли реформы, смогли более

молодые респонденты поколений Горбачева и Ельцина. Представители этих групп нашли более хорошую работу, а их зарплата выросла. Примерно 22 процента всех опрошенных получили работу с более высокой заработной платой, в то время как среди представителей горбачевского и ельцинского поколений эта доля составила, соответственно, 32,71 процента и 29,90 процента.

Чем объясняется привлекательность правового нигилизма для тех, кто оказался в результате переходного периода, соответственно, в выигрыше или в проигрыше? Общей чертой их опыта была нестабильность. Для этих поколений, которые были воспитаны на ожидании стабильности от колыбели до могилы, 90-е годы принесли риск и неопределенность. Те, кто был моложе, имели больше возможностей воспользоваться ситуацией, но это не означает, что этот опыт обязательно им понравился. Скорее всего, они объясняли свою судьбу возможностью манипулировать правилами игры. Для тех, кто получил от этого преимущества, их позитивное отношение к правовому нигилизму понятно. Менее понятна мотивация более старших групп. Их реакция состояла не в том, чтобы протестовать против непредсказуемости закона, а в том, чтобы отстраниться от этой воспринимаемой реальности. Они могут винить в своих несчастьях способность более влиятельных игроков манипулировать системой. Сочетание безнадежности и цинизма, характерное для российской политической культуры, может играть определенную роль в этом пассивном ответе на их трудную ситуацию¹.

Путинское поколение не представлено в табл. 6, поскольку в 90-е годы они еще не находились в трудоспособном возрасте. Но ситуация повлияла и на них тоже. Их родители были частью хрущевского и брежневского поколений, которые приняли на себя главный удар децентрализации. Они были свидетелями воздействия на своих родителей, что не могло не оказать влияния на душу этих молодых людей в период их формирования. Похоже, что извлеченный ими урок состоит в том, что при необходимости законом можно и нужно манипулировать. Это не предвещает ничего хорошего в отношении перспектив движения России по направлению к «верховенству права». Это также противоречит возлагаемым на молодое поколение надеждам в отношении перехода к демократии².

¹ Lipman M. Russia's No-Participation Pact // Project Syndicate. March, 30 2011 (<http://www.project-syndicate.org/commentary/lipman5/English>)

² Frierson C.A. An Open Call to Focus on Russia's Educated Young Adults // Problems of Post-Communism. Vol. 54. No 5. September-October 2007. P. 3–18.

Таблица 6 предполагает, что представители сталинского поколения в основном были сторонними наблюдателями хаоса 90-х годов. Когда начались реформы, многие из них уже были на пенсии, и поэтому увольнения на них лично не повлияли. Но практический опыт говорит о том, что многим пенсионерам пришлось выйти на работу, поскольку инфляция съедала их пенсию¹, хотя это и не отразилось на результатах. В действительности, в социологической литературе обычно говорится, что пенсионеры были неспособны справиться с изменениями². Когда их спрашивают, пришлось ли им работать дополнительно, положительный ответ в этой группе встречается намного реже, чем в выборке в целом. Возможно, они истолковали этот вопрос как подразумевающий, что новая работа была в дополнение к существующей работе на полную ставку³. Пенсионерам приходилось возвращаться на работу, что совсем другое дело.

Вне зависимости от того, истолковала ли эта самая старшая группа вопрос превратно, невозможно, чтобы они прошли через период реформ без поражений. Как минимум, на них оказались изменения, испытанные их детьми (позитивные или негативные). И если увеличение личного риска при введении рыночных реформ привело в замешательство россиян среднего возраста, россияне более старшего возраста не могли не счесть его еще более выбивающим из колеи. Но то, что отличает сталинское поколение от их детей и внуков, это их привычка к изменениям. Самые старые представители этой группы родились в 1906 году, а примерно половина — до 1934 года. Это означает, что они отчетливо помнили Вторую мировую войну и ее последствия. Кто-то из них, возможно, потерял близких из-за чисток. Они жили в период «оттепели» и брежневского застоя. Хотя в этот период отмечалась некая стабильность, в том смысле, что никто не волновался, что

¹ См.: Хомченко Ю. Пенсионеры стали трудовым резервом страны // Московские новости, 21. 12.2011 г. (<http://mn.ru/society/20111221/309030442.html>); Сергеева Ю. Трудный возраст: растет число работающих пенсионеров // Восточно-Сибирская правда, 18.08.2007 (<http://www.vsp.ru/social/2007/08/18/415823>); Ефременко Т. Пенсионный возраст увеличен: но не законодательством, а жизнью // Российская газета. № 2885. 28.09.2005 (<http://www.rg.ru/2005/09/28/pensionery-trud.html>).

² Kiewiet D.R., Myagkov M.G. Op.cit.

³ В инструментарии исследования эти вопросы были сгруппированы вместе. В вопросе, предшествовавшем вопросу о дополнительной работе, конкретно спрашивалось, был ли ответчик переведен на другую постоянную работу, которая была для них менее желательна. Респонденты могли полагать, что когда их спрашивали о дополнительной работе, она была в дополнение к уже существовавшей постоянной работе.

останется без работы или без крыши над головой, на этой дороге было немало крутых поворотов. Они были воспитаны ко всему относиться невозмутимо. Отсюда понятно отсутствие у них истерики по отношению к реформам и сопровождающим их неурядицам.

Более озадачивающим является отвращение сталинского поколения к правовому нигилизму. Возможно, оно может быть объяснено их пониманием фразы «обойти закон». Это может нарушать их внутренний моральный кодекс, внущенный им в советское время. В советскую эпоху обход закона не был чем-то, чем занималась только элита. Обычные граждане регулярно пользовались блатом с целью получения доступа к самым различным потребительским услугам — от обычных, таких как хорошее медицинское обслуживание, до предметов роскоши, таких как желаемые путевки для поездки в отпуск¹. Руководители предприятий прибегали к услугам «толкачей» для обеспечения снабжения дефицитными товарами². С технической точки зрения подобные действия представляли собой обход закона. Именно поэтому я и ожидала, что для этой более старшей группы подобная практика будет приемлема. Однако непонятно, сочли ли респонденты повседневное использование «дыр» в законе, повсеместно распространенное в советские десятилетия, тем же самым, что и современное попрание закона. Не следует забывать, что этот старомодный способ обхода закона был нацелен на поддержание порядка и стабильности в обществе. Непонятно, смог ли бы Советский Союз выжить без блаты и второй экономики. Наоборот, практика обхода закона в современной России имеет более эгоистический оттенок. Манипулирование законом олигархами и другими представителями элиты в основном служило цели накопления личного состояния и/или власти, что, в свою очередь, оказывало дестабилизирующее воздействие на страну. Сталинское поколение, возможно, рассматривает это более современное проявление обхода закона как создающее риск ввергнуть страну в хаос. Их сильное предпочтение порядка, возможно, привело к отрицательному отношению к обходу закона, когда им был задан вопрос RLMS.

Ранее я говорила о возможной роли воспитания при сталинизме и учения коммунистической партии для объяснения склонности к соблюдению закона. Открытое использование высшими

¹ *Ledeneva A.V. Russia's Economy of Favours: Blat, Networking and Informal Exchange.* Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

² *Berliner J.S. Factory and Manager in the USSR.* Cambridge: Harvard University Press, 1957.

партийными руководителями в советскую эпоху закона как инструмента (что составляет суть правового нигилизма) могло предполагать, что бывшие члены КПСС будут отражать этот нигилизм. В действительности, однако, эти бывшие члены партии на самом деле меньшие нигилисты, чем выборка в целом, что подкрепляет тезис о том, что учение партии оказывает большее влияние при объяснении взглядов людей, чем использовавшаяся в КПСС практика. Хотя в лагерь нигилистов попали 24 процента всех опрошенных, среди бывших членов КПСС этот уровень составил всего 19,5 процента. Это имеет смысл, если мы примем во внимание разницу между партийными лидерами и рядовыми членами. Партийные лидеры могли иметь возможностьвольно относиться к правилам, в то время как на рядовых членов распространялась партийная дисциплина. Эта дисциплина отличала членов партии от остального населения¹. С течением времени это стало больше мифом, чем реальностью, но в первые десятилетия советской власти, когда в нее вошли многие представители сталинского поколения, это было действительно так. Это объясняет, почему респонденты более старшего возраста меньше принимали правовой нигилизм, чем те, чье совершеннолетие пришлось на эпоху Хрущева или Брежнева. Для этих последующих поколений КПСС стала способом продвижения по карьерной лестнице, а не вопросом идейности. В этом смысле стоит отметить, что падение среди бывших партийцев доли отвергающих правовой нигилизм пришлось на брежневское поколение. Среди представителей этого поколения всего 7,4 процента членов партии не были нигилистами, по сравнению с 13,8 процента среди хрущевского поколения и 15,4 процента — сталинского. Люди брежневского поколения с максимальной вероятностью вошли в ее состав из карьеристских соображений.

Предварительные выводы

Правовой нигилизм является неизбежной чертой российской правовой культуры. Однако анализ данных RLMS-HSE заставляет полагать, что его популярность на самом деле снижается. Вопреки гиперbole Медведева, лишь меньшинство россиян готово обойти закон, когда он оказывается неудобным.

Мое исследование вопроса о том, кто имеет большую вероятность стать нигилистом, подтверждает некоторые стереотипы,

¹ Clark W.A. Op. cit.; Sharlet R. Op. cit.

опровергая другие. Как и в других странах, отмечается обратная зависимость между нигилизмом и уровнем образования. Нашло свое подтверждение общепринятое в России мнение о том, что приверженцами правового нигилизма являются очень богатые люди и люди, сталкивающиеся с экономическими проблемами.

Вместе с тем анализ привел к некоторым неожиданностям, в особенности в отношении удивительной роли поколений. Сравнительное исследование демократических и авторитарных режимов выявляет общее правило о том, что правовой нигилизм уменьшается по мере старения. В других странах эта зависимость оказалась линейной. В России ситуация другая: около четверти родившихся после 1940 года готовы обойти закон. Отличается только самая старшая группа. Еще более озадачивающим является то, что это та группа, у которой больше всего причин для цинизма, лежащего в основе правового нигилизма: они пережили сталинизм, застой, перестройку и приватизацию и наблюдали за манипулированием законом, наблюдавшемся при каждом из этих явлений. Можно утверждать, что эти люди стали жертвами на каждой из этих стадий. И тем не менее они вышли из всего этого с четкой верой в важность соблюдения закона, даже если он может представляться несправедливым.

Во многом эта статья ставит больше вопросов, чем дает ответов. Моя цель состоит в том, чтобы начать диалог и поощрить других вести этот анализ дальше. Нужно проделать еще много работы в смысле выявления того, кто такие правовые нигилисты в России, и для изучения влияния правового нигилизма.

Приложения

Таблица 1

**Ответ россиян на утверждение:
«Необязательно соблюдать закон, если Вы считаете его несправедливым»,
1992—2000 годы (%)**

Ответ	1992	1995	1996	1998	2000
Согласен	29,8	24,1	21,6	20,6	21,1
Не согласен	45,6	50,3	55,9	59,7	58,2
Общее кол-во	2523	767	1392	1320	1394

Источник: Gibson J.L. Op. cit. 2003. P. 88.

Таблица 2

**Россияне отвечают на утверждение:
«Если человек считает закон несправедливым, он имеет право “обойти его”,
2004—2006 годы (%)**

Ответ	Волна 13 — 2004	Волна 15 — 2006
Полностью согласен	5,13	6,44
Скорее согласен	23,8	18,07
И да, и нет	21,6	18,99
Скорее не согласен	38,86	34,17
Полностью не согласен	10,6	22,34
Среднее	2,74	3,48
Стандартное отклонение	1,09	1,2
Общее кол-во	9958	11613

Источник: (RLMS-HSE).

Таблица 3

**Демографические характеристики российских правовых нигилистов:
ответы на утверждение:
«Если человек считает закон несправедливым,
он имеет право “обойти его”» (%)**

Ответ	Пол (а)		Уровень образова- ния (б)		Семейное положение (с)		Место жительства (д)		Насе- ление в це- лом
	Жен.	Муж.	Высш.	Без выс- шего	В брачке	Не в брачке	Город	Село	
Полностью нигилист	5,30	7,93	5,66	6,63	6,37	6,52	6,13	7,11	21,16
Скорее нигилист	15,97	20,8	14,46	18,97	17,25	18,92	18,65	16,79	17,98
И да, и нет	19,61	18,51	17,29	19,4	18,96	19,04	19,33	18,24	19,84
Скорее законопосл.	31,38	36,31	34,19	34,17	35,56	32,8	32,76	37,24	35,3
Полностью законопосл.	23,92	20,28	20,84	28,4	21,87	22,72	23,13	20,62	21,16
Население в целом	56,57	43,43	19,78	80,22	50,53	49,47	68,51	31,49	100

(a) Критерий Пирсона $\chi^2 = 106,43$, ст. своб. = 4, $p = 0,00$

(b) Критерий Пирсона $\chi^2 = 74,82$, ст. своб. = 4, $p = 0,00$

(c) Критерий Пирсона $\chi^2 = 12,00$, ст. своб. = 4, $p = 0,017$

(d) Критерий Пирсона $\chi^2 = 31,93$, ст. своб. = 4, $p = 0,00$

Источник: RLMS-HSE.

Таблица 4

Модели логистической регрессии — отношения шансов приверженности к правовому нигилизму

Переменные	Модель 1	Модель 2	Модель 3
Женщины	0,673*** (0,0277)		0,668*** (0,0276)
Возраст	0,998* (0,00128)		
Русские	0,992 (0,0764)		0,964 (0,0751)
Городские жители	1,092 (0,063)		1,118 (0,0647)
Нижний квинтиль дохода	0,951 (0,0614)		0,951 (0,0615)
Работающие	1,014 (0,0499)		0,864** (0,0491)
В браке	0,905* (0,0461)		0,837*** (0,0443)
Высшее образование	0,764*** (0,0483)		0,755*** (0,0477)
(Поколение Сталина — базовая категория)			
Поколение Хрущева		1,424*** (0,133)	1,526*** (0,148)
Поколение Брежнева		1,444*** (0,108)	1,610*** (0,138)
Поколение Горбачева		1,531*** (0,135)	1,708*** (0,170)
Поколение Ельцина		1,433*** (0,116)	1,469*** (0,129)
Поколение Путина		1,324*** (0,134)	1,086 (0,116)
Константа	0,470*** (0,0486)	0,237*** (0,0155)	0,340*** (0,0376)
Псевдо r2	0,0099	0,0027	0,0133
Выборка	11 578	11 613	11 578

*** $p < 0,001$, ** $p < 0,01$, * $p < 0,05$

Источник: RLMS-HSE.

Таблица 5

**Поколенческие характеристики российских правовых нигилистов,
ответы на утверждение:
«Если человек считает закон несправедливым,
он имеет право «обойти его» (%)**

	Родив- шие- ся при Сталине (до 1940)	Родив- шие- ся при Хрущеве (1941— 1950)	Родив- шие- ся при Бреж- неве (1951— 1969)	Родив- шие- ся при Горба- чеве (1970— 1976)	Родив- шие- ся при Ельцине (1977— 1987)	Родив- шие- ся при Путине (после 1988)	Насе- ление в целом
Пол- ностью нигилист	4,67	7,41	6,82	7,97	6,08	5,46	6,44
Скорее нигилист	14,48	17,82	18,68	18,65	19,27	18,42	18,07
И да, и нет	14,83	15,99	18,7	20,66	21,4	22,38	18,99
Скорее законо- посл.	36,24	36,64	33,62	34,33	32,85	32,66	34,17
Полно- стью за- конопосл.	29,77	22,15	22,19	18,39	20,41	21,09	22,34
Насе- ление в целом	14,92	10,34	31,59	13,3	21,81	8,04	100

Критерий Пирсона $\chi^2 = 136,38$, ст.своб. = 20, $p = 0,00$

Источник: RLMS-HSE.

Таблица 6

Опыт политики экономических реформ 1990-х годов (%)

События в период с 1991 по 2006 год:

- (1) Респондент потерял работу из-за закрытия предприятия или внезапного увольнения им работников.
- (2) Респонденту пришлось перейти на другую постоянную работу, которая не соответствовала его квалификации и не нравилась респонденту.
- (3) Респонденту пришлось согласиться на дополнительную работу, которая не соответствовала его квалификации и не нравилась респонденту.
- (4) Заработная плата респондента значительно сократилась.
- (5) Респондент нашел работу, которая давала ему значительно больше денег.
- (6) Респондент решил попытать счастья в новом экономическом секторе, который появился только в период реформ.

Поколение:*	(1) ^(a)	(2) ^(b)	(3) ^(c)	(4) ^(d)	(5) ^(e)	(6) ^(f)
Сталин	16,04	8,60	4,87	17,96	4,30	2,48
Хрущев	27,42	17,66	8,78	28,69	11,31	5,70
Брежнев	32,51	25,53	11,95	32,67	26,76	11,34
Горбачев	22,42	21,01	9,09	21,73	32,71	10,83
Ельцин	13,54	14,43	4,15	13,47	29,90	15,03
Полн. выборка	26,81	20,57	9,63	27,23	22,11	9,09

*Поколение Путина не включено, поскольку в 90-е годы они еще не находились в трудоспособном возрасте.

- (a) Критерий Пирсона $\chi^2 = 165,24$, ст. своб. = 4, $p = 0,00$
- (b) Критерий Пирсона $\chi^2 = 173,36$, ст. своб. = 4, $p = 0,00$
- (c) Критерий Пирсона $\chi^2 = 62,87$, ст. своб. = 4, $p = 0,00$
- (d) Критерий Пирсона $\chi^2 = 150,87$, ст. своб. = 4, $p = 0,00$
- (e) Критерий Пирсона $\chi^2 = 458,06$, ст. своб. = 4, $p = 0,00$
- (f) Критерий Пирсона $\chi^2 = 117,79$, ст. своб. = 4, $p = 0,00$

Источник: RLMS-HSE.

ГЛАВА 11

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА: МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ

В. Сэнцин, доктор философии (PhD), доцент юридического факультета
Университета Любляны (Словения)

I. Введение

Становление ЕС (Лиссабонский договор) сопровождается не только формированием новых международных институтов, но и дальнейшим развитием международного права как ответа на вызовы времени. При этом и действие международного права, и деятельность международных организаций, которые применяют его нормы в своей повседневной работе, оказывают воздействие как на отношения между отдельными странами, так и на активное урегулирование межгосударственных отношений, имеющих подчас весьма сложную предысторию, запутанных, болезненных, находящихся в состоянии, при котором невозможно достичь быстрого успеха. В силу сложности, длительности, изменяющейся динамики этих международных конфликтов, которые осложняют поиск международно-правовой базы для их урегулирования, такое урегулирование не только по традиции, но и по необходимости базируется (должно базироваться) на применении принципа верховенства права. Тем самым верховенство права в рамках ЕС и Европы в целом является основой для решения самых острых социально-экономических проблем, с которыми сталкиваются многие европейские страны.

Принцип верховенства права все чаще и чаще оказывается в центре внимания авторитетных международных форумов¹,

¹ Проблематика верховенства права стала одной из основных тем 67-й сессии Генеральной ассамблеи ООН (18 сентября — 01 октября 2012 г.). Принятая на этой ассамблее Декларация Совещания на высоком уровне Генеральной Ассамблеи о верховенстве права на национальном и международном уровнях, в частности, определяет:

Мы признаем, что верховенство права относится в равной степени ко всем государствам и международным организациям, включая Организацию Объединенных Наций и ее основные органы, и что уважение и поощрение верховенства

поскольку международное сообщество рассматривает его как универсальный компас в разрешении межгосударственных и внутристрановых конфликтов, особенно в условиях недостаточности правовой базы для урегулирования того или иного конфликта или спора.

Межгосударственные конфликты или конфликты внутри стран, в том числе вызванные стремлением той или иной территории к большей автономии или даже к суверенитету, неизбежно создают и конфликт внутри самого международного права — в силу особенностей его формирования, когда его основным источником выступает прежде всего практика суворенных государств, которые оказываются или становятся участниками таких конфликтов. В этой ситуации возрастает роль субъектов международного права, не имеющих собственного интереса в конфликте, прежде всего — универсальных и региональных международных организаций. Вместе с тем, поскольку такие организации нацелены на достижение универсальных правовых ценностей и общего баланса интересов, это (в идеале) позволяет в их практике руководствоваться принципом верховенства права, не будучи связанными собственным интересом, который имеют стороны конфликта.

права и правосудия должны служить руководством во всех видах их деятельности и обеспечивать предсказуемость и легитимность их действий...

Мы убеждены в том, что верховенство права и развитие тесно взаимосвязаны и являются взаимоусиливающими, что поощрение верховенства права на национальном и международном уровнях имеет особо важное значение для устойчивого и всеохватывающего экономического роста, устойчивого развития, искоренения нищеты и голода и полного осуществления всех прав человека и основных свобод, включая право на развитие, все из которых, в свою очередь, усиливают верховенство права...

Мы признаем важность справедливой, стабильной и предсказуемой юридической основы для обеспечения всеохватывающего, устойчивого и равноправного развития, экономического роста и занятости, инвестирования и предпринимательства...

Мы подтверждаем принцип благого управления и выражаем приверженность оказанию эффективных, справедливых, недискриминационных и равноправных общественных услуг, связанных с верховенством права, включая уголовное, гражданское и административное правосудие, урегулирование коммерческих споров и юридическую помощь...

Мы убеждены в том, что независимость судебной системы, включая ее беспристрастность и целостность, является важнейшим необходимым условием обеспечения верховенства права и того, чтобы в процессе отправления правосудия отсутствовала дискриминация...

II. Влияние верховенства права на трансформационные процессы

Трансформационные процессы в Восточной Европе получили довольно широкое распространение среди многих государств, в том числе благодаря географической близости к ЕС, государственной и частной поддержке из-за рубежа, иностранным инвестициям, а также международным условиям благоприятствования и стимулирования, установленным западными странами и ЕС для интеграции восточноевропейских стран в демократический мир. Сохраняющуюся важность международного фактора в этих процессах подтвердило и присоединение ряда государств Восточной Европы к Европейскому Союзу. Примером этого могут служить социально-экономические перемены в Сербии, Грузии и в Украине.

В последнее время происходила масштабная «инвентаризация» экономических, бюрократических, инфраструктурных систем восточноевропейских стран. Началось интенсивное обучение постсоциалистической бюрократии стандартам, принятым в ЕС, а экономики «новых европейцев» получили большие финансовые вливания из ЕС и международных финансовых институтов. Принципиальное значение имело встраивание этих стран в европейскую систему права и правоприменения. Реформирование этих институтов стало своеобразным ответом на вызовы времени и служит адаптации новых членов ЕС.

В процессе дискуссий о том, какой тип демократии оптимален в ходе постсоциалистической трансформации (президентский или парламентский), какой должна быть исполнительная власть (централизованной или распределенной), какими должны быть партийная и избирательная системы и т.п., не подвергается сомнению необходимость в любом случае опираться на верховенство права. Общий консенсус состоит в том, что только в этом случае может быть обеспечена долгосрочная стабильность отношений между правительством, государством и обществом, поступательное развитие экономики.

Именно следование принципу верховенства права рассматривается в современном международном праве как абсолютное благо, как безусловный механизм преодоления самых тяжелых проблем в современной экономической жизни европейских стран. Между тем в условиях нынешнего экономического кризиса возникло искушение (по крайней мере среди новых членов или

кандидатов в члены ЕС) решать возникающие проблемы посредством укрепления политического авторитаризма, требующего несколько отойти, хотя бы на время, от жесткого следования верховенству права, что порождает попытки решать экономические проблемы за счет ущемления прав или интересов тех или иных социальных групп или даже целых государств.

В картине реформирования государств Центральной и Восточной Европы последних двух десятилетий очевидно наблюдается деление на две группы: страны, где реальный демократический транзит состоялся и произошел переход в число стран развитого мира, и страны, где укрепились «переходные» авторитарные режимы, похожие на среднеазиатские. И те и другие предприняли попытки строить капитализм и демократию, однако в одном случае рыночная экономика сложилась и демократия действовала, а в другом — политические режимы быстро скатились к той или иной форме олигархии и авторитаризма¹.

В этих условиях центральные органы ЕС выступают как механизмы обеспечения правовых ценностей, которые позволяют сохранять демократические институты и конкуренцию в экономике и политике. Ниже будет показано, какими инструментами пользуются в настоящее время различные международные организации для внедрения принципов верховенства права с целью предотвратить сползание к авторитаризму в отдельных странах и разрешить так называемые замороженные конфликты между отдельными европейскими государствами или внутри них.

III. Роль международных организаций в становлении новых европейских государств

События начала 90-х годов XX столетия значительно преобразовали карту Европы. После окончания «холодной войны» появилось более двадцати новых или находящихся в процессе возникновения государств — как следствие распада многонациональных федераций, Советского Союза (СССР), Чехословакии и Социалистической федеративной республики Югославии: Армения, Азербайджан, Белоруссия, Босния и Герцеговина, Хорватия, Чешская Республика, Грузия, Казахстан, Косово, Кыргызстан,

¹ Об анализе процесса перехода стран Центральной и Восточной Европы к демократии см. подробнее: 20 лет: политическая и экономическая эволюция в посткоммунистической Европе (<http://20europe.hse.ru/>)

Македония, Молдова, Черногория, Российская Федерация, Сербия, Словакия, Словения, Таджикистан, Туркмения, Украина и Узбекистан¹.

Процесс создания новых государств в Европе еще полностью не завершен. Одни образования до сих пор не получили всеобщее признание в качестве государств (например, Косово), другие не признаны под своими суверенными наименованиями (например, Македония (Бывшая югославская республика Македония)). Государственность других все еще оспаривается, поскольку они были признаны относительно небольшим числом государств и остаются в большой степени зависимыми от стран, оказывающими им поддержку (например, Абхазия, Южная Осетия, Северный Кипр). Кроме того, внутри существующих государств имеет место напряженность в определенных регионах или областях, стремящихся достичь большей автономии (например, Воеводина). С другой стороны, сегодняшняя Германия родилась в результате объединения.

Некоторые из этих процессов объединения или разделения были быстрыми и довольно мирными (например, объединение Германии, распад СССР и Чехословакии), в то время как формирование новых государств после раз渲ала СФРЮ проходило через трагические войны, с многочисленными невинными жертвами (например, геноцид Сребреницы). В результате на территории бывшей Югославии сегодня образовалось семь независимых государств. В целом, как следствие распада трех бывших социалистических федераций возникло самое большое число новых государств, начиная с завершения процесса деколонизации.

Гибель или создание государств несут большой потенциал для развития международного права. Главные правовые проблемы, генерируемые в таких случаях, особенно при создании новых государств, обычно описываются термином «преемственность государств» в ее самом широком смысле. Однако цель настоящей главы состоит не в изложении громадного множества вопросов, связанных с преемственностью государств вообще², а в обзоре того, какова реакция различных международных или региональных организаций, имеющих дело с новыми европейскими

¹ См.: The CIA Factbook for year 2012 (www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/fields/2051.html#xx).

² Подробнее см.: Succession of States / ed. by Mark M. Hague, London, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1999.

государствами, только что возникшими или существующими несколько лет, в частности, на территории бывшей Югославии, в контексте проблем международного права. Эти комментарии из-за объема работы по необходимости ограничены отдельными аспектами международного права и кратко касаются вопросов признания государств в связи с членством в международных организациях и мирного урегулирования в рамках международных организаций или при их посредничестве.

Международное право не является застывшим сводом правил и принципов, а эволюционирует путем прогрессивного развития посредством кодификации государственной практики (*state practice*) и убежденности в ее правомерности (*opinio juris*)¹. Оба этих направления переплетены между собой и так или иначе связаны с деятельностью международных организаций. Хотя задача развития международного права формально лежит на ООН, в частности на Генеральной Ассамблее² и ее Комиссии международного права³, многие другие международные организации и их практика также способствуют развитию международного права, как на мировом, так и на региональном уровне. Следует отметить, что события на территории бывшей Югославии вызвали реакцию со стороны различных международных организаций, которые обозначили путь дальнейшего развития международного права по нескольким направлениям.

IV. Отношения между государствами и международными организациями

Государства и международные организации, как единственные, безоговорочно признаваемые субъекты международного права⁴, являются естественными партнерами на международной арене. Их отношения — это не просто брак по расчету, который страны готовы расторгнуть в любой момент, как только их интересы перестают учитываться. Во многих отношениях существует

¹ Под которой, как правило, понимается убежденность субъектов международного права в юридической правомерности, полноценности, действительности нормы международного права. — Прим. ред.

² Устав Организации Объединенных Наций, 26 июня 1945 года (далее Устав ООН), ст. 13.

³ <https://www.un.org/russian/law/ilc/>

⁴ См.: *Brownlie I. Principles of Public International Law*, Oxford University Press. 2008. P. 57–58.

несомненная взаимозависимость между государствами и международными организациями, поскольку международные организации зависят от государств, которые их учреждают и затем обеспечивают их деятельность, в то же время государства в сегодняшнем глобальном мире не могут в одиночку решать или даже ставить некоторые необходимые для их нормального функционирования вопросы без помощи международных организаций. Международные организации повысили свое значение с тех пор, как государства осознали, что им легче достичь своих целей благодаря усилиям всех стран или по крайней мере отдельных, — в противоположность односторонним мерам того или иного государства или двусторонним договоренностям самых мощных государств¹.

Текущее состояние международных организаций является предметом пристального внимания наблюдателей². Участие в международных организациях, среди прочего, способствовало преобразованию внутренней структуры правительства, в том числе и посредством симбиоза с другими действующими в стране силами, что, в свою очередь, способствовало изменению внутренней политики этих государств³.

Как полагают некоторые комментаторы, деятельность международных организаций повлияла на изменение природы суверенитета в смысле определения статуса, чтобы его наличие определялось уже не степенью автономии, а масштабами членства и участия в международных организациях⁴. Это объясняет, почему государства после своего создания рассматривают членство в международных организациях как один из своих главных приоритетов.

¹ Отмечается, что значительное число новых международных организаций сейчас создаются не правительствами стран, а другими международными организациями. Число традиционных международных организаций, созданных в соответствии с межгосударственными соглашениями, сократилось с 394 в 1982 году до 339 в 1992 году, тогда как «отпочкования» от других международных организаций увеличились с 669 до 808. См.: *Stein E. International Integration and Democracy: No Love at First Sight // American Journal of International Law. Vol. 95. No. 3 (Jul. 2001). P. 489—490* (цит. по: *Alvarez J.E. International Organizations: Then and Now // American Journal of International Law. Vol. 100. No. 2 (Apr. 2006). P. 325—326*).

² Подробнее см: *Alvarez J.E. Op. cit. P. 324—347*.

³ Некоторые примеры см.: *Ibid. P. 335—336 (supra note 6)*.

⁴ *Ibid. P. 335 (supra note 58)*.

V. Признание государств, членство в международных организациях и мирное урегулирование споров

Несмотря на множество критических мнений о качестве и значимости международного права¹, одной из основных его функций является идентификация его первичных (основных) субъектов, то есть государств. Практика признания государств помогает осознать, что международные организации играют в этом все более и более важную роль. Когда новые государства возникают или находятся в процессе своего формирования, международные организации способствуют их международному признанию, принимая решения, имплицитно нацеленные на этот эффект (признание), или допуская членство этих новых государств, тем самым молчаливо признавая их государственность, поскольку членство, как это имеет место во многих международных организациях, признается только за государствами².

Хотя признание одних государств другими является подчас сугубо декларативным и может конституировать правовой статус правительства, только если оспариваются³ фактические предпосылки этого (то есть наличие или отсутствие эффективного контроля), споры вокруг государств-преемников бывшей Югославии и их членства в ООН⁴ привели к долгим годам неопределенности и

¹ См.: *Caplan R. Europe and the Recognition of New States in Yugoslavia*. Cambridge University Press. 2005. P. 73—78.

² Устав ООН, статьи 3 и 4. Принятие в члены ООН ставит строгое условие, что субъект является государством. Хотя это не означает, что отдельные государства-члены могут рассматриваться как безусловно одобравшие кандидатуру кандидата в члены ООН, но по крайней мере те, кто проголосовал «за», не смогут впоследствии делать заявления о том, что они никогда не признавали соответствующего кандидата. См.: *Klabbers J. An Introduction to International Institutional Law*. Cambridge University Press, 2002. P. 106.

³ См.: *Shaw M. International Law*. Cambridge University Press, 2008. P. 456; *Pellet A. The Opinions of the Badinter Arbitration Committee: A Second Breath for the Self-Determination of Peoples* // European Journal of International Law. Vol. 3. 1992, P. 182 (<http://www.ejil.org/pdfs/3/1/1175.pdf>).

⁴ В течение почти 10 лет (до прихода демократического правительства 2000 г.) ФРЮ настаивала на том, что именно она является преемницей СФРЮ, поскольку остальные государства отделились от нее. По этой причине она настаивала на продолжении ее членства в ООН, подобно тому как это было в случае с Российской Федерацией. Этот аргумент вызывал резкие возражения со стороны остальных 4 государств-преемников, которые настаивали на том, что прежнее государство более не существует и после распада бывшей СФРЮ все пять новых государств, а именно Словения, Хорватия, Босния и Герцеговина, Македония и ФРЮ

немалому числу спорных решений, включая те, что были приняты Международным судом, при выборе его юрисдикции, приемлемости дела и доступа к Суду в делах с участием Сербии (или бывших республик ФРЮ — Сербии и Черногории)¹.

Более того, провозглашение независимости Косова в 2008 году лишь спровоцировало новые споры, поскольку основывалось на праве на самоопределение, в то время как Сербия полагала, что это было демонстративным нарушением ее территориальной целостности, охраняемой международным правом. Примечательно, что Косово было создано после нескольких лет международного присутствия и управления этой территорией многими международными организациями, а именно: ООН, НАТО, ЕС, ОБСЕ (которые действуют там и сегодня), и после гуманитарной интервенции государствами — членами НАТО в 1999 году, правомерность которой широко оспаривается в связи с отсутствием предварительного решения Совета Безопасности ООН. Прямо противоположные взгляды Сербии и Косова на проблему заставили существовавшие ранее вместе территории искать поддержки у Генеральной ассамблеи ООН, а также привели к обращению в Международный суд для получения его консультативного заключения². Ождалось, что суд определенно выскажется по вопросу о праве наций на самоопределение и выделение в целях самосохранения, однако, к разочарованию многих, суд ответил на заданные вопросы в такой форме, что практически оставил их без ответа³.

Членство в международных организациях стало одной из самых важных целей вновь образованных государств. Условия

являются преемниками в равной мере. См.: *Bohte B. Status ZRJ v OZN // Pravnik. Vol. 55 (2000). No. 11/12. P. 801–821.*

¹ См.: Заявление согласно Конвенции по предотвращению преступления геноцида и наказанию за него (Босния и Герцеговина против Сербии и Черногории), предварительные возражения, доклады Международного суда 1996 г.; заявление о пересмотре решения суда от 11 июля 1996 г. по делу по заявлению согласно Конвенции по предотвращению преступления геноцида и наказанию за него (Босния и Герцеговина против Сербии и Черногории), (Югославия против Боснии и Герцеговины); доклады Международного суда 2003 г.; заявление согласно Конвенции по предотвращению преступления геноцида и наказанию за него (Хорватия против Сербии); доклады Международного суда 2008 г.; дело о законности применения силы (Сербия и Черногория против Бельгии); предварительные возражения; доклады Международного суда 2004 г.

² См.: О соответствии международному праву одностороннего провозглашения независимости Косово. Консультативное заключение (2010). Общий список №. 141.

³ См.: *Kastelec A., Sancin V. Srbija in Kosovo znova za pogajalsko mizo: prispevek Meddržavnega sodišča? // Pravna praksa. Vol. 30 (21. apr. 2011). No. 15/16. P. II-VII.*

достижения этой цели зависят от каждой конкретной организации и, как правило, предписаны ее уставом. Однако, как можно убедиться в случае с ООН и некоторыми региональными организациями, такими, например, как ЕС или НАТО, условия вступления могут меняться в зависимости от конкретных кандидатов и их союзников и, что еще важнее, от их оппонентов.

С одной стороны, политическая реальность, связанная с составом Совета Безопасности ООН, такова, что она подчас препятствует даже подаче заявления на вступление Косова в ООН; с другой стороны, Македония была вынуждена пойти на компромисс и в конце концов была признана под названием Бывшая югославская республика Македония¹.

Спор о наименовании между Македонией и Грецией остается нерешенным уже более двадцати лет. После того как в 2008 году НАТО отказалось Македонии в присоединении к этой организации, Македония подала в Международный суд заявление против Греции, в котором говорилось о нарушениях Грецией своих обязательств по договору в соответствии с Временным Соглашением между этими странами от 13 сентября 1995 г. В 2011 году суд вынес решение в пользу Македонии².

Реакция ЕС на югославские кризисы и признание им новых государств, созданных после распада СФРЮ и Советского Союза, была весьма противоречивой и одной из наиболее спорных. Когда в декабре 1991 года, спустя шесть месяцев после начала боевых действий, Совет министров ЕС решил признать стремление бывших югославских (и бывших советских) республик к независимости, это признание было совершено под условием принятия на себя новыми государственными властями обязанности соблюдать различные «хельсинские нормы». ЕС оговорил, среди прочего, что новые государства должны конституировать себя на демократической основе; признать положения Устава ООН, Хельсинского Заключительного акта и Парижской Хартии ОБСЕ, особенно в отношении верховенства права, демократии и прав человека; а также продемонстрировать приверженность урегулированию посредством соглашений всех разногласий, возникающих в связи с государственным право-применением. Кроме того, для югославских республик требовалось

¹ См.: <http://www.un.org/en/members/index.shtml>.

² Заявление согласно Временному Соглашению от 13 сентября 1995 г. (Бывшая югославская республика Македония против Греции) (<http://www.icj-cij.org/docket/files/142/16827.pdf>).

предпринять широкий круг мер для защиты прав национальных меньшинств в новых государственных границах, а также подтвердить конституционные и политические гарантии отсутствия каких-либо территориальных претензий к «соседнему государству Сообщества»¹. Такой образ действий заметно отличается от обычной практики, согласно которой международное признание государства осуществлялось на основе не-политических критерии².

Поскольку международные организации не могут обеспечить решение всех проблем в мире, их решение, в особенности вопросов войны и мира, не может быть найдено без построения некоторого специального международного института³. Большинство международных организаций создано на неопределенный срок и для своего успешного функционирования нуждаются в поддержании мирного существования всех своих участников, как, впрочем, насколько это возможно, и государств, не являющихся членами международных организаций. Для этого большинство международных организаций предусматривает различные механизмы по мирному урегулированию споров. В ряде случаев международными организациями принудительные меры использовались против недавно образованных государств на территории бывшей Югославии (резолюции Совета Безопасности ООН, интервенция НАТО).

Тем не менее примеры, когда международные организации обладают полномочиями для реализации своих решений в отношении своих членов, редки, и в большинстве случаев государства-члены свободны решать, какой именно механизм они хотят применить, чтобы достигнуть мирного разрешения их спора. Международные организации могут играть важную роль, поощряя конфликтующие стороны использовать имеющиеся средства для мирного урегулирования споров или содействуя такому процессу. При этом, поскольку обычно они не могут навязывать свой выбор государствам-членам, их способ действий, как правило, включает в себя упорные переговоры, сочетающие метод кнута и пряника. Примером успешного содействия процессу переговоров, позволивших прийти к заключению арбитражного соглашения, было

¹ Declaration on the Guidelines on the Recognition of New States in Eastern Europe and in the Soviet Union⁴ and Declaration on Yugoslavia, Extraordinary EPC Ministerial Meeting (Brussels). EPC Press releases. 16 December 1991. P. 128/91, 129/91.

² Более подробно см.: *Caplan R.* Op.cit.

³ См.: *Paulus A.* Between Incapacity and Indispensability: The United Nations and International Order in the 21st Century // *Progress in International Law* / ed. by R.A. Miller, R.M. Bratspies. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008. P. 294.

участие ЕС в разрешении пограничного спора между Словенией и Хорватией¹.

Важность мирного урегулирования споров, осуществляемого при посредничестве региональных организаций, обуславливается главным образом способностью таких организаций оказывать поддержку государствам-членам или оказывать на них давление при урегулировании конфликтов с их участием. Легитимацию, предлагаемую крупной региональной структурой, ее политическое влияние на ход локального конфликта нельзя недооценивать. Региональные организации выполняют важную задачу, в том числе и в качестве форума, связывающего государства-члены, особенно когда их дипломатические отношения разорваны из-за споров и постоянный диалог между сторонами спора невозможен. Помимо возможности неофициальных встреч они предлагают государствам-сторонам спора еще и свои собственные механизмы для урегулирования локальных споров².

Серьезным достижением в развитии международных организаций, которое возникло в ходе разрешения острых конфликтов на территории бывшей Югославии, было учреждение Советом Безопасности ООН Международного уголовного трибунала по вопросам индивидуальной уголовной ответственности для бывшей Югославии³. Хотя решения этого суда не наделены прецедентной силой, они, несомненно, способствовали кристаллизации международного гуманитарного права и развитию международного уголовного права.

VI. Заключение. **Европа: поиск прагматических решений**

В эпоху глобализации процесс развития любой международной организации является не столько вопросом поиска какой-то грандиозной институциональной конструкции, сколько вопросом эффективного использования существующих институтов для достижения заявленных целей⁴. При этом обычное международное право может возникать из общей практики международных

¹ См.: *Sancin V. Slovenia-Croatia Border Dispute: from “Drnovšek-Račan” to “Pahor-Kosor” agreement // European perspectives — Journal on European perspectives of the western Balkans. Vol. 2 (Oct. 2010). No. 2. P. 93—111.*

² См.: *Platiše M. The Role of Regional Organisations in the Field of Peaceful Settlement of International Disputes // Zbornik znanstvenih razprav. Vol. 61 (2001). P. 191.*

³ Резолюция Совета Безопасности ООН 827 (1993) // *UN Yearbook. 1993. P. 440.*

⁴ См.: *Paulus A. Op. cit. P.314.*

организаций¹. Следовательно, особое внимание следует уделять деятельности международных организаций при решении вопросов, существенных для образования и выживания государств, поскольку в этой сфере существует очень немного четко определенных правил международного права.

Для возникающих государств крайне важно заранее принять во внимание возможную реакцию международных организаций — еще до официальной декларации своей независимости. Человеческий фактор играет здесь существенную роль. В дополнение к контактам дипломатов с официальными лицами международных организаций и государствами, уже являющимися членами этих организаций, в долгосрочной перспективе новые государства должны приложить всевозможные усилия для получения их гражданами максимального числа должностей в международных организациях после того как они будут приняты в их члены (хотя это не всегда находится в списке приоритетов новых государств-членов).

Международные организации в значительном числе случаев оказались важным катализатором при управлении различными сложными конфликтами. Следовательно, внимание к различным механизмам урегулирования споров, предлагаемым как международными, так и региональными организациями, вполне оправданно, и предоставляемые ими возможности следует самым серьезным образом принимать во внимание во всех существующих и будущих спорах между государствами.

Конец «холодной войны», начало процесса обретения независимости государствами Центральной и Восточной Европы и внезапное начало войны на Балканах выявили серьезные недостатки механизмов ООН, предназначенных для обеспечения мира во всем мире и тем самым в области гуманитарной помощи, урегулирования конфликтов и поддержания мира. Усилия ООН необходимо дополнять активностью региональных организаций. Если во времена принятия Устава ООН эксплицитное признание отдельных региональных соглашений и институтов рассматривалось как политический компромисс, достигнутый под влиянием США, то теперь эта модель в качестве очень успешной используется для децентрализации полномочий в области международного права².

Как было показано, существует множество проблем, с которыми сталкиваются международные организации: (демократическая)

¹ См.: *Shaw M.* Op. cit. P. 82 (supra note 13); *Brownlie I.* P. 6 (supra note 5).

² *Platiše M.* Op. cit. P. 188 (supra note 24).

легитимация, подотчетность и ответственность, управление и, наконец, последнее (но не по степени важности) — координация действий. Из-за растущего числа международных организаций часто возникают пересечение функций и конфликты компетенции, в связи с чем потребность в координации становится все более очевидной¹.

Чтобы получить полное представление о роли и значении международных организаций в быстром росте численности европейских государств, не стоит ограничиваться анализом событий в рассматриваемой в настоящей работе части Европы, обособленно от происходящего в каком-либо другом месте. Тем не менее это краткое изложение предлагает некоторый вклад в общую дискуссию о роли международных организаций в развитии международного сообщества государств и последовательном развитии международного права.

¹ Kaiser K. Coordination of International Organizations — Intellectual Property Law as an Example: Can There Be Safety in Numbers? // Progress in International Law / ed. by R.A. Miller, R.M. Bratspies. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers. 2008. P. 316.

ПРИЛОЖЕНИЕ В
СТЕНОГРАММА КРУГЛОГО СТОЛА
«ВОЗДЕЙСТВИЕ УГОЛОВНОЙ ПОЛИТИКИ
НА ЭКОНОМИКУ»
(Москва, НИУ ВШЭ, 04.04.2012)

УЧАСТНИКИ:

Волков В.В., научный руководитель Института проблем право-применения, доктор социологических наук, профессор

Григорьев Л.М., кандидат экономических наук, доцент, заведующий кафедрой мировой экономики НИУ ВШЭ, главный эксперт Центра правовых и экономических исследований

Жуков В.М., заместитель Председателя Верховного Суда в отставке, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, главный эксперт Центра правовых и экономических исследований

Курчикьян М., Центр социально-правовых исследований Оксфордского университета

Морщакова Т.Г., заместитель председателя Конституционного Суда в отставке, доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации, заслуженный юрист Российской Федерации, главный эксперт Центра правовых и экономических исследований

Новиков И.А., эксперт Центра правовых и экономических исследований

Новикова Е.В., доктор юридических наук, директор Центра правовых и экономических исследований

Панеях Э.Л., ведущий научный сотрудник Института проблем правоприменения

Радченко В.И., первый заместитель Председателя Верховного Суда в отставке, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, главный эксперт Центра правовых и экономических исследований

Самохин А.Н., управляющий партнер консалтинговой группы «Партнер Групп»

Субботин М.А., кандидат экономических наук, старший научный сотрудник Института мировой экономики и международных

отношений РАН, заместитель директора Центра правовых и экономических исследований

Федотов А.Г., кандидат юридических наук, эксперт Центра правовых и экономических исследований, адвокат

Шаститко А.Е., профессор МГУ им. М.В. Ломоносова, директор Центра исследований конкуренции и экономического регулирования РАНХиГС при Президенте России

Яковлев А.А., кандидат экономических наук, директор Института анализа предприятий и рынков НИУ ВШЭ, директор Международного центра изучения институтов и развития НИУ ВШЭ

ЯКОВЛЕВ А.А.:

— У нас довольно много участников, поэтому сейчас я совсем коротко сделаю вводный комментарий о цели этого круглого стола и этой сессии, а затем мы перейдем к комментариям от участников круглого стола, и, надеюсь, останется еще время для дискуссии с возможностью реакции на вопросы из зала. Я очень рад самому формату, который у нас складывается в этот раз на конференции, с точки зрения взаимодействия между представителями разных дисциплин, я имею в виду экономистов, юристов, социологи сейчас тоже есть и довольно активно участвуют в формировании междисциплинарного взгляда на проблематику развития правовой системы. В рамках этого круглого стола мы будем говорить о взаимодействии правовой системы и бизнес-сообщества. Если вы следите за событиями, то, наверное, видите, что последние полтора-два года довольно активно шла публичная дискуссия по поводу того, что силовое давление на бизнес, которое явно возросло в последние годы, порождает очень сильные негативные экономические эффекты в виде снижения предпринимательской активности, оттока капитала и т.д. Наше тесное взаимодействие началось около года назад, когда состоялся большой семинар, проводившийся Ясиным в рамках его цикла семинаров по экономической политике, где выступали многие из присутствующих здесь коллег, выражая точку зрения представителей юридического сообщества на эту проблематику. После этого мы пытаемся двигаться дальше; но одновременно происходят определенные изменения на уровне власти, когда она стала, по крайней мере на уровне деклараций, признавать наличие самой проблемы и пытаться вносить те или иные изменения в законодательство и, может быть, даже где-то в правоприменительную практику.

В рамках данного круглого стола мы сошлись на том, что, может быть, не следует повторять те вещи, которые говорились раньше, потому что для всех здесь присутствующих это не первое мероприятие, поэтому мы попытаемся сконцентрироваться на тех вопросах, которые заявлены в программе. Это вопросы о том, на кого может опираться такого рода изменение законодательства и изменение практики правоприменения в отношении бизнеса, опираться в рамках самого юридического сообщества, которое очень большое и неоднородное. Это не только следователи, прокуроры, это и адвокаты, и юридические консультанты, работающие в бизнесе и защищающие интересы бизнеса. Это отчасти было моим предложением, потому что мой опыт работы с госорганами и попыток инициирования некоторых реформ показывает: если мы не понимаем движущие силы и их интересы, то импульсы, идущие только сверху через какие-то указы или распоряжения президента или премьера, скорее всего, не сработают. Надо понимать, на какие группы в профессиональном сообществе может опираться новая политика, скажем, новая уголовная политика по отношению к бизнесу и к экономике.

НОВИКОВА Е.В.:

— Мы слышали на пленарных заседаниях очень много вопросов, которые прямо или косвенно могут найти свое решение именно в модернизации уголовной политики, которая когда-то должна перестать управлять экономикой таким образом, как это делается сейчас. Понятно, что это самый сильный инструмент в руках государства, поэтому оставить уголовную политику в том же виде, когда мы уже 20 лет пытаемся строить рыночную экономику, практически невозможно. Она сегодня является не простоrudиментарной, как мы увидели на примере ярких иллюстраций из выступления Владимира Ивановича Радченко, она стала даже более репрессивной именно в отношении предпринимателей. К сожалению, система уголовной юстиции ни изменить саму себя, ни воспринять что-то извне, ни устраниТЬ даже те очевидные ошибки, которые выносятся на ее усмотрение независимым экспертным сообществом, сегодня не может.

Мы предлагаем вашему вниманию эти проблемы для того, чтобы всем вместе попытаться ответить на вопрос, как изменить эту ситуацию, чтобы развернутое применение уголовной ответственности за незаконное предпринимательство, за получение доходов в отсутствие ущерба, за неадекватно широкую формулировку

самой легализации, все-таки хоть как-то изменялось в позитивном направлении, чтобы уменьшился бы масштаб оттока капитала и людей, образованных и активных, меньшее количество предпринимателей необоснованно оказывались бы за решеткой.

Если мы будем рассматривать эту проблематику в общем векторе, очень важно, имея такую разностороннюю в междисциплинарном смысле аудиторию, говорить между собой на одном языке. Поэтому для обсуждения таких вопросов очень важна площадка Высшей школы экономики. Я думаю, что для начала можно согласиться с выводами, которые мы на симпозиуме в начале декабря на этой же площадке определили между собой. Очень важные, принципиальные выводы, которые мы считаем констатирующими, формирующими общий фундамент для нашего понимания — что существующая уголовная политика имеет очевидные негативные социально-экономические последствия. В частности, что уголовная политика является фактором, непосредственно определяющим плачевное состояние института права собственности, инвестиционного климата и эмиграции, а уголовная репрессия обрела характер инструмента для изъятия ренты. В связи с этим мне бы хотелось подчеркнуть, что попытки поиска, восстановления доверия в обществе, диалога общества, бизнеса и власти, безусловно, предполагают наличие субъекта этого диалога. Как можно скординировать разрозненные усилия и со стороны власти, и со стороны населения и бизнеса, объединить в ответственный за свои решения независимый центр, чтобы можно было впервые за все время после перестройки получить нормальную концепцию развития правовой политики. Что у нас является приоритетом? Их не может быть два, три или десять, должна быть дорожная карта, которая бы позволяла реально, системно начать правовые реформы, которые касались бы прежде всего сферы экономики.

ФЕДОТОВ А.Г.:

— Я попробую оппонировать. Вопросы, конечно, поставлены правильно, и действительно, союзников надо искать. Основная проблема состоит в том, что сфера уголовной политики, в данном случае в сфере экономики, — это такая данность, где через политическую власть перепрыгнуть невозможно. Вопрос № 1: для того чтобы это изменилось, нужна политическая воля. И это не какое-то умозрительное, декларативное заявление. В последнее время произошли некоторые изменения, которые об этом позволяют говорить как о практике. Мы себя часто сравниваем с Америкой.

Понимая, в каком переходном социально-экономическом состоянии мы находимся, я бы говорил больше о странах, которые пребывают в таком же состоянии. Например, в конце 2011 года Украина продемонстрировала такую политическую волю: примерно половина статей, которые существовали в УК в отношении предпринимателей, были отменены, включая пресловутую статью «Незаконное предпринимательство» (у нас это ст. 171 УК). И никакой катастрофы не случилось, и никакого взрыва преступности не произошло, никакого провала экономики не наступило. Все идет нормально, потому что в значительной мере уголовное преследование бизнеса носит искусственный характер. Я сейчас не буду говорить о том состоянии уголовной репрессии, которое у нас существует в сфере экономики, хотя это очень серьезная проблема, которую для начала общество должно осознать.

Мы должны понимать: если общество не осознает, что происходит в этой сфере, менять что-то будет трудно. Эксперты и специалисты констатируют, что состояние уголовной политики в сфере экономики очень плохое, но на уровне лиц, принимающих решения (я имею в виду в данном случае не только политическое руководство, но и судей, правоохранительный аппарат), говорится: это все придумано, ничего этого нет. Поэтому те данные, которые демонстрировали коллеги-социологи из Санкт-Петербурга, это одно из самых важных направлений анализа реального состояния дел, потому что, пока мы не перейдем к объективизации этого состояния, которое вынуждены будут признать все, нам до тех пор будут говорить, что этого не существует.

Теперь что касается поиска союзников в рамках госаппарата. Конечно, они есть и их надо искать. Ими являются лица, которые ориентированы не на коррупцию, а на интересы государственной службы, и такие люди тоже есть внутри правоохранителей, внутри судов. Но я еще раз повторю — если не будет политической воли, то эти поиски вряд ли приведут к успеху. Что касается практических шагов по изменению УК, я предложил бы смотреть на то, что происходит вокруг, — та же Украина, та же Грузия демонстрируют вполне эффективные средства, что и как в этой сфере можно менять. Если Украина продемонстрировала шаги в области законодательства, то Грузия продемонстрировала шаги в области борьбы с коррупцией в сфере правоохранительных органов, и, как мы знаем, там достигнут очень серьезный результат. Ситуация повальной коррупции, неконтролируемой мультиплексией административной ренты, просто не в интересах самой власти,

даже не в ее корыстных интересах. Потому что каждый нижестоящий получатель административной ренты усекает административную ренту вышестоящего.

ПАНЕЯХ Э.Л.:

— Когда мы ставим вопрос о том, как система уголовной юстиции влияет на бизнес, понятно, что первое, что приходит всем в голову, это то, как правоохранительные органы кошмарят бизнес, как предпринимателей сажают по уголовным статьям. Мне кажется очень контрпродуктивной идея, которая, кажется, сейчас стала очень модной, что нужно что-то такое специальное сделать, чтобы помешать системе уголовной юстиции кошмарить бизнес, помешать им делать своей целью предпринимателей. Проблема в том, что уголовная система кошмарит бизнес не потому, что это бизнес, а потому что она всех кошмарит, потому что у нас такая уголовная система. Она не выпускает, она не выносит оправдательных приговоров, она не чувствительна к качеству доказательств, к обоснованности обвинений, к тому, каким образом добыты доказательства. Это общая ее тенденция, она не распространяется только на предпринимателей, она в первую очередь распространяется на тот миллион простых людей в год, которые через нее проходят. Она штампует разрешения на следственные действия — на заключение под стражу, на обыск, на арест имущества и т.д., которые при той правовой культуре, которая есть у наших правоохранительных органов, сами по себе являются серьезной репрессией, серьезным источником потерь. Предприниматели оказываются, что называется, вкусной добычей, потому что они — единственные в стране носители частного богатства, люди, у которых есть что взять, и которые одновременно не защищены каким-то статусом близости к государству — государственного чиновника, силовика. Предприниматели — единственные, кого можно раздеть. Поэтому естественно, что, когда в эту мясорубку попадает предприниматель, тут начинаются все коррупционные истории. С этим невозможно ничего сделать, придумывая защиту конкретно для предпринимателей. Необходимо в корне изменить такую систему репрессивной мясорубки для всех, кто живет в стране.

СУББОТИН М.А.:

— В 1922 году Чicherin при подготовке к конференции в Генуе писал: «В одном из моих интервью я говорил о концессиях. Стол с яствами накрыт, но гости почему-то не идут». Иностранные

печать ответила: «Если стол накрыть в разбойничьей берлоге, никто туда не пойдет, ибо будет уверен, что его там ограбят или убьют». Это в некотором смысле отражает нашу нынешнюю ситуацию с уголовным давлением на бизнес. Но в этой связи очень важно понимать и те аргументы, которые используются для того, чтобы как-то пощупать последствия этого давления. У нас существует широко распространенное мнение, что есть два основных последствия этого давления — это отток капитала и бегство мозгов. Это и так, и не так. Это так по сути, но это не оценивается в лоб, потому что даже с точки зрения макроэкономики понятно, что для экономических властей удобно, когда не нужно каким-то образом замораживать поступающие нефтедоллары, а проще, чтобы их вывозили. Грубо говоря, у нас за 1 квартал 65 млрд плюс внешнеторгового баланса и 35 млрд ушло. Грубо говоря, 65 пришло, 35 ушло, и возиться остается макроэкономистам примерно с половиной того, что пришло. Поэтому когда мы говорим об оттоке своего капитала или о неприходе иностранного капитала, тоже нужно понимать, что и отток капитала не означает в прямую плохого климата, и приход иностранного капитала не означает его хорошего состояния. У меня любимый пример, это когда «Роснефть» за 22 млрд кредитов, привлеченных у зарубежных банков, купила активы ЮКОСа, и на поверхности явлений получается, что усиление государственного вмешательства в экономику, фактически такая мягкая национализация за иностранные кредиты выглядит как привлечение иностранного капитала в страну и замечательный инвестиционный климат. Такого рода вещи достаточно часто встречаются, надо очень внимательно понимать, что стоит за теми или иными явлениями.

Я солидаризируюсь с тем, что сказал Андрей Федотов по поводу того, что не перепрыгнешь через политику. Либо задается политическая линия на то, что предприниматели — это класс, который создает рабочие места, платит налоги, развивает экономику и обеспечивает рост благосостояния людей, либо — это хапуги, которых надо раскулачить. Это два принципиально разных подхода, причем дальше уже все начинает крутиться вполне по закону. Я еще одну цитату приведу. Раскулачивание начиналось в 20-х годах, в 1927 году было замечательное выражение у Иосифа Виссарионовича, который писал: «Кулака надо взять мерами экономического порядка и на основе советской законности, не отказываясь, конечно, от мер административного воздействия, но в первую очередь на основе законности». То есть если дана некая политическая установка,

то дальше все покатится само собой. У нас в Конституции записано, что не может быть монополии или подрыва конкуренции, но самая главная монополия — это вертикаль власти, и от нее уже все остальные проблемы и возникают.

Другая проблема иностранных инвесторов — отсутствие независимой судебной системы. При этом неверная трактовка закона может привести к ликвидации компании, а в России может быть не признано решение иностранных судов. Риски прямого государственного вмешательства, опасность агрессивного применения противоречивых и двусмысленных законов, правил или политически мотивированных действий. Я уже не говорю об организованной преступности, неопытности юристов и, самое главное, о коррупции. У нас часто под коррупцию подводят взятки на уровне медицины или школ, но понятно, что речь идет в первую очередь о монетизации властных полномочий, когда государственные функции фактически используются в частных интересах и принимаются совершенно конкретные решения, которые позволяют то, что позволяют.

Надо совершенно внятно определиться: нужны инвестиции или не нужны инвестиции, не надо людям голову морочить. Нужен нормальный климат или не нужен?

ЯКОВЛЕВ А.А.:

— Я согласен с тем, что было сказано, но я совершенно не уверен в отношении диагноза, что мы однозначно знаем, что нужно делать, так, чтобы это дало результат.

ШАСТИТКО А.Е.:

— Когда слушаешь дискуссию, создается впечатление, что плохие люди написали столько всяких статей в Уголовный кодекс по экономическим преступлениям, что надо просто снести это все, и дело с концом. Но если посмотреть на эту проблему с экономической точки зрения, то почему так важны уголовные санкции? Уголовные санкции важны потому, что это очень сильные санкции. Если человек расплачивается частью своего имущества, да, это может корректировать его поведение, но угроза лишения свободы все-таки может действовать гораздо сильнее.

РАДЧЕНКО В.И.:

— По вопросу «что делать» очень много можно говорить. Я могу сказать только одно: в целом мы живем с очень репрессивным

уголовным законодательством. О чем свидетельствует отечественная история? Кодекс 1926 года: максимальное наказание — 10 лет, в том числе при совокупности преступлений. Кодекс 1960 года: максимальное наказание — 15 лет, ничего, справлялись. Нынешнее уголовное законодательство: максимальное наказание — 25 лет лишения свободы. Причем за убийство еще как-то понятно, человека жизни лишили, но ведь применяют где угодно. Сейчас уже и пожизненное заключение начинает распространяться на те составы, которые не сопряжены с лишением человека жизни. Поэтому остановить этот валь очень сложно.

Мы занимаем второе место в мире после Соединенных Штатов по численности тюремного населения на 100 тысяч жителей, опережая некоторые европейские государства чуть ли не в 10 раз, но как минимум в 2 раза — ближайших последователей (по Белоруссии у меня данных нет). Что касается наших правоприменителей, то мы находимся в таком положении, когда правоприменение многократно усиливает репрессивность того закона. К этому есть предпосылки системного порядка, есть — субъективного. О системном порядке я говорю, потому что выстраивается цепочка, когда каждая ведомственная структура заинтересована в том, чтобы выдать как можно больше показателей, чтобы любую мелочевку перекроить и превратить в преступление. Потому что у дознания это будет выявленное преступление экономического характера, у следователя это будет показатель — законченное и направленное в суд дело. Но в нашем суде как огня боятся оправдательных приговоров. Количество оправдательных приговоров исчисляется десятыми долями процента. Сегодня приводили пример, в 1946 году 15 процентов приговоров были оправдательными. Сегодня — десятые доли процента. И эту цепочку можно разорвать, только начиная с суда, потому что если суд начнет оправдывать, изменится политика следователей и, соответственно, изменится политика в системе дознания. Поэтому мы находимся в очень сложной ситуации, бизнес — наш сегодняшний кормилец, особенно мелкий и средний, — не получает развития. Уже несколько лет он замерз на точке 20 процентов ВВП. Примеры: США — 50 процентов, индустриальная Германия — 50 процентов. Это гибкая, наиболее мобильная структура, которая позволяет преодолевать кризисы и т.д. Может быть, не случайно, что в ходе этого кризиса Россия оказалась на самом низком месте (может быть, среди «двадцатки») по объему падения ВВП. Мы, кажется, с Мексикой имеем по 7 процентов.

НОВИКОВ И.А.:

— Если мы ведем речь об уголовном законодательстве, оно действительно не выдерживает критики, и это аксиома, и если она кому-то все еще остается неочевидной, то это, к сожалению, правительство.

Когда мы говорим о реформе УК, наверное, правильнее говорить о реформе уголовной политики в целом, которая, конечно же, не ограничивается одним Уголовным кодексом. И такие предложения прозвучали. Экспертами Центра правовых и экономических исследований говорилось о давно назревшей необходимости изменения наряду с Уголовным кодексом целого ряда положений уголовно-процессуального, административного, уголовно-исполнительного законодательства.

Что в связи с этим заботит лично меня? Проблема в том, что законодательство принимается сиюминутно, без достаточной подготовки, без солидного экспертного обсуждения — а экспертиза законодательства разумно предполагается — но ничего этого нет. Говоря о реформе УК, наверное, правильно согласиться с теми авторами и с теми представителями ученого мира, которые говорят, что УК надо менять фундаментально. В нем сейчас множество сиюминутных, лоскутных изменений, из-за которых одно положение уже не укладывается в рамки следующего за ним.

ЖУЙКОВ В.М.:

— Я сейчас работаю в Институте законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. В последнее время мне очень часто приходится общаться и с экономистами, и с юристами. Раньше мне мои коллеги говорили, предупреждая, что это две категории людей, которые договориться не могут, потому что говорят на разных языках и ставят перед собой разные цели. Экономисты, особенно в бизнесе, стремятся, чтобы вообще не было никаких норм, об этом я недавно слышал на известном Гайдаровском симпозиуме. Говорили, зачем нам вообще нормы, зачем нам Гражданский кодекс, оставьте нам только принципы, мы сами во всем разберемся. У юристов другая тенденция, они хотят, наоборот, все формализовать, расписать, что можно делать, что нельзя делать, какие санкции и т.д. Сегодня меня радует, что нашлись юристы и экономисты, которые друг друга понимают и находят общий язык.

Анализируя развитие законодательства, я бы сказал, что сейчас одна из самых сложных в нашем новом праве задач — это найти

разумный баланс между частными и публичными интересами, в том числе в сфере бизнеса. Бизнес, естественно, хочет быть свободным, а государство стремится устанавливать контроль. Найти разумный баланс, конечно же, очень сложно. Но к этому надо стремиться. Это — одна из важнейших проблем, которую мы пытались решить, когда обсуждался законопроект о внесении фундаментальных изменений в Гражданский кодекс. Это был большой труд в течение нескольких лет.

Еще одна проблема — разумного баланса между отраслями законодательства. Я подтверждаю общую оценку: в целом законодательство находится в очень и очень неудовлетворительном состоянии, особенно в той сфере, где приходят во взаимодействие нормы различных отраслей законодательства, в том числе уголовного и гражданского. Есть много примеров, когда согласно нормам одной отрасли (по гражданскому законодательству) действия являются правомерными, по уголовному законодательству — противоправными, влекущими сугубую ответственность. Это недопустимо.

Институт законодательства разработал уже не одну версию концепции развития российского законодательства. Мы много раз отмечали бессистемность, противоречивость и многие другие недостатки современного законодательства. К сожалению, законодатель не прислушивается к этому. У нас очень часто проводятся те законы, которые устраивают конкретную группу людей, сиюминутные интересы, без концептуального осмысливания, без глубокой проработки, без экспертных оценок и т.д.

Если говорить об уголовной политике в сфере экономики (очень коротко, потому что я поддерживаю все, что говорили мои коллеги), сразу оговорюсь, мне несколько режет слух термин «уголовная политика», но я понимаю, что имеется в виду, конечно, не политика уголовная, а политика государства в области регулирования определенных отношений, где предусматривается уголовная ответственность. В сфере экономики деятельность государства по установлению уголовной ответственности, мне кажется, должна ставить цель способствовать развитию экономической деятельности, защищать права тех, кто добросовестно этой деятельностью занимается (я подчеркиваю — добросовестно), и, защищая их, в том числе устанавливать уголовные санкции. Но это нужно делать только в тех случаях, когда это, во-первых, необходимо, во-вторых, санкции должны быть разумными. И здесь, конечно, очень важно взаимоотношение уголовного законодательства

с гражданским и с административным законодательством. Я имею в виду Кодекс об административных правонарушениях — это у нас один из самых худших законов, его качество просто ужасно. Я не знаю, как добросовестные люди, которые его применяют, могут вообще изучить этот кодекс, не то что применять. В него внесено уже столько изменений, что законодатель сам посчитать их не может. Но, как мы говорим, граждане должны отвечать — незнание закона не освобождает от ответственности. Очень часто разумный, нормальный человек даже не может предположить, что может существовать такой закон, устанавливающий суровую ответственность за какие-то действия.

Общая репрессивность — одно из качеств нашего государства. Если что-то случилось негативное, у нас сразу возникает реакция государства — кого-нибудь арестовать, осудить и усилить уголовную ответственность или же установить административную ответственность в огромных размерах — штрафы сейчас установлены колоссальные. К сожалению, наше общество такие меры поддерживает.

Другая проблема. У нас снова хотят значительно усилить ответственность в области так называемой легализации средств, на житых преступным путем. При этом существует колоссальнейшая неопределенность в том, что понимать под легализацией. Можно украдь из квартиры деньги, купить себе на них бутылку водки, и эти деньги тоже можно рассматривать как легализацию. Я не знаю, как прилично можно охарактеризовать такой подход к регулированию. Предлагается еще значительным образом усилить ответственность и расширить определение легализации, снизить предельные суммы, операции с которыми будут считаться преступлением. Все это — следствие непродуманной политики государства в этой области. Что остается делать обществу? Надо сопротивляться. И привлекать сторонников. Этим мы сейчас и занимаемся. Другого пути нет. Можно, конечно, смириться и, как страусы, засунуть голову в песок и ждать, проедут по тебе или не проедут, по той части, которая над землей выступает. В этом смысле очень полезным может стать введение институтов независимых комиссий и независимых прокуроров, о чем сегодня мои коллеги говорили.

Мы знаем, что недавно независимая комиссия дала оценку известным судебным делам, 30 с лишним дел, по которым эксперты признали, что там были допущены фундаментальные нарушения, которые в любом государстве влекут отмену судебных решений, приговоров. Мы знаем, что генеральный прокурор тем не менее

уже заявил, что никаких там нарушений нет, и все остается в силе. Я хочу обратить ваше внимание, что в уголовном судопроизводстве прокуратура — не надзорное ведомство, она одна из сторон, заинтересованных в исходе уголовного дела, потому что прокурор утверждает обвинительное заключение и поддерживает обвинение в суде. Я не понимаю, при всем моем уважении к людям, которые там работают, как в принципе можно дать им на заключение решение этой комиссии?! Это неправильно. Допустим, в советское время это было бы возможно, потому что прокуратура тогда действительно осуществляла высший надзор за законностью, в том числе в деятельности судов. Сейчас она — сторона. Тогда можно было бы дать такие полномочия и адвокатам, это было бы с точки зрения нашей Конституции, ст. 123 о состязательности, совершенно правильно.

Возникает вопрос: как же реализовывать эти решения? Думаю, надо уточнять федеральный конституционный закон «Об Уполномоченном по правам человека» и наделить его полномочиями по реализации этих выводов. Но по реализации — где? Конечно же, в суде, потому что судебное решение может пересмотреть только вышестоящий суд. Я понимаю, что это вопрос дискуссионный, он затрагивает принцип независимости судей, но он требует дальнейшего обсуждения. Сейчас это выглядит странно: серьезнейшие специалисты дали заключение. С ними можно соглашаться, можно не соглашаться, но официальных правовых последствий не наступает. Тогда к чему все это?

ВОЛКОВ В.В.:

— Мы в Институте проблем правоприменения изначально исходили из того, что нет никакого открытия в том, что экономические преступления — это в чистом виде сконструированные преступления, в том смысле, что они во многом зависят от регулирующей политики государства. То есть налоговые преступления зависят от налогового законодательства и того, как оно прописано. Или незаконная предпринимательская деятельность (ст. 171) зависит от той регулирующей рамки, которую на предпринимательство налагает государство. Пострадавших от таких преступлений нет, они появляются только тогда, когда есть активность правоохранительных органов по их выявлению. Нет активности — нет преступлений. Нет государственной политики регулирования — нет преступлений. Если бы не было государства, не было бы экономических преступлений по крайней мере 90 процентов.

Поэтому, когда мы смотрим на динамику экономических преступлений за последние десятилетия, хорошо видно, что эта динамика подчиняется некоторым экзогенным факторам. Был прорыв почти до нуля, то есть падение в разы некоторых видов экономических преступлений на рубеже 2002—2003 годов, прежде всего налоговых преступлений. Почему? Потому что было реорганизовано налоговое ведомство, упразднена налоговая полиция, введен новый Уголовно-процессуальный кодекс. В общем, случились перемены в милицейском ведомстве, и это настолько парализовало деятельность правоохранительных органов, что преступность снизилась в разы. Понятно, что снизилась в разы не преступность, а активность правоохранительных органов. Это вообще наш операционный термин, мы смотрим на экономические преступления как на эффект активности правоохранителей, не более того.

Мы видим, что после дела ЮКОСа, параллельно с делом ЮКОСа с 2004 года на 20 процентов, на 13 процентов росло количество выявленных экономических преступлений, и мы видим на 35 процентов в 2010 году падение. Это мы связываем, и по интервью это видно, с эффектом непредсказуемости для полиции — пройдут они переаттестацию, не пройдут, что можно, что нельзя. Это циничный тезис, но чем чаще мы перетрясаем совершенно бессмысленными мерами полицейское ведомство, тем лучше живется предпринимателям. Это первый тезис по поводу того, что не закон решает, а что-то другое.

Второй тезис заключается в следующем. Мы сейчас в плену стереотипа. Но не надо переоценивать ситуацию, когда силовики «кошмарят» предпринимателей. Мы провели исследование того, какие потери несет бизнес в различных отраслях от действий государства. Мы назвали это ценой плохих институтов. Получалось, что в принципе вымогательство контролирующих органов или милицейские рейды — это очень незначительные потери для бизнеса по сравнению, например, с получением прав на землю и сопряженными с этим разрешительными процедурами и взятками, которые приходится платить, огромными сроками, которые необходимы для получения соответствующих разрешений. А это значит, что проценты по кредиту идут, а это значит, что это ведет к удорожанию продуктов этого бизнеса, в данном случае это все, что связано со строительством и землей, — квадратный метр бизнес-офиса, номер гостиницы или квадратный метр вводимого жилья. В Москве это +63 процента к стоимости

квадратного метра. На самом деле получается так, что действительные источники нагрузки на бизнес и дурного бизнес-климата находятся до сих пор в тени, — это инфраструктурные монополии, это региональные власти, которые распоряжаются землей, это всякие институты, которые согласовывают проекты за очень большие деньги. Вот где находится опасность. А милиционеры и оборотни в погонах действительно не такую большую нагрузку на бизнес дают, хотя я, конечно, в целом за то, чтобы гуманизировать законодательство.

ГРИГОРЬЕВ Л.М.:

— Я написал небольшую работу, называется «Эффект трамвая». Это общезвестная вещь, которая в науке должна проходить под вывеской спроса на право, но только не вообще спроса на право, а спроса на право со стороны элит. Потому что обычно литература про спрос на право адресуется либо спросу со стороны бизнеса, либо со стороны какого-то сложносоставного и неопределенно активного среднего класса. Никто никогда не слыхал о спросе на право со стороны бедных, потому что спрос на право со стороны бедных — это чистый популизм, это спрос на социальную защиту.

Контекст сегодняшней дискуссии — может ли быть такая ситуация, когда образовалась институциональная ловушка по Полтеровичу, в которой у элиты нет спроса на право в отношении регулирования себя. То есть она право применяет к кому-то, но не к себе. Это ключевой момент. К сожалению, чем больше копаешься (я уже литературу поднял), тем меньше уверенности, что в ряде случаев элита предъявляет спрос на право для неэлиты. Казалось бы, элита может заявить, что мы контролируем ситуацию, и закрыть дверь трамвая. Эффект трамвая — это момент, когда элиты объявляет, что теперь будет все по правилам, мы переходим из блуждающих воров в стационарные, садимся в свой трамвай и закрываем двери. И все, кто не в трамвае, выполняют закон. В этом идея всех трансформаций. Обычно это занимало больший период времени, но рано или поздно элита говорила: «Всё, нам надоела эта война, нам надоели эти попытки национализации, захватов, рейдерства. Все, наводим порядок». Знаменитый пример был в США: надо было выходить из ситуации, когда в силу противоречивых действий частично законодателей, частично захватчиков, там были территории, где была чересполосица, были двойные претензии на один и тот же участок земли. Они там каким-то

образом признали права и тех и тех, чтобы как-то закончить эту историю. Своего рода амнистия.

Общетеоретическая привязка достаточно понятна: для начала элиты должна закрыть двери трамвая, потребовать себе иммунитет за прошлые времена, когда они в трамвай только садились, и сказать, что все остальные должны жить по правилам. Если имеется ситуация, при которой дверь в трамвай открыта и какие-то люди с улицы, распихивая друг друга, пытаются влезть в трамвай, кого-то выкинуть оттуда, выясняется, что этот процесс бесконечен, он не останавливается, в том числе потому, что, видимо, недостаточен контроль, элиты недостаточно консолидирована, не контролирует до конца ситуацию и вынуждена время от времени производить то, что делалось на Руси всегда. Я напомню, что первое, что сделал Иван III, когда столкнулся с невозможностью контролировать страну, — он ограбил Новгород, Святую Софию и 30 новгородских бояр и поселил там так называемых детей боярских. Они стали гвардией. Потом была Казань. Попытки перераспределения собственности для укрепления на поколения контролирующей элиты или в данном случае — сюзерена, это и на Руси, и в других странах вещь известная. Поэтому проблему и теоретически, и в прикладном плане можно сформулировать так: предпримем попытку довести дело до ума.

САМОХИН А.Н.:

— Есть много рассуждений на тему либерализации конкретно ст. 146 и ст. 147 УК — составов по интеллектуальной собственности. По разным оценкам, около 1 млрд долларов составили в прошлом году потери кинорынка от пиратов. Есть американские цифры — 15 млрд долларов по разным исследованиям. За 2010 год было чуть больше 1700 дел по второй части ст. 146, по третьей части — 966. Реально осужденных по второй части — 1 процент, по третьей — порядка 3,3 процента. Это — статистика из судебного департамента Верховного суда. Вывод, который следует из этого сделать: по составам, связанным с нарушением авторских прав, принцип гуманизма и экономии уголовной репрессии у нас сейчас и так осуществляется. Что касается либерализации уголовного законодательства, в целом я поддерживаю это направление, но в части интеллектуальной собственности здесь нужен очень аккуратный подход, поскольку-поскольку это борьба с пиратством и защита инвестиций, в том числе государственных и иностранных, а также налогов.

ЯКОВЛЕВ А.А.:

— Сегодня уже упоминался Уголовный кодекс, принятый в 1997 году, как гораздо более репрессивный по отношению к тому, что было ранее. Но я хочу напомнить контекст. В начале 90-х годов, когда российская экономика входила в новую эпоху, не было законодательства, которое было бы адаптировано к рынку, не было людей, которые могли бы его применять, ни в следственных органах, ни в судах. То, что наблюдали в массовом порядке граждане, — финансовые пирамиды имени Мавроди и не только, массовое мошенничество на рынке жилья, когда по поддельным паспортам что-то покупали, люди оказывались на улице и т.д. Как все хорошо знают, приватизация происходила с большим количеством нарушений. И еще долго потом люди, ставшие владельцами конкретных компаний, в течение многих месяцев спокойно не платили заработную плату работникам. Это все, мягко говоря, не порождало положительного отношения к предпринимателям. В этом контексте усиление репрессивности законодательства, с точки зрения общества, законодательства по отношению к бизнесу, было оправданно, оправданно морально.

Ситуация гораздо сложнее, чем она кажется. Только от изменения законодательства очень мало чего изменится. Что мне представляется как возможный вариант движения? Во-первых, прозрачность. До сих пор нет открытой статистики. Второе — самоочищение системы. И, может быть, последний пункт, очень важный. Если не будет внутренних профессиональных стандартов, не будет самоочищения по профессиональным признакам, система только за счет формального регулирования извне по указам президента не очистится.

МОРЩАКОВА Т.Г.:

— Каждый тезис, который был озвучен, имеет право на существование. Именно это характеризует сложность ситуации. Система нашего неблагополучия очень многофакторна. Я думаю, что было бы бессмысленно спорить о том, что больше виновато — законодательство или практика, можно найти страны, где законодательства писаного нет, а вообще все в порядке. Но это как-то не очень подходит для России, где всегда, по образному выражению, по-моему, Салтыкова-Щедрина, приказ начальства всегда был выше закона. Значит, есть ориентация на власть и ориентация на норму, что мне кажется важным в этой абсолютно железной связке — связке закона и правоприменения. Безусловно,

закон, даже хороший, от плохого правоприменения не спасает, и тогда должны включаться какие-то другие механизмы взаиморегуляции, в том числе связанные с деятельностью институтов профессионального сообщества. Конечно, в российской ситуации очень трудно ставить либо только на одно, либо на другое, надо по всем направлениям двигаться одновременно.

Но сложность этого движения как раз заключается в том, что мы сегодня видим на примере невозможности найти ответ на поставленный вопрос: с кем сотрудничать для того, чтобы развиваться в положительном направлении. Сотрудничать не с кем. Из людей, действующих в сфере экономики, единственная группа, — это те, кого мы называем адвокатами, наверное, это более широкая группа, это не только адвокаты, потому что это именно те люди, которые каждодневно в своей практике пытаются противодействовать «неправу», которое царит не только в наших судах, но и в правоохранительных структурах.

Когда мы говорим об изменении законодательства, об изменении правоприменения в такой области, как сфера экономической и предпринимательской деятельности, никто из нас не отвечает на такой простой вопрос: а у нас есть иерархия целей для развития в этой области? Есть она или нет? Я часто слышу от представителей налогового ведомства, что законодательство не должно им мешать в пополнении бюджета. «Вы что, хотите, чтобы мы уменьшили собираемость налогов?» — говорят они. И в результате именно с этой целью отрицают презумпцию добросовестности налогоплательщика, она у нас почти совсем уже похоронена. Собственно, пора ответить на вопрос: что нам дает больший экономический эффект — такие способы повышения собираемости налогов или система благоприятствования развитию законного бизнеса? Лично я считаю, что бюджет гораздо больше пополнялся бы, если у нас просто будет создаваться благоприятный климат для развития бизнеса, потому что это источник налогов. А каждое ведомство ставит свою цель. Налоговое ведомство — собирание налогов любым путем. Правоохранительное ведомство — выявление правонарушений, причем любым способом.

Какие пути здесь самые опасные? О них уже говорилось. Первый путь, на который их толкает наша деятельность, заключается в том, чтобы выдумывать правонарушения, потому что это гораздо проще, чем раскрывать подлинные. Второй путь заключается в том, чтобы, выдумывая преступления, снизить до

минимума стандарты доказывания. В результате каждое уголовное дело практически состоит из определенного количества листов макулатуры, доказательств не содержащей, но деятельность при этом изображена. Контролер для этих органов, конечно, должен был бы существовать. В нормальной правовой системе — это, безусловно, суд. Но для того, чтобы суд был надежным и реальным контролером, власть должна признать его независимость. Именно власть — с этого тезиса мы сегодня начали. Должна быть проявлена политическая воля, у нас другого пути нет, потому что у нас пока нет механизмов заставить власть действовать в интересах общества. Была бы, наверное, возможность, если бы система была организована демократически, когда у власти была бы оппозиция. Пока у власти нет реальной оппозиции, она не заинтересована в беспристрастном, справедливом и независимом суде. А когда суд не обладает этими свойствами, он сам защитить никого не может — ни предпринимателей, ни любого человека, и не только в области преследования за преступления в экономической сфере.

Отсюда вырастают некоторые задачи. Первой задачей для юристов и экономистов, которые в этой сфере (если мы говорим о сфере уголовной политики в бизнесе) должны работать вместе, я вижу научное осознание проблемы. Это должна быть концепция развития уголовной политики, это должно быть выстраивание иерархии целей применительно к этой области уголовно-правового регулирования. Это очень важная задача — наука должна определить концепции и приоритеты. Вторая часть вопроса должна состоять в том, а кто услышит? Могут быть хорошие исследования, конкретные, основательные правовые экспертизы, в том числе и общественные, такое движение началось у нас в стране. Но вопрос в том (и мы его здесь ставили) — кто услышит? Чтобы это было услышано, нужно развивать такие институты, которые будут действовать в обществе для обеспечения определенного баланса между публичными и частными интересами или между разными публичными интересами, что было бы лучше. Но они должны действовать вне зависимости от указаний государственной власти. Я думаю, что это — предмет гражданской активности. Если хотите, власть должна получать от общества настойчивые предложения по развитию институтов независимого гражданского контроля. Если хотите, это может стать программой-минимум, потому что если мы ее не реализуем, то дальше, с моей точки зрения, никуда не пойдем.

НОВИКОВА Е.В.:

— По-моему, мы уже перезрели и в этой ситуации начинаем, убеждая друг друга, убеждая себя, выглядеть людьми, которые просто произносят заклинания. Нужна вторая сторона в диалоге. Эта ситуация самая, к сожалению, тупиковая.

СУББОТИН М.А.:

— Два замечания. Не нужно противопоставлять плохое законодательство и плохое правоприменение, плохие налоги или возможность посадки. Достаточно одной угрозы, чтобы перестать заниматься бизнесом. Второе. Я говорил про проблемы, связанные с вертикалью власти. Там, где вертикаль власти, неизбежно возникает ручное управление. Там, где возникает ручное управление, неизбежно возникает необходимость постоянного ужесточения, потому что все время кажется, что чего-то не хватает, и нужно напугать. Хочется иметь сильный, тяжелый инструмент, но дело доходит до гротеска. Постепенно все это скатывается до законо-проектов. Если вы посмотрите последние законопроекты, которые были, я специально выписал: «За оскорбление религиозных чувств», «За списывание при сдаче ЕГЭ», «За договорные матчи в футболе», «За рост цен на бензин». Мы идем в направлении абсолютного абсурда именно потому, что все начинается с политической системы, которая не содержит сдержек и противовесов.

НОВИКОВА Е.В.:

— Обсуждение получилось очень интересным. Мы выслушали мнения ученых — юристов, экономистов, социологов и практиков с колossalнейшим опытом. Мне кажется, что мы вполне можем предложить опубликовать нашу дискуссию. Ознакомление с ней будет полезным для многих читателей.

РАЗДЕЛ III

ПРОБЛЕМЫ УГОЛОВНОЙ ПОЛИТИКИ В СФЕРЕ ЭКОНОМИКИ

ГЛАВА 12

УГОЛОВНО-ПРАВОВАЯ ПОЛИТИКА И РАЗВИТИЕ ЭКОНОМИКИ

В.И. Радченко, первый заместитель Председателя Верховного Суда РФ в отставке, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, главный эксперт Центра правовых и экономических исследований

1

Многими экономистами и политиками высказывается весьма глубокая мысль о необходимости инвестиций в человеческий капитал. Я хотел бы охарактеризовать еще один аспект затронутой проблемы. В России за последние двадцать лет судами признаны виновными в совершении уголовных преступлений 18 690 тыс. человек. С учетом поправок на смертность, повторность преступлений, сегодня судимость имеют почти 30 процентов взрослого мужского населения. Свыше двух миллионов из них — это лица, осужденные за деяния, связанные с предпринимательством. Основная масса — это представители малого и среднего бизнеса.

Мировой опыт подтверждает: предпринимательство представляет собой основной элемент рыночной экономики, без которого государство не может гармонично развиваться. Оно во многом определяет темпы экономического роста, структуру и качество валового национального продукта. Высокий уровень развития предпринимательства выступает необходимым слагаемым современной модели рыночно-конкурентного хозяйства.

Представляется, что и в настоящее время преодоление чрезмерной концентрации производства и капитала, разукрупнение структуры экономики остается одной из важнейших составляющих процесса экономической реформы. Малое и среднее предпринимательство во многом способствует поддержанию конкурентного тонуса в экономике, создает естественную социальную опору общественному устройству, организованному на началах рынка и формирует социально активный слой общества.

Не оспаривая приоритетного значения мер экономического и организационно-административного характера в развитии предпринимательства, вместе с тем нельзя приносить значение уголовно-правового регулирования экономических процессов. Такое

регулирование может либо содействовать развитию бизнеса, либо тормозить его развитие.

С сожалением приходится констатировать, что сегодня предпринимательство в России, несмотря на провозглашенный ее политическим руководством и поддерживаемый большинством активного населения курс на рыночную экономику, развивается замедленно и противоречиво. Меры, которые до настоящего времени были предприняты государством, в особенности в сфере малого и среднего бизнеса, носят непоследовательный характер. Предоставление некоторых льгот в то же время сопровождается ужесточением других мер, противодействующих развитию этого сектора экономики.

Интересно сравнить подходы к уголовной ответственности предпринимателей в период нэпа и в современном уголовном законодательстве. Советское государство в 20-х годах прошлого века нуждалось в активно действующем предпринимательстве и соответственно выстраивало свою уголовно-правовую политику. Уголовный кодекс 1926 года — это образец либерального подхода к частнопредпринимательской деятельности. В нем не было таких нынешних одиозных составов преступлений, как незаконное предпринимательство, невозврат кредитов и займов, незаконное получение кредитов, невозврат валютной выручки из-за границы и тому подобных деяний. Ответственность за уклонение от уплаты налогов существовала, но максимальное наказание было установлено в виде года принудительных работ или штрафа в двойном размере невыплаченных платежей (для сравнения — сегодня за такие действия предусмотрено наказание до 6 лет лишения свободы). Отсутствовал в статьях экономической направленности и такой квалифицирующий, то есть усиливающий ответственность, признак, как «совершение деяния группой лиц». Не было дополнительного наказания в виде запрещения заниматься предпринимательством. Наказания в виде штрафов носили умеренный, не разоряющий предприятие и предпринимателя характер.

Результатом такой политики было восстановление довоенного уровня валового продукта к 1925/26 хозяйственному году, в том числе доля частного сектора в промышленном производстве составляла 25 процентов, из них около 5 процентов относилось к цензовой промышленности (с числом работающих более 30 чел.), а 20 процентов давали мелкие предприятия и кустари. Частник играл решающую роль в сельском хозяйстве, на него приходилось более половины розничной торговли.

Когда советское политическое руководство взяло курс на свертывание нэпа, это соответственно отразилось и на уголовном законе. Появилась строгая уголовная ответственность за спекуляцию, налоговые преступления стали караться лишением свободы. В конце концов, сама частная предпринимательская деятельность была признана преступлением.

Можно как угодно критиковать уголовную политику советской власти, но одно несомненно: она точно соответствовала генеральной линии правящей партии в сфере экономических отношений, выступая эффективным средством достижения поставленных политических целей.

Новая Россия, казалось бы, твердо и последовательно взяла курс на развитие рыночных отношений. Однако при оценке содержания уголовного закона, принятого в 1997 году, становится очевидным **расхождение между политической декларацией власти о приоритетном развитии предпринимательской деятельности и откровенно карательным содержанием норм, регулирующих ответственность предпринимателей**. Ощущение такое, что предпринимателя еще как-то терпят, но держат в полуприуженном состоянии, чтобы он «не очень-то разгулялся» (речь идет прежде всего о малом и среднем бизнесе).

Развитие уголовного законодательства и законодательства об административных правонарушениях до 2010 года характеризовалось последовательным усилением давления на бизнес, избыточной криминализацией гражданско-правовых правоотношений.

В этом плане интересно проследить динамику уголовных норм на примере ответственности за незаконное предпринимательство. После отмены в 1991 году уголовной ответственности за частнопредпринимательскую деятельность бизнесмену, ведущему свое дело без соблюдения правил регистрации, грозила только весьма умеренная ответственность за уклонение от уплаты налогов, если таковое имело место. В июле 1993 года УК РСФСР был дополнен статьей 162.4 «Незаконное предпринимательство». Она установила уголовную ответственность за осуществление предпринимательской деятельности без регистрации либо без лицензии, если лицензирование обязательно, а равно с нарушением условий лицензирования, совершенные в течение года после наложения административного взыскания за такие же нарушения. Наказание — лишение свободы до одного года либо денежный штраф с конфискацией имущества или без таковой.

Но уже в новом УК РФ 1997 года статья за незаконное предпринимательство (теперь 171-я) была существенно усилена. В дис-

позиции исчезла административная преюдиция, зато появился отсутствовавший ранее признак преступления «извлечение дохода в крупном размере», то есть — даже без причинения кому-либо ущерба денежная выручка стала преступной. Наказание было усилено до трех лет лишения свободы. Появились новые квалифицирующие признаки — извлечение дохода в особо крупном размере либо совершение деяния организованной группой, — в этом случае бизнесменам уже грозило до пяти лет лишения свободы. Почему не устраивала санкция до одного года, зачем при одинаковых последствиях «загрузили» статью квалифицирующими признаками, авторы закона не объяснили.

Слышны сетования, что население предпочитает вкладывать свои сбережения в банковские депозиты и в покупку недвижимости, а не в бизнес. Однако при таком уголовном законодательстве заниматься вложением накоплений в инвестиционную деятельность, особенно в создание собственных малых и средних предприятий, — все равно что идти по минному полю. Не знаешь, где правоохранительные органы отыщут нарушения правил регистрации или иную мелочь, и потеряешь не только вложенные деньги, но можешь лишиться и свободы.

В новом кодексе появились ранее отсутствовавшие составы преступлений, многократно ужесточились санкции за многие экономические деяния, некоторые из них без достаточных оснований превысили пороги в 5 и 10 лет, то есть стали относиться к категориям тяжких и особо тяжких преступлений. Впоследствии глава 22 УК «Преступления в сфере экономической деятельности» пополнилась 12-ю новыми статьями, причем шесть из них отнесены к категории тяжких преступлений. В связи с этими процессами в развитии уголовного законодательства многократно возросли возможности полицейского давления на предпринимателей, в том числе и в коррупционных целях.

В послании Федеральному Собранию Российской Федерации от 12 ноября 2009 г. президент России отметил необходимость совершенствования российского уголовного законодательства, а также практики его применения¹. Следует констатировать, что «совершенствованный» Уголовный кодекс РФ уже стал орудием сведения счетов, устрашения нежелательных конкурентов, подрыва экономической стабильности неугодных предприятий, устранения несговорчивых руководителей и учредителей.

¹ <http://www.kremlin.ru/transcripts/5979>

В России складывается такое новое и чрезвычайно опасное явление, которое можно определить как «уголовно-правовые способы управления экономикой».

Названные «уголовно-правовые способы управления экономикой» подразумевают, в частности, что для решения вопросов собственности произвольно возбуждаются уголовные дела, в рамках которых не учитываются решения судов другой юрисдикции. Как отмечалось на заседании Совета при Президенте РФ по правам человека, уголовное преследование, произвольно возбуждаемое с целью определенного передела законно или незаконно приобретенного имущества, не учитывает даже «акты высших судебных органов, таких как Высший арбитражный суд, подтвердивших законность владения собственностью». Юридическая сила судебных актов абсолютно подрываетяется такого вида уголовно-правовыми методами, в результате чего гражданско-правовые отношения криминализируются, а гражданско-правовое регулирование заменяется своеобразным гражданско-уголовным правом. Здесь отрицательную роль сыграли также разъяснения Верховного суда РФ по уголовно-правовым вопросам, которые позволяют в конечном итоге гражданско-правовую сделку представить как уголовный деликт¹.

Указанные выше обстоятельства усложняют ведение предпринимательства в России. По данным МВД, за последние 10 лет было зарегистрировано более 4 млн преступлений экономической направленности. За тот же период, по расчетам Центра правовых и экономических исследований, к уголовной ответственности привлечено почти 16 процентов субъектов экономической деятельности. По экспертным оценкам, в настоящее время в местах лишения свободы число лиц, осужденных в связи с предпринимательской деятельностью, превышает 20 тыс. чел.

Неблагоприятные условия, включая уголовно-административный фактор, способствуют сворачиванию деловой активности. Только за 2010 год количество индивидуальных предпринимателей сократилось с 4611 тыс. до 4112 тыс. В том же году прекратили свою деятельность 45,3 процента коммерческих организаций, а число малых предприятий сократилось на 4 процента. Доля малого и среднего бизнеса в ВВП страны на протяжении нескольких лет не превышает 20 процентов, в то время как в индустриально

¹ http://archive.kremlin.ru/appears/2009/04/15/1547_type63378type63381_215116.shtml
(автор выступления — Т.Г. Морщакова).

развитых странах она составляет 50 и более процентов. Но именно этот вид экономической деятельности придает устойчивость экономике в кризисные годы.

Учитывая, что ежегодно возбуждается свыше 200 тыс. дел экономической направленности, нетрудно представить, как карательная политика государства влияет на деловой климат, какой ущерб она приносит ВВП и поступлениям доходов в бюджеты всех уровней. Неуверенность бизнесменов в защищенности собственности стала одной из важнейших причин бегства капитала из России, достигшего в 2011 году 80,5 миллиардов долларов¹.

Результаты такой политики негативно сказываются на состоянии рынка труда. Проведенный опрос группы предпринимателей, подвергшихся уголовному преследованию (осужденных, дела которых находятся в стадии расследования, прекращены по различным основаниям) показал, что в 47 процентах случаев наступило банкротство бизнеса, 60 процентов опрошенных пояснили, что в связи возбуждением уголовных дел потеряли работу от 7 до 200 работников, в среднем до 30 человек. Экстраполируя эти данные на количество дел экономической направленности, можно утверждать, что последствием уголовного преследования бизнесменов стало появление от 1 до 2 миллионов безработных.

Интересен социальный портрет участников опроса. Стаж предпринимательской деятельности от 5 до 10 лет имели 21 процент, от 10 до 20 лет — 47 процентов, 20 и более лет — 32 процента. Высшее образование имели 89 процентов опрошенных. Как видно, объектом уголовного преследования становится отнюдь не малограмотные новички.

2

Что делать для выхода из сложившегося положения?

В уголовно-правовой политике государства ключевая роль принадлежит законодательству. Содержание закона, характер и направленность вносимых в него изменений во многом определяют развитие практики его применения. В настоящее время обозначился ряд проблем уголовного закона, необоснованно усиливающего карательное давление на предпринимателей. К ним относятся:

¹ http://www.cbr.ru/statistics/print.aspx?file=credit_statistics/capital.htm&pid=svs&sid=cvvk.

*A. Криминализация деяний,
не представляющих общественной
опасности*

В общем виде такие составы преступлений можно сгруппировать по следующим признакам:

- **отсутствие невосполнимого ущерба**, причиненного гражданам, организациям или государству; вред от таких деяний устраним в гражданско-правовом порядке, а умеренный денежный штраф, если имело место нарушение закона, является достаточным наказанием;
- деяние **относится к категории нормального хозяйственного риска**, при котором наступление вредных последствий не может рассматриваться как результат преступного поведения;
- не могут рассматриваться в качестве преступных действий, хотя и связанные с нарушением некоторых формальных правил, но единственным криминообразующим признаком для наступления уголовной ответственности за которые **является получение дохода выше определенного размера**. В таких случаях достаточно мер административного воздействия;
- преступления, предусмотренные Разделом VIII «Преступления в сфере экономики» могут совершаться только с прямым умыслом. Не могут рассматриваться в качестве преступных **действия, совершенные по неосторожности** (кроме ст. 168).

Примером необоснованной криминализации является статья 171 УК (незаконное предпринимательство). Законодатель предусмотрел за такую деятельность, осуществляемую без регистрации или без лицензии, при наличии:

- причинения крупного ущерба гражданам, организациям или государству;
- извлечения дохода в крупном (свыше 1,5 млн руб.) размере.

При внимательном анализе Кодекса видно, что все возможные варианты ущерба предусмотрены другими статьями УК. Фактически в этих случаях квалификация деяний по ст. 171 является повторной и, следовательно, излишней.

Извлечение дохода (согласно постановлению Пленума Верховного Суда РФ от 18 ноября 2004 г. № 23 под доходом понимается валовая денежная выручка, а не прибыль) никак не может рассматриваться как экономически опасный результат. За ним стоят реально произведенная продукция или предоставленные услуги, то есть происходит увеличение национального ВВП. Тем

не менее, если выручка превысила 6 млн рублей (особо крупный размер), то наказание может составить до 5 лет лишения свободы. Кстати, Советская власть, генетически не любившая предпринимателей, была милосерднее — за такие действия в ст. 153 УК РСФСР предусматривалось не более 3 лет заключения. Этот абсурд легко преодолим введением вместо уголовной административной ответственности за нарушение правил регистрации или лицензирования и взысканием недополученных налогов, если налоги не платились.

Таким образом, **существование ст. 171 неоправданно**. Тем не менее ежегодно МВД регистрирует около 4 тыс. таких преступлений, часть из них доводится до суда. В 2005 году суды осудили по этой статье 410 чел., в 2009 — уже 814. Разницу между числом выявленных преступлений и количеством направленных в суды дел можно объяснить многими, в том числе и коррупционными причинами. Среди так называемых преступников оказались: фермер, занявшийся утилизацией выбрасываемых населением отходов; владелец магазина, открывший торговлю спиртными напитками в приобретенном рядом с основным магазином помещении, который забыл получить лицензию на торговлю по новому адресу (этот и налоги исправно платил), и другие подобные по степени общественной опасности лица.

Внесенные за последние два года изменения в УК несколько улучшили положение предпринимателей, виновных в налоговых правонарушениях, и устранили повторное осуждение за одно и то же преступление при нарушениях таможенных правил. В остальном же изменения носят скорее косметический характер, не устраниют избыточную репрессивность законов, регулирующих уголовную ответственность в сфере экономики. Более того, появились нормы, прямо или косвенно подрывающие предпринимательскую деятельность. Например, за некоторые малозначительные преступления экономической направленности бизнесмен может быть освобожден от уголовной ответственности, если он вернет полученный доход (например, от деятельности с нарушением правил регистрации) или полностью возместит причиненный ущерб и к тому же уплатит государству штраф в размере, пятикратном этим суммам. По данным Госкомстата, каждое четвертое предприятие малого и среднего бизнеса сработало в 2010 году с убытками. Платить такой штраф для «малышей» непосильно. Но очевидно авторам подобных новелл кажется, что у мелких предпринимателей денег куры не клюют.

*Б. Установление повторной уголовной ответственности
за одно и то же преступление*

Часть первая статьи 50 Конституции РФ предусматривает, что никто не может быть повторно осужден за одно и то же преступление. Повторное осуждение может выступать в двух формах: 1) когда за указанное деяние лицо уже наказано предыдущим приговором суда и предыдущий приговор не отменен; 2) когда в одном приговоре одно и то же деяние квалифицировано двумя и более статьями УК и по каждой из них назначено наказание.

В 2001 году УК был дополнен статьей 174.1 «Легализация (отмывание) денежных средств или иного имущества, приобретенных лицом в результате совершения им преступления». Статья применяется довольно широко, в том числе к лицам, осужденным за экономические преступления. В 2005—2006 годах было примерно около 300—400 судимых ежегодно, в дальнейшем применение статьи снизилось до примерно 100 человек. Приблизительно четверти осужденных наказание по ст. 174.1 было назначено более строгое, чем за основное (предикатное) преступление.

Между тем, в объективную сторону хищений и экономических преступлений входит использование полученных от преступления средств (доходов), и поэтому, независимо от формы такого использования, оно не может рассматриваться как самостоятельное преступление. Таким образом, с введением этой статьи были нарушены требования ст. 50 Конституции РФ.

Наше предложение о том, чтобы ограничить применение статьи ответственностью только за легализацию доходов от наркобизнеса, торговли людьми и оружием, поддержано не было.

*В. О применении в УК завышенных санкций,
не соответствующих степени общественной опасности деяния*

Данная проблема отчасти проистекает из общего характера уголовного законодательства новой России. Работа над УК РФ, которая начиналась под флагом борьбы с чрезмерной жесткостью советского законодательства, в конечном итоге привела к принятию гораздо более репрессивного уголовного закона. Если по УК РСФСР 1926 года максимальное наказание в виде лишения свободы составляло 10 лет, по УК РСФСР 1960 года — 15 лет, то по УК РФ 1996 года этот срок увеличился до 25 лет, а по совокупности приговоров — до 30 лет.

Появилось непомерное количество статей с квалифицирующими признаками, которых ранее не было, и которые существенно усиливают ответственность при одних и тех же общественно опасных последствиях преступления.

Не случайно по количеству сидящих в расчете на 100 000 населения наша родина находится на втором месте в мире после США, многократно опережая по этому показателю страны ближнего и дальнего зарубежья. Содержание огромной армии заключенных ложится тяжелым бременем на экономику страны, отрицательно влияет на демографические процессы и обороноспособность, девальвирует и без того небольшой человеческий капитал России.

*Г. Неоправданное использование в качестве
квалифицирующего признака совершения
преступления в группе*

Особенностью российского уголовного законодательства является широкое использование законодателем в качестве квалифицирующего признака, существенно усиливающего ответственность, совершение преступления в группе. УК содержит три вида этих признаков: группа лиц, группа лиц по предварительному сговору, организованная преступная группа.

Применительно к экономическим преступлениям, перечисленным в гл. 22 УК РФ, признак простой группы не применяется. Более чем половина статей (21) этой главы содержит в качестве квалифицирующих признаков совершение преступления группой лиц по предварительному сговору либо организованной преступной группой.

Между тем экономическая деятельность носит коллективный характер; организация (акционерное общество, общество с ограниченной ответственностью) образуется, как правило, для ведения разрешенной законом экономической деятельности, и даже в случае совершения его членами деяний, предусмотренных в гл. 22 УК РФ, основания для ее признания организованной преступной группой отсутствуют. Часть 4 ст. 35 признает организованной преступной группой «устойчивую группу лиц, заранее объединившихся для совершения одного или нескольких преступлений», а данном случае лица объединяются для ведения легального бизнеса.

*Д. Общая часть УК не обеспечивает в должной мере
формальное развитие отечественной
экономики*

Здесь отсутствуют нормы, сдерживающие «уголовно-правовое управление» экономикой, не учтены риски, связанные с ведением бизнеса, предприниматели недостаточно защищены от коррупционного давления со стороны недобросовестных правоохранителей. Применительно к Общей части вопрос заключается не столько в удалении каких-то норм, сколько в дополнении ее законоположениями, учитывающими специфику ведения предпринимательской деятельности в России. В частности:

- предприниматели, впервые совершившие преступления экономического характера небольшой и средней тяжести, подвергаются предупреждению без возбуждения уголовного дела;
- получение дохода в результате нарушения правил ведения экономической деятельности без причинения ущерба государству, организациям или гражданам не может быть основанием для привлечения лица к уголовной ответственности;
- в случае причинения материального ущерба организациям или гражданам уголовное преследование возбуждается только по их заявлению или с их согласия;
- если общественно опасные последствия заключаются только в причинении материального ущерба, уголовное преследование не возбуждается или прекращается в случае полного возмещения ущерба;
- характер примененного наказания, не связанного с лишением свободы, как правило, должен давать осужденному предпринимателю возможность ведения своего бизнеса;
- материальное наказание без лишения свободы не должно приводить к разорению предпринимателя и банкротству предприятия.

Перечень обстоятельств, смягчающих наказание, предлагается дополнить новеллой, касающейся преступлений экономического характера: совершение деяния в связи с нарушением представителем власти предпринимательских прав и законных интересов лица, привлекаемого к уголовной ответственности.

Данные дополнения позволят снизить коррупционность уголовного закона, преодолеть враждебное отношение части полицейских, прокуроров и следователей к бизнесменам, снимут опасения

некоторых судей быть обвиненными в коррупции в случае назначения наказаний без лишения свободы.

3

К вопросу об экономической амнистии

В последние годы ряд политиков и юристов поднимали вопрос о проведении экономической амнистии. Однако широкого общественного обсуждения эта тема не получила, подобная амнистия как актуальная задача уголовно-правовой политики пока не рассматривается.

Как уже указывалось выше, за последнее десятилетие признаны виновными в различных преступлениях в сфере экономики около двух миллионов лиц, связанных с предпринимательством. Многие из них потеряны для активной экономической или государственной деятельности. О социальном портрете осужденного предпринимателя говорилось выше — это, как правило, люди с большим опытом бизнес-деятельности и высоким образовательным уровнем.

Вопрос об амнистии актуален в связи с избыточной криминализацией многих деяний экономического характера, перегибами в налоговой политике в 90-е годы прошлого века и первые годы нынешнего десятилетия, разорительными для бизнеса некоторыми требованиями подзаконных актов. Эти факторы, а также нестабильность правового поля, в котором действовали предприниматели, постоянное появление и отмена запретительных норм приводили к совершению преступных с точки зрения УК деяний бизнесменами, в целом сориентированными на незаконное ведение дела.

Враждебное отношение к зарождающемуся предпринимательству части правоохранителей также сыграло свою роль в росте количества репрессированных бизнесменов. В формировании нездоровой атмосферы вокруг бизнеса немалую роль сыграли коррупционные устремления значительной части представителей власти, рассматривающих бизнес, особенно малый и средний, как средство повышения своего собственного благосостояния.

При решении этого вопроса необходимо учитывать, что какая-то часть предпринимателей оказалась на скамье подсудимых исключительно в целях рейдерского захвата их предприятий, а также многочисленные факты возбуждения уголовных дел по заказам конкурентов.

Проведение амнистии актуально в связи с необходимостью повышения социального статуса предпринимателя и престижа его

деятельности как основы отечественной экономики, обеспечивающей рост благосостояния населения.

Следует определить параметры амнистии. Так, заслуживает внимания предложение бывшего депутата Госдумы А. Назарова о снятии судимости как с отбывающих наказание предпринимателей, так и с отбывших его.

4

О правоприменительной практике

Ситуация в сфере правоприменения представляет реальную угрозу принципу верховенства права, который лежит в основе конституционного строя любого цивилизованного государства.

В последнее время была выявлена весьма опасная тенденция к необоснованной криминализации предпринимательской деятельности, расширительного, предвзятого использования и толкования норм не только уголовного, но и других регулятивных отраслей права.

Перекосы в практике обусловлены прежде всего двумя факторами. Во-первых, системой оценки деятельности оперативных служб и следователей, гонкой за палочками в отчетах. Оперативники стараются возбудить как можно больше дел экономического характера, а следователи — как можно больше дел направить в суд (высокая прекращаемость дел считается браком в работе). Далее — обвинительный уклон в судах (по делам, расследованных следователями, оправдываются всего 0,3 процента подсудимых, из них почти половина оправдательных приговоров отменяется судами 2-й инстанции) практически гарантирует осуждение предпринимателя и при наличии сомнений в его виновности, и при малозначительности совершенного им деяния. **Разорвать этот порочный круг возможно только за счет изменения судебной практики**, что, в свою очередь, приведет к изменению «облегченного» подхода прокуроров и следователей при направлении в суд уголовных дел, а это неминуемо приведет к более ответственной работе оперативных служб.

Во-вторых, **субъективные факторы**: недостаточная экономическая подготовка оперативников, следователей, прокуроров и судей, непонимание ими характера финансовых и хозяйственных отношений в условиях рынка; корыстное разложение части правоприменителей (коррупция, участие в рейдерских захватах и тому подобные деяния).

Экономическая неграмотность силовых кадров является, пожалуй, одной из важнейших причин состояния правоприменительной практики. **Толкование и применение нового законодательства оказалось в руках юристов, воспитанных в иных правовых и социальных традициях.** Отсюда происходят путаница в определении содержания общественной опасности применительно к преступлениям в сфере экономики; фетишизация группового характера совершения таких преступлений — как обстоятельства, отягчающего наказание; непонимание вреда, причиняемого развитию рыночной экономики избыточной репрессивностью правоприменительной практики, а также другие проявления старых советских подходов к регулированию предпринимательства, тормозящих хозяйственное развитие.

Недостаточное понимание юристами старой школы особенностей характера рыночных отношений порождает расширительное толкование норм УК, усугубляющее положение бизнесменов.

Пример непонимания, в чем же заключается общественная опасность незаконного предпринимательства (ст. 171) применительно к признаку «получение дохода в крупном и особо крупном размере», продемонстрировало постановление Пленума Верховного суда РФ от 18 ноября 2004 года № 23 «О судебной практике по делам о незаконном предпринимательстве и легализации (отмывании) денежных средств или иного имущества, приобретенных преступным путем».

До этого Пленума сложилась устойчивая практика, понимавшая под доходом предпринимателя валовую выручку за вычетом его издержек на изготовление, приобретение или реализацию товара либо предоставление услуг. В основе такого подхода лежало понимание того, что общественную опасность представляет не сам факт ведения предпринимательства с нарушением правил регистрации и лицензирования (за это КОАП предусмотрел административную ответственность), а получение прибыли, с которой не взимаются налоги и прочие сборы, что ущемляло интересы других членов общества.

В известной мере под влиянием правоохранительных органов Пленум изменил подход к определению понятия «доход». В пункте 12 постановления дословно записано: «Под доходом в статье 171 УК РФ следует понимать выручку от реализации товаров (работ, услуг) за период осуществления незаконной предпринимательской деятельности без вычета произведенных лицом расходов». Теперь бизнесмен мог работать с убытком, но тем не ме-

нее он подлежал привлечению к уголовной ответственности как получатель дохода в крупном размере. Заодно следователям и судьям стало легче разбираться с такими делами, не нужно «возиться» с исчислением издержек предпринимателя.

Факты расширитального толкования норм УК в судебной практике, к сожалению, не единичны. Многие судьи и следователи плохо разбираются в сложностях рыночной экономики. По этой причине убытки, понесенные в результате нормального коммерческого риска, расцениваются как результат преступных действий; незнание мелким предпринимателям недавно появившихся запретов — как преступный умысел; проведение сложных финансовых операций — как мошенничество и т.п. Гражданский кодекс определил, что цена продукта или услуги определяется соглашением сторон. Тем не менее в последние годы появились уголовные дела, по которым следователи скрупулезно подсчитывают издержки предпринимателей, например при строительстве, а полученную прибыль вменяют как мошенничество.

Эту проблему ярко обрисовал Олег Пелих, президент Фонда правовой поддержки и защиты предпринимательства, который сам побывал в качестве подследственного по экономическому делу. «Методы работы следователей не хочется даже вспоминать, достаточно сказать, что большинство из них пришло из уголовного розыска и лишь единицы — начальники отделов — из ОБХСС. Поэтому объяснить, что такое вексель... неплатежи, “дебиторка”, было совсем непросто. Прессинг со стороны следователей был настолько сильным, что в какой-то момент мне пришлось прибегнуть к помощи материнской компании, уплатив требуемые суммы, после чего дело было благополучно закрыто “за отсутствием состава преступления”»¹.

Актуальность изложенных выше проблем бесспорна. Чрезмерная зарегулированность экономики государством, избыточная репрессивность законодательства подрывают инициативу предпринимателей, тормозят инновационные процессы.

Опыт последних лет показал неспособность действующих ныне структур к принятию эффективных решений, устраниющих препоны на пути развития бизнеса. Очевидна, необходимость в формировании центра с участием общественности, представителей бизнеса, экономических ведомств с целью комплексного решения проблемы.

¹ <http://forum.spnet.ru/showthread.php?t=25374>

ГЛАВА 13

УГОЛОВНАЯ ПОЛИТОЛОГИЯ: НЕОБХОДИМОСТЬ УГОЛОВНО-ПОЛИТИЧЕСКОЙ РАЗРАБОТКИ КОНЦЕПЦИИ АДАПТАЦИОННОЙ МОДЕРНИЗАЦИИ (ОБНОВЛЕНИЯ) УГОЛОВНОГО ПРАВА — СОВРЕМЕННЫЕ ВЫЗОВЫ И БОРЬБА ЗА УГОЛОВНОЕ ПРАВО

А.Э. Жалинский, доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации

В данной работе с учетом результатов исследовательской группы Центра правовых и экономических исследований будет дана общая характеристика поставленной проблемы, а затем кратко рассмотрены: потребность обращения к возможностям уголовной политологии и исходные положения этой находящейся на этапе становления отрасли знания; некоторые подходы к ответам на современные вызовы, стоящие перед уголовным правом; содержание политической борьбы за модернизацию уголовного права; некоторые дополнительные к опубликованным ранее суждения о содержании модернизации этой важнейшей правовой отрасли. Во всех случаях содержание данного материала рассматривается как некоторое дополнение к публикациям Центра правовых и экономических исследований, включая настоящее издание, с неявной ориентацией на действие экономического уголовного права в условиях быстрых социальных и правовых перемен.

1. Общая характеристика проблемы. Она состоит в необходимости продолжить исследовательскую и практическую работу по модернизации (обновлению) уголовного законодательства, для чего следует осмыслить некоторые результаты, достигнутые в процессе модернизации уголовного законодательства, и попытаться указать на проблемы, нуждающиеся в дальнейшем исследовании и, естественно, в практическом решении. Общеизвестна необходимость периодического анализа соотношения между сделанным и тем, что предстоит сделать в сфере правового развития.

Оценка сделанного в сфере модернизации уголовного права, в проведенных исследованиях, реализации предложений и их результатов приводит к выводу о том, что на современном этапе должны быть продолжены модернизационные процессы. Но дальнейшая исследовательская и внедренческая работа должна быть

адаптирована к происшедшим и происходящим переменам в правовой системе и обществе в целом. При этом именно уголовная политология как наука об уголовной политике наряду с экономической наукой должна широко использоваться для нужд того, что можно несколько неуклюже, но точно назвать адаптационной модернизацией уголовного законодательства и реализации уголовного закона или их оптимизацией на основе согласуемых представлений об общественном благе.

Обосновывается такой вывод как социальными реалиями, что наиболее существенно, так и логикой развития системы наук о действии уголовного закона. Действительно, меняются позиции субъектов социального действия, их требования и ожидания, иной становится активность. Правовая наука развивает современные представления о границах и содержании релевантного к уголовному закону знания, что проявляется в становлении уголовной политологии, развитии криминологии, получении новых результатов уголовной социологии и пр.¹

Некоторые соображения о сделанном. В Российской Федерации, как, собственно, и во многих иных странах с развитой правовой системой, проводилась значительная работа в целях реального обновления уголовного права по вектору его адаптации к социальным потребностям. В нашей стране, при всех сложностях решения этой труднейшей задачи, достигнуты определенные успехи. По инициативе высших органов государственной власти в ответ на обращения различных социальных институтов и сил внесены такие изменения в уголовный закон, которые уменьшили насилие мест лишения свободы, способствовали обеспечению легитимности, справедливости и эффективности законодательных и правоприменительных решений. Одновременно в результате активизации аналитической деятельности получены новые данные о механизме действия уголовного закона, факторах, которые определяют состояние правоохранительной системы и поведение лиц, уполномоченных применять правовой закон, иных обстоятельствах, влияющих на результаты действия уголовного закона.

Как это нередко бывает, первые, еще недостаточные успехи выявили реальные трудности дальнейшего продвижения в избранном направлении, что вполне можно считать успехом.

¹ Дополнительные соображения об этом и обзор литературы см.: Жалинский А.Э. Уголовная политология: становление и развитие // Право и политика. 2010. № 5. С. 826–835.

К слову сказать, эти трудности в значительной степени программируются общей природой уголовного права, и попытки их преодоления предпринимаются во многих, внешне весьма благополучных странах.

Собственно, именно получение информации такого рода и инициировало обращение к вопросам уголовной политологии, а накопленные опыт и знания создали лучшие условия для развития и практического использования этой отрасли знания.

Некоторые исходные положения уголовной политологии. В предельно кратком изложении они таковы:

А. Политические факторы и, соответственно, достижения общей и уголовной политологии должны широко использоваться в целях адаптационной модернизации уголовного законодательства, равно как и правовой системы в целом. При этом следует учитывать специфику взаимодействия политики и права. Соотношение политической и правовой составляющих в действии уголовного закона должно состоять в том, что политика определяет в существующих конституционных границах цели действия уголовного закона, обеспечивает его возможности, добивается социальной поддержки граждан как источника власти, вовлекая их в выбор решений, имеющих всеобщее значение, а право закрепляет (юридицирует) принятые решения, обеспечивая их легитимность, стабильность, точное исполнение и предсказуемость либо отказывает в этом. Уголовная политика должна быть правовой, опираясь на Конституцию страны, но в определенном смысле она предшествует праву и воздействует на выбор права. Задачи уголовного закона определяются в значительной мере политикой, но, будучи определены, они фиксируются в законе и без изменения закона трансформированы быть не могут.

Б. Нужна особая разработка уголовной политологии в целях модернизации уголовного законодательства по всем необходимым направлениям, а также в целях создания необходимых для этого условий. Обществу должно быть доказано, что та или иная новелла нужна, что она способна дать такие-то результаты, соответствует таким-то интересам и в принципе осуществима в наличной ситуации.

В процессе модернизации уголовного законодательства принимаются собственно политические решения о потребности изменения закона, возможностях такого изменения, необходимых инвестициях и пр. Юридические решения в своей основе должны перевести победившие политические решения в форму закона.

Информационные основы и процедуры принятия политических и собственно юридических решений в целях модернизации уголовного законодательства должны быть различны.

Процесс принятия решений, соотносимых с уголовным законом, поэтому принципиально продолжителен и принципиально осуществляется на основе различной информации и различных процедур, что и определяет собой отличия предмета уголовной политологии от предмета иных уголовно-правовых наук.

Систему максимально осмысленных суждений по этой проблеме можно назвать концепцией, выразить в виде программы, разработать как теорию, включаемую в предмет и уголовной политологии, и науки уголовного права. Содержательно такая система суждений, в частности, может основываться на идеях и практических предложениях, разработанных коллективом Центра правовых и экономических исследований под руководством Е.В. Новиковой (Т.Г. Морщакова, В.И. Радченко, А.Г. Федотов и ряд других исследователей, у которых я прошу прощения за то, что этот список не продолжен¹), а также, разумеется, и иными специалистами в области уголовно-правовых наук, работающими в других институтах, естественно, на основе идей, содержащихся в трудах ряда выдающихся экономистов, и на базе уже имеющейся эмпирической информации. При этом должны быть рассмотрены вызовы общества и власти, предъявляемые уголовному праву, возможности и способы достижения согласия о содержании ответа на них, наконец, собственно оптимума этих ответов.

В. Развитие уголовной политологии требует значительных усилий. Достаточно сказать, что здесь необходимо получение значительного объема информации о статике и динамике позиций общества и отдельных социальных групп в сфере действия уголовного закона.

Практика, на которую ориентировано такое понимание, убедительно показала вместе с тем, что осуществить процесс уголовно-правовой модернизации без социальной поддержки невозможно. И этого достаточно для усиления внимания к разработке уголовной политологии и к ее выводам.

II. Социальная реакция на вызовы общества, предъявляемые к уголовному праву. Если признать существование вызовов общества

¹ Невозможно не отметить, что автор скромно умалчивает о том громадном вкладе, который он сам внес в разработку принципиальных суждений в этой области. — *Прим. ред.*

к уголовному праву, а это признание неизбежно, то понятна актуальность проблематики ответа на эти вызовы. Она в кратком изложении включает в себя осознание социальной ситуации и тем самым содержания вызовов, а также предполагает понимание и выбор необходимой реакции на вызовы со стороны субъектов власти, в широком смысле этого понятия. Обратимся к этим проблемам.

Понятие вызова, вероятно, скорее метафорическое, но все же информационно емкое. Во всяком случае, оно обозначает, объективно или субъективно, определенные суммы некоторых ожиданий или надежд, которые на различных социальных уровнях связываются с уголовным законом, в том состоянии, в котором он признается оптимальным на основе взвешивания различных его параметров. Вызовы могут отражать реальные или ложные потребности, переводя их в форму поддерживаемых определенными силами обращений к определенным центрам власти. Анализ вызовов, в отличие от анализа обращений, позволяет определить возможную социальную поддержку общественных сил и, соответственно, строить уголовную политику. Проще говоря, анализ вызовов позволяет понять, чего хочет общество, включающее различные социальные группы, что оно будет реально поддерживать и пр. Осознание вызовов — это осознание необходимой работы в сфере адаптационной модернизации уголовного закона и, разумеется, не только его.

Под вызовами именно современными здесь понимаются существующие потребности в обновлении уголовного законодательства, то есть в его адаптации к изменениям, происходящим в обществе. Основания вызова — это либо неполучение возможных благ, либо причинение или угроза причинения реального ущерба гражданам, обществу, государству.

Ниже, с неявными по техническим причинам отсылками к работам российских специалистов, указывается на обязательность мониторинга современной социальной ситуации, определяющей необходимость обновления уголовного права, то есть вызовы общества; на интеллектуальные предпосылки обновления уголовного права; на некоторые направления обновления уголовного права. В основе анализа лежит идея перемен, лапидарно описанная формулой тектонического сдвига, выдвинутой профессором Е.Г. Ясиным, а для состояния собственно права рассматривавшаяся в теории так называемой аномии — умирания старого и слабости нового права.

При этом принимается, что все эти вопросы требуют применения инструментально-целевого подхода на основе коллективного

обсуждения принимаемых решений. Здесь возникает множество трудностей. Интересы различных социальных групп противоречивы. Реальные потребности в действии уголовного закона неясны. Найти баланс стабильности уголовного закона и процессов его обновления трудно. Представления о справедливости и эффективности уголовного закона и практики его реализации нечетки.

Современная социальная ситуация, в которой формируются вызовы, применительно к задачам исследуемого направления правовой модернизации описана в работах многих исследователей, в том числе опубликованных в настоящем издании.

Применительно к рассматриваемой проблеме здесь выделяются, но не характеризуются две группы истинных и ложных вызовов: а) соотносимые с уголовным правом социально-экономические; б) собственно уголовно-правовые, то есть относящиеся к состоянию уголовного законодательства.

а) Социально-экономические вызовы противоречивы. Необходима более эффективная охрана жизни и здоровья, общественной безопасности, а в сфере экономики — собственности и контрактов, в целом свободы предпринимательской деятельности, ограниченной интересами работополучателя, налогоплательщика, условиями добросовестной конкуренции и пр., что связывается обществом с расширением пределов действия уголовного закона и его ужесточением. Вместе с тем остро ощущается потребность сужения пределов и интенсивности действия уголовного закона, то есть декриминализации и депенализации.

Далее, в качестве методически важных примеров целесообразно воспроизвести уже сказанное о ряде актуальных вызовов в сфере экономики такими авторами, как В.И. Радченко, А.Г. Федотов и др.

Это — отказ от оценки поведения, приведшего к экономическому кризису. Он порождает недоверие общества к различительному потенциалу уголовного права. Вызывает сомнения в защищенности ведущих направлений экономической деятельности (банки, рынок ценных бумаг, работа регуляторов и т. п.). Далее, это трудности выбора между правомерным и противоправным поведением в сфере «новой криминализации», преимущественно распространяющейся на сферу экономики. Наконец, коррупция, порождающая деформацию экономических решений. В итоге возникает сложное сочетание бессилия и избыточной власти уголовного закона.

б) Уголовно-правовые вызовы: состояние уголовного законодательства и практики его реализации оцениваются обществом

крайне противоречиво. Оно признается избыточно репрессивным и подвергается со стороны общества и власти жесткой критике. Распространенным стало утверждение о несоответствии судебной системы потребностям общества.

Вместе с тем, как показано в литературе и очевидно для практики, приветствуются серьезные меры по исправлению создавшегося положения. В действующие Уголовный и Уголовно-процессуальный кодексы Российской Федерации только в 2009—2011 годах внесено много изменений, направленных на их гуманизацию. Правоприменительная практика побуждается различными средствами к экономии репрессии по экономическим преступлениям.

Но в то же время более настойчивыми стали требования усиления наказания за преступления против жизни и здоровья, половой неприкосновенности несовершеннолетних и половой свободы, семьи и несовершеннолетних. Все больше внимания привлекают экологические преступления. Рациональность и обоснованность этих вызовов еще должны быть оценены, но без внимания оставлены быть не могут.

При всем сделанном, однако, уголовное право как наиболее жесткий инструмент социального регулирования, став совершеннее, продолжает нуждаться в постоянном контроле и периодической переналадке на основе начал законности, эффективности и справедливости. Требуется, чтобы решения суда были всегда разумно предсказуемыми, основываясь на действующем законе. Они должны одобряться обществом или большинством общества, вести к обеспечению правопорядка при минимально необходимой репрессии.

Наконец, опасно то, что легитимность ряда уголовно-правовых запретов также должным образом в глазах общества не обоснована, даже если она наличествует. Она подвергается сомнениям даже со стороны профессионалов. Отсутствует надлежащее согласие о соотношении уголовной, гражданской и административной ответственности. Эффективность применения уголовного закона обществу неясна, и деятельность критиков, по существу являющихся провокаторами, отпора не получает. Это противоречивая проблема, и она должна обсуждаться в конкретике и спокойно.

III. Составляющие реакции на актуальные вызовы. Реакция на вызовы всегда и везде, повторим, нуждается в мониторинге, переоценке и совершенствовании. Это в достаточной мере обосновывается уже тем, что собственно социальные процессы,

и преступность, и состояние правовой системы весьма изменчивы и предсказуемы иногда столь же «надежно», сколь и цены на нефть.

Рассмотрим с этих позиций некоторые составляющие реакции на вызовы, которая здесь понимается как модернизация или обновление уголовного законодательства в сфере экономики.

А. Интеллектуальные предпосылки обновления уголовного права. В целом их можно определить как обеспечение инструментального подхода к стратегии обновления и отдельным решениям. Нужна такая максимизация информации о действии уголовного закона, которая по меньшей мере позволит создавать его проверяемые модели.

Интеллектуальными предпосылками, во всяком случае, можно считать: расширение использования социально значимой информации, социальный дискурс, критическую оценку состояния уголовно-правовой мысли, включая уголовно-правовую науку.

Расширение использования информации должно ориентироваться на обновление уголовного законодательства по современным и проверяемым критериям его легитимности, справедливости и эффективности. В современной, быстро меняющейся социальной ситуации необходимы отказ от распространенных мифов и осознание характера экономических интересов, актуальных требований общества и различных социальных групп по отношению к уголовному праву.

Реакция на вызовы, стоящие перед уголовным правом, обязывает постоянно выявлять реальные возможности, оптимальные цели, способы, последствия предполагаемого обновления уголовного законодательства. Это особенно относится к неявным процессам перераспределения реальных возможностей и полномочий использования уголовного права в собственных интересах, к их воздействию на экономическое и иное поведение граждан. Только так можно опровергнуть устойчивые мифы о действии уголовного права и вести рациональную уголовную политику.

Преобразование такой информации в интересах обновления уголовного законодательства осложняется переходным характером современной социальной ситуации.

В точках перелома или ускоренного социального развития сориентированное и оценка социальной информации осуществляются в условиях острого дефицита времени. В обществе возможно сопротивление переменам, становятся более популистскими требования к уголовному праву. Информация о необходимости гуманизации уголовного закона наталкивается на ведомственные

интересы. Преодоление этих трудностей в процессе подготовки и принятия уголовного законодательства требует существенных ресурсных затрат.

Наконец, составляющей реакции на вызовы является конкретизация социального дискурса. В существующих условиях особенно важно попытаться достичь профессионального и общественного согласия о целях и путях обновления уголовного права, причем в условиях доступа к информации, ее переработки в нуждах уголовного права и отбора для обсуждения действительно важных проблем.

При этом учитываются по меньшей мере три обстоятельства.

Первое. Оценка уголовного права формируется постепенно и противоречиво. Она дается как материал для обсуждения и лишь на основе общественного согласия о значимости и обоснованности выдвигаемых позиций. Роль уголовно-правовых наук является важной, но переоценивать ее нельзя. В частности, следует отказаться от формулирования суждений по типу: «это так, потому что это мной говорилось много раз и много лет тому назад».

Второе. Все национальные системы уголовного права функционируют принципиально одинаково и страдают одними и теми же болезнями. Различаются их интенсивность и особенности их протекания, то есть в общем — детали. Из этого следует, что информационная база принятия решений должна строиться по вертикали, отражая процессы действия уголовного закона во времени, и по горизонтали, отражая результаты сравнительного правоведения.

Третье. Уголовное право своими сущностными чертами как наличными условиями, своим тезаурусом, содержательными средствами определяет пределы своего обновления. Это значит, что любая уголовно-правовая реформа вынуждена учитывать действие сложившихся институтов уголовного права, в частности соотношение материального и формального понятия преступления, содержание субъективного вменения, пределы усмотрения суда и пр.

Ответы на вызовы и учет современного состояния уголовно-правовой мысли определяют выбор направлений и возможности обновления уголовного права.

Прежде всего необходимо ввести в практический оборот понятие уголовно-правовой мысли и постоянно ее учитывать. Уголовно-правовая мысль охватывает вполне реально, но не всегда достаточно осознанно как науки уголовно-правового цикла, так и различного рода суждения об уголовном праве, выраженные в иных формах общественного сознания: от фольклора до религии.

Современная уголовно-правовая мысль сильно влияет на процесс обновления уголовного закона, его содержание и темпы. Собственно говоря, нет никаких оснований утверждать, что пословицы и поговорки меньше влияют на состояние вызовов, обращенных к уголовному праву, чем диссертации на ту или иную тему, хотя и хочется, чтобы это так было.

В структуре уголовно-правовой мысли следует различать несколько составляющих. Первая — суждения, по которым имеется определенное согласие и нет оснований к их опровержению, во всяком случае, актуальными методами проверки. Вторая — практические важные, но нерешенные проблемы. Третья — суждения, не имеющие практического смысла, но поддерживающие традиционные представления и взгляды. Их следует рассмотреть, хотя бы очень кратко.

Суждения, по которым достигнуто определенное согласие. Важнейшее из них — это утверждение о том, что современное уголовное право доказало свою необходимость. Принято считать, что оно выполняет функции легитимации и легализации наиболее острых форм принуждения, необходимых для поддержания социального мира. Общество не может отказаться от уголовного права и закона, но недовольно их состоянием. Мысль о кризисе уголовного права при этом является распространенной.

Вероятно, единодушным, во всяком случае, среди профессионалов является мнение о том, что уголовное право сложилось на протяжении столетий в чрезвычайно инерционную систему. Действующий уголовный закон основывается на мало изменившихся и тем не менее неопределенных понятиях состава преступления, оснований уголовной ответственности, вины, на сохраняющемся понимании наказания и пр. Эти нормы обеспечивают некоторое уважение населения к уголовному закону. Они должны сохраняться в процессе обновления.

Суждения второй группы. Будучи спорными, эти суждения относятся к большинству проблем уголовного права. Это проблемы соблюдения закона, его обратной силы, действия в пространстве и развития международного уголовного права, наказания, освобождения от наказания, его замены иными мерами, а также более специальные проблемы, в частности, понятие и содержание причинной связи, вины, природа соучастия и видов соучастников и пр. В процесс обновления они требуют дополнительного обсуждения.

Суждения третьей группы. Они определяют состояние проблем, нерешенность которых, по существу, не признается. Такие

суждения отражают социальные колебания при оценке уголовного права и его использовании как инструмента социального регулирования. Назовем некоторые.

Прежде всего отсутствие реалистического понимания задач уголовного права. Мифологическое описание предмета уголовного права, его функций и возможностей, а в сущности, и принципов уголовного закона. Далее, непроработанность соотношения источников уголовного права и пределов усмотрения суда, что порождает непрофессиональное, но реальное использование правовых прецедентов.

Последнее здесь, но не в реальности. Отказ от предметного, инструментального понимания материальной, предметной, социальной оценки преступления.

Понятие общественной опасности (или социальной вредности) в УК РФ не раскрывается. Практиками оно либо игнорируется, либо толкуется произвольно, и реальным критерием криминализации и затем уголовной ответственности быть не может. Распределение преступлений по категориям нигде должным образом не обосновано.

Это особенно типичная ситуация, когда устанавливается повышенная уголовная ответственность за деяния, которые юристы не могут должным образом ни описать, ни оценить.

Б. Некоторые виды актуальных для сложившейся ситуации ответов на вызовы к уголовному праву.

Обновление или иное изменение уголовного законодательства должно осуществляться системно. Однако и системный подход требует выделения ключевых направлений обновления уголовного законодательства, поскольку каждое из них требует особого подхода. Обратимся в порядке постановки вопроса лишь к некоторым направлениям, и именно потому, что они, доказав свою эффективность, нуждаются в дальнейшем усилении.

Дальнейшее обеспечение экономии уголовной репрессии. В последнее время принят ряд законодательных мер, устраниющих чрезмерность репрессии, однако пока они кажутся недостаточными. Тяжесть и интенсивность воздействия наказания на свободу и имущество граждан нередко расходятся с современными, хотя во многом и традиционными представлениями о справедливости и эффективности (полезности) мер уголовно-правового характера.

Необходимы разработка и достижение соответствующего потребностям страны своеобразного социально-правового договора о некоторых количественно выраженных границах примене-

ния различных видов уголовного наказания, связанных и не связанных с лишением свободы. Это нестандартное, но и не новое предложение обсуждалось в средствах массовой информации. Его реализация основывается на учете общественной опасности преступлений, на очевидных различиях между посягательствами на жизнь и здоровье и экономическими, экологическими и иными преступлениями.

При этом, вероятно, нужно исходить из невозможности принципиального изменения природы уголовного права, но опираться на хорошо известное доктрине уголовного права начало экономии репрессии. Законодательно, конечно, нельзя установить, что количество лиц, приговоренных к реальному лишению свободы, не должно превышать, например, 200—300 тысяч. Но, учитывая относительную стабильность преступности, вполне возможно так смоделировать назначение наказания судами, чтобы придерживаться этих границ.

Способы обновления уголовного законодательства при этом, как показали исследования упоминавшихся авторов и их коллег, могут быть различными. Ими, например, могут быть сужение пределов ответственности за счет более широкого использования признаков, отражающих общественную опасность основных составов преступления, описанных в уголовном законе, совершенствования механизмов воздействия на наказание некоторых квалифицирующих признаков, в частности, размера деяния и причиненного вреда, множественности, в особенности рецидива, организованной группы и пр. Этот способ широко применяется в последнее время, и, как можно полагать, доказал свою эффективность.

Оставаясь, разумеется, в рамках законности, можно воздействовать на судебную практику, не затрагивая независимость судей, с тем чтобы инициировать избрание наказаний, не связанных с лишением свободы. Для этого, надо признать, сейчас налицо более широкие возможности.

Серьезным и эффективным ответом является оптимизация содержания и объектов уголовно-правовых запретов. Следует прореагировать на то, что многие явления, сильно нарушающие интересы индивидов, общества и государства, остаются без реакции. Это требует особого обсуждения, но халатность при использовании источников повышенной опасности превышает всякие мыслимые границы.

Модернизация поэтому также должна состоять в адаптации круга охраняемых уголовным законом правовых благ к новым,

быстро меняющимся социально-экономическим условиям. Выдвигаются различные предложения о декриминализации ряда поведенческих актов, прежде всего в экономической сфере. Однако более эффективный ответ требует не ограничиваться декриминализацией и криминализацией, то есть заменой одних запретов на другие, но поставить более амбициозную задачу адаптационно-инструментальной оптимизации целого ряда запретов, в том числе традиционных.

В частности, нуждается в оптимизации даже уголовно-правовой запрет кражи. В нем следовало бы выделить семейные кражи, совершаемые несовершеннолетними, кражи, совершаемые под влиянием сложившихся неблагоприятных условий и некоторые другие. Разумеется, все предложения такого рода нужно тщательно обсуждать, но простой здравый смысл подсказывает, что содержание уголовно-правовых запретов не может совершенствоваться линейно, путем расширения границ ответственности при сохранении признаков основного состава преступления.

Ответом на вызовы следует считать также меры обеспечения определенности уголовного закона и предсказуемости правоприменительной квалификации деяний. Практика применения уголовного закона в настоящее время не является единообразной. Значительное количество уголовно-правовых ошибок допускается на досудебных стадиях. Показателем такого состояния правоприменения является слишком значительный разрыв между количеством возбужденных уголовных дел и дел, направленных в суд. Такое положение дел сейчас подвергается суворой критике, причем со стороны власти. При этом такое реагирование должно распространяться на уголовный закон в целом. Ст. 126 УК РФ «Похищение человека» как будто бы нейтральна к экономике. Но многим памятно ее неудачное применение, принесшее убытки и бюджету РФ. А оно во многом было связано с неопределенностью запрета, в котором понятие похищения не конкретизировалось ни одним признаком.

Обновление уголовного закона должно позволить давать правильную уголовно-правовую оценку деяния уже на досудебной стадии. Эта задача поставлена, но пока еще не решена, несмотря на свою неотложность. Требуются совместные усилия законодателя и науки.

В особенности это относится к необходимости разграничения уголовно-правовой, административно-правовой и гражданско-правовой ответственности. Необходимо вводить в статьи

Особенной части УК РФ, особенно применительно к так называемым новым преступлениям признаки общественной опасности того или иного деяния. Например, ст. 255 УК РФ «Нарушение правил охраны и использования недр» содержит всего один признак, указывающий на общественную опасность деяния — значительный ущерб. Естественно, здесь трудно обеспечить предсказуемость квалификации деяния, поскольку отнесение его к преступлениям, а не административным проступкам основывается на одном и к тому же оценочном признаком.

Это направление обновления уголовного закона решает и задачу воспрепятствования злоупотреблениям уголовным законом из коррупционных или иных соображений, противоречащих интересам службы, отдельных граждан и страны в целом, в частности, как это понимается в ст. 285 УК РФ.

Сказанное подтверждает, что модернизация уголовного законодательства не есть лишь проявление добной воли: захотели — сделали. Нужны интеллектуальные усилия специалистов высокой квалификации, но и их мало. Нужно то, что еще в XIX веке профессор Иеринг назвал борьбой за право. Обратимся к этой проблематике.

IV. Политологический анализ борьбы за уголовное право. Общая характеристика проблемы. Борьба за уголовное, как и любое другое право, в современном российском обществе должна иметь позитивную направленность, осуществляясь в рамках действующей политической системы. В таком плане она актуальна для всех институтов и центров влияния, которые так или иначе заинтересованы в определенном, желательно оптимальном состоянии уголовного права и, в идеале, в его легитимности, справедливости и эффективности. Борьба за право вытекает из природы этого механизма социального регулирования и порождается различием интересов и позиций относительно действия уголовного закона, являясь в содержательном плане одновременно и традиционной, и новой.

Содержательная традиционность проблемы состоит в том, что уголовное законодательство с различных позиций и различными течениями общественной мысли рассматривалось как специфический институт господства, орудие подавления эксплуатируемого народа. Идея достижения общего блага, компромисса между эксплуататорами и эксплуатируемыми оценивалась как оппортунистическая и отвергалась.

Содержательная новизна проблемы (хотя и относительная) состоит в том, что в сфере действия уголовного закона разрешение противоречий, принявших иной характер, направлено на поиск оптимума его действия. Новизна при этом определяется тем, что в современных условиях между различными социальными группами развернулся процесс политической борьбы специфического характера за определенное состояние и использование уголовного права и он не анализировался системно в российской юридической литературе последних лет. Одно из проявлений такой специфики состоит, например, в том, что отнюдь не всегда именно власть настаивает на усилении жесткости уголовного закона: нередко этого требуют оппоненты власти. Но, так или иначе, борьба за право изучается уголовной политологией как борьба позиций, как система усилий по их разработке, разъяснению, адаптации в контекст действующей Конституции и практики ее реализации.

Процессы модернизации либо рутинного обновления как собственно уголовного законодательства, так и практики его применения, разумеется, имеют весьма размытую политическую составляющую, пересекающуюся с правовой. Эти процессы наталкиваются на обусловленные самыми различными факторами противоречия экономических, управлеченческих и иных интересов, на различия идеологических установок, на профессиональные разногласия при выборе правотворческих и правоприменительных решений, равно как и на различные возможности получения социальной поддержки. Борьба между этими группами имеет политическое содержание, поскольку она направлена на получение господства и, значит, власти при принятии определенного уголовно-правового решения, относящегося к общим интересам. Но это не борьба за власть в целом, и потому она вполне возможна не на партийной, а на профессиональной основе.

Порожденные борьбой за уголовное право позиции и взгляды получают в юридической и политологической литературе различные наименования, не всегда верные (либерализм, государственничество, консерватизм, произвол, усиление борьбы, кризис и пр.), и должны осознаваться при разработке и обосновании путей развития и реализации уголовного права и закона. Можно предположить при этом, что возможно или реально корыстные интересы определенных социальных групп, стремление к своеобразной приватизации уголовного права порождают ложную неудовлетворенность его состоянием, в особенности такие, в ряде

ситуаций деформированные, оценки практики как основанной на произволе, коррупционной, непредсказуемой, несправедливой и пр. И тогда возрастаёт актуальность преодоления ошибочных позиций в интересах достижения оптимального состояния статики и динамики уголовного закона.

Политическая составляющая борьбы применительно к уголовному праву. Понятие политического, как уже отмечалось выше, многократно рассматривалось в политологии и работах по уголовной политике. Оно является не вполне определенным и, напомним, применяется в самых различных значениях к множеству сфер социальной деятельности.

Понятие борьбы также употребляется весьма часто, но и оно является не вполне определенным и спорным, имея специфический набор смыслов, характеризующих обычно процессы воздействия на преступность, но крайне редко охватывающих противоречия стратегий и тактик внутри этого противодействия.

В данном случае под имеющей политическую составляющую борьбой за обладание уголовным правом понимаются осуществляемые отдельными субъектами процессы разработки и последующей защиты таких различных позиций по вопросам содержания, развития и реализации уголовного права, которые направлены на расширение собственного влияния на эти процессы.

Борьба есть противопоставление идей, позиций, проектов, оценок, определенный тип социальных конфликтов, который может решаться мирными и насилиственными, экономическими, юридическими и иными средствами¹.

Установление определенного типа или состояния аллокации ценностей или ресурсов действительно происходит в сфере действия уголовного закона и представляет собой цель и возможный результат политической борьбы, конкретизируемый в состоянии уголовного закона, его реализации и понимания.

Наиболее известными примерами политической борьбы за уголовное право являются вначале определение границ публичного и частного права, а на этой основе — сложные споры о задачах уголовного права, о понимании его субсидиарности, о соотношении

¹ Для понимания природы политической борьбы полезным является развитый американским политологом Давидом Эстоном подход к определению политики как авторитарной аллокации ценностей, то есть как упорядочения, распределения и связи элементов, структур и субсистем внутри общей системы, которые должны гарантировать функциональные цели целого и его частей. См.: Lexikon der Politikwissenschaft. Bd. 1. München: Beck. S. 15.

норм уголовного и гражданского права, уголовно-правовой и договорной ответственности и пр. Понятно, что такого рода споры так или иначе определяют решение фундаментальных проблем политической системы. В центре внимания общества находятся борьба за или против смертной казни, запрещение спекуляции или разрешение свободной торговли, уголовно-правовая характеристика экстремизма, организованной преступности. Одним из наиболее ярких примеров борьбы за уголовное право является процесс юридического анализа причин финансового кризиса и определения его виновников.

Разумеется, противостояние различных уголовно-правовых позиций происходит в обществе на разном уровне, в различной форме, и не всегда очевидна их политическая составляющая. Но все же, как правило, она может быть идентифицирована как нечто отличное от психологического, служебного или иного конфликта, к политике отношения не имеющего.

Таким критерием является связь позиции субъекта с принятием уголовно-правовых решений, затрагивающих общие публичные интересы.

При таком подходе понятие и процессы политической борьбы применительно к уголовному праву рассматриваются как часть механизма его действия, а тем самым — как условие и контекст получения определенных результатов. Если проанализировать силы и действия, поддерживающие то или иное направление уголовной политики или отвергающие его, то процессы социального управления станут более эффективными.

Ценность уголовного права как цель политической борьбы. Уголовное право в целом как отрасль права, практика, уголовно-правовая мысль традиционно выступает как общенациональная ценность, создаваемая и контролируемая преимущественно публичной властью. Уголовно-правовые нормы содержатся в законах, принимаемых законодательной властью отдельных стран, и реализуются приговорами, постановляемыми от имени государства. В этом проявляется сущностная черта уголовного права как части или состояния государственного суверенитета.

Вместе с тем уголовное право может фактически принадлежать или контролироваться отдельными социальными группами, в том числе и классами, что никогда не подвергалось сомнению в марксистской теории и практике, и, как можно полагать, является или должно являться общим местом самых различных направлений теории государства и права.

Такое утверждение отражает реальность и может быть описано эмпирически. Оно, в частности, выражается в наличии у отдельных институтов исключительной или преимущественной возможности формировать уголовное право и механизм его действия, а также в возможности использования уголовного права для достижения определенных целей в интересах данной группы. Здесь есть некоторые противоречия. Такое положение в значительной своей части легитимно, но его конкретное выражение все же является объектом политической борьбы. Например, независимость суда и, более конкретно, — его компетенция на принятие решений, являющихся источником уголовного права.

В определенном социальном контексте возможен своеобразный «захват» уголовного права, который фактически означает его приватизацию в интересах той или иной профессиональной прослойки, группы экономических субъектов, например ориентированных на экспорт или, напротив, на внутренний рынок. Обладание уголовным правом в определенных ситуациях дает большую эффективность и оказывается крайне значимым для этих групп.

Уголовное право как объект политической борьбы может быть описано с нескольких сторон. Оно представляет собой: а) расходуемый управленческий (в широком значении понятия «управление») ресурс; б) качество или состояние политической власти данной группы, а значит, и ее представителей; в) средство завоевания власти, чаще всего популистскими приемами.

Такая характеристика ценности уголовного права нейтральна к представлениям об идеальном политическом устройстве. Собственно содержание ценности уголовного права различно в авторитарном и в демократическом обществах, как различно оно и для субъектов борьбы за обладание его возможностями. Но обращение к категории ценности необходимо и возможно повсюду там, где уголовное право может быть использовано в интересах субъектов, им обладающих и контролирующих его реализацию. Для обоснования изложенного подхода к пониманию ценности уголовного права как объекта политической борьбы в данном случае достаточно привести лишь несколько соображений.

Прежде всего, ценность уголовного права определяется его сущностными чертами и реальным состоянием. Обычно уголовное право характеризуется как совокупность норм, объявляющих преступлениями общественно опасные деяния и устанавливающих правовые последствия нарушения установленных запретов.

Это полезное определение, но оно имеет сугубо формальный характер. Между тем, сущность уголовного права, его предназначение состоит в обеспечении применения легального насилия, направленность и объем которого определяется субъектами, им обладающими. Легальное насилие, его угроза, риски применения образуют основу регулятивно-охранительного ресурса уголовного права. Все остальные свойства определяются необходимостью и возможностью применения этого ресурса. И именно этот ресурс нужен всем.

При этом социальная ценность уголовного права, как его ресурс, меняется во времени, характеризуется набором эмпирически выраженных или выражаемых показателей и колеблется от некоторого идеального максимума до нуля.

Далее, уголовное право своим состоянием отражает определенную зрелость развития публичной власти и общества. Уголовное право легитимирует публичную власть, наделяет ее возможным авторитетом, предоставляет в распоряжение власти определенный набор аргументов, позволяющих обосновать свои действия, то, что называется уголовной политикой. Это не столь очевидно. В некоторых социальных ситуациях даже государства, имеющие, казалось бы, хорошие позиции, прибегают к нелегитимному насилию, что всегда приводит к репутационным издержкам.

Наконец, ценность уголовного права несколько парадоксально состоит в возможности укреплять власть или завоевывать ее, представляя себя защитником тех или иных интересов.

Это общая характеристика социальной ценности уголовного права. Но реально она всегда конкретна и зависит от социальных потребностей, возможностей, целей, политики обладателей уголовно-правового ресурса, а также, разумеется, от подготовленности целостного механизма действия уголовного права к его инструментальному использованию.

Отдельные цели политической борьбы за уголовное право. Они отражают собой, обычно неполно, социальную ценность уголовного права и выявляются при обращении к практике его реализации, и могут быть классифицированы применительно к управлению ресурсу, укреплению политической власти, ее легитимации. Здесь нужно сделать несколько предварительных замечаний, которые, можно полагать, имеют практический смысл.

Прежде всего, цели борьбы за уголовное право в принципе отличаются от целей и задач уголовного права. Цели политической борьбы субъектны и вариативны. Они в самом общем виде направ-

лены либо на присвоение возможностей уголовного права, либо на обоснование оптимальных способов выполнения его задач.

Цели политической борьбы формулируются, если это вообще происходит, крайне абстрактно и обычно маскируются клишированными аргументами. В основе такой аргументации обычно лежат ссылки на интересы общества, необходимость укрепления правопорядка и способность данного субъекта лучше других использовать возможности уголовного права, либо, как вариант, ссылки на оптимальность предложений данного субъекта. Анализ целей предполагает поэтому выявление действительно значимых ее составляющих.

Далее, цели борьбы за уголовное право обычно противоречивы и, что примечательно, трансформируются в процессе их реализации.

Соответственно, анализ политической борьбы за уголовное право начинается с уяснения действительности ее целей. При этом крайне важно иметь в виду, что цели получения благ уголовного права могут оторваться от потребностей и заместиться ритуалами. Тогда рушится власть.

Классификация возможных целей. Цели обеспечения и присвоения ресурса, то есть возможностей уголовного права. В гипотетическом плане можно выделить цели: а) возможности применения легального принуждения и тем самым насилиственного изменения характера социальных отношений путем запрета отдельных видов или способов поведения; б) получения возможностей легитимного поведения путем отказа от уголовно-правовых запретов; в) нейтрализации уголовно-правовых запретов; г) сосредоточения властных возможностей определенными институтами либо представителями этих институтов; д) возможности возмездной реализации полученной компетенции.

Цели укрепления политической власти состоят в: а) укреплении ее авторитета; б) повышении исполнительской дисциплины; в) упрощении управления и пр. Цели легитимации власти состоят в: а) обосновании запретов; б) обеспечении их поддержки; в) подавлении политических оппонентов путем маргинализации поведения и пр.

Приведенные формулировки целей политической борьбы подлежат дальнейшему изучению. Здесь можно привести несколько примеров их конкретизации.

Содержанием целей может быть перераспределение компетенций, когда идет борьба между надзором и следствием либо

происходит перемещение преступлений из одной категории в другую, а соответственно получение или потеря получение дополнительной власти, возможно лишь психологической. Им могут быть расширение ресурса обмена; перемещение в иерархической структуре; оптимизация профессии и отдельных обязанностей; усиление устойчивости института или безопасности его представителей; оптимизация финансирования на всех уровнях и пр.

Примеры. Первый: в ряде стран ведется борьба вокруг возможности исключать преступность причинения смерти женщинам, нарушившим сложившиеся поведенческие обычаи либо резко снижать ответственность за это. Второй. Журнал «Деньги» в материале под заголовком «Фактически Медведев разрешил воровать и за это ничего не будет» описал неудовольствие так называемых силовиков, с которыми беседовал корреспондент журнала, внесением поправок в УПК РФ, касающихся мер пресечения¹. Эта позиция не была осмысленной. Но, хотя бы временно, нашла защитников.

Проблема оценки целей борьбы за уголовное право. Уголовно-правовая мысль, оценивая действительные цели политической борьбы, обязана постоянно осмысливать, на что распространяется потребность в насилии, почему она возникает и является реальной? Это наиболее глубокие проблемы уголовного права, и они не решены удовлетворительным образом никем и нигде. Но совершенно очевидно, что именно истинное или ложное осознание потребностей в легитимном насилии является исходным пунктом политической борьбы за уголовное право. Именно оно и должно определять стратегию и тактику политической борьбы за уголовное право.

Методика анализа стратегии и тактики политической борьбы. По ряду причин наличие такой борьбы уголовно-правовой мыслью не замечается, а следовательно, и не изучается. Предполагается, что существует единая, в своей основе правильная, политика, а все остальное — либо отклоняющиеся, неверные позиции, либо даже просто криминогенные явления общественного сознания. Как уже отмечалось, это — иллюзия на теоретическом уровне и ошибочное поведение на практике. Кроме того, политический характер противостояния нередко скрыт, и на поверхности ведется борьба — как будто бы за оптимизацию достижения одной и той же цели.

¹ Журнал «Деньги». 2010. № 15. С. 40.

Методика анализа политической борьбы является частью или направлением адаптированной к соответствующим задачам методики выявления и разрешения социальных конфликтов. Ее специфика выявляется в практической сфере путем фиксации и оценки существующих в обществе разногласий, препятствий к решению проблем уголовного права, блокирования принимаемых решений и пр.

До перехода на методический уровень стоит попытаться описать реальное состояние политической борьбы вокруг такого острого вопроса, как применение смертной казни. Как известно, она реально существует отнюдь не только в России, но и в тех странах, где эта проблема кажется решенной.

Можно обратить внимание на время, в течение которого продолжается конфликт, его территориальный размах, количество участников, индивидов и институтов, четкое определение позиций, использование огромного объема самых различных аргументов, эмоциональную напряженность и интенсивность отстаивания своих позиций, развитость лоббизма, обеспечившего блокирование международных обязательств России. Все это ярко описывается в многочисленных публикациях, но для специалиста важен результат. Противники отмены смертной казни смогли, возможно временно, но заблокировать отмену смертной казни.

Еще один пример. Борьба вокруг решения об отмене конфискации как вида наказания. Течение этого конфликта было менее эмоциональным, в нем наиболее активно участвовали специалисты в области уголовного права. В ходе конфликта противники отмены конфискации неоднократно выступали в СМИ, обращались в различные властные структуры, вплоть до высших, использовали различные аргументы, исключая ссылки на статистику или конкретно-социологические исследования¹.

В итоге конфискация имущества была возвращена в УК РФ, хотя и как иная мера уголовно-правового характера. Таким образом, политическая борьба против решений государственной власти далеко не всегда бывает безуспешной, ее внешняя сторона выявляется относительно легко. Труднее складывается положение с выявлением субъективной стороны этих процессов. Сложно

¹ См. об этом среди многих публикаций под рубрикой «Полемика»: Михайлов В. Конфискация и качество аргументов «за» и «против» ее включения в уголовный закон // Финансы. Экономика. Безопасность. 2005. № 8. С. 31–41.

определить цели борьбы за смертную казнь и конфискацию. Для этого необходимы более глубокие исследования.

Содержание процессов политической борьбы. В его структуре можно выделить: а) объективные и субъективные, внутренние и внешние факторы, соотносимые с основаниями и поводами возникновения политической борьбы, ее целями и применяемыми средствами; б) позиции, которые являются предметом борьбы; в) субъектов политической борьбы; г) применяемые средства, технологии, их тенденции и эффективность; д) состояние получающей в обществе поддержки и другие элементы. При этом политическая борьба должна осуществляться легальными средствами, профессионально, на основе специальных политических технологий и без этого.

Можно надеяться, что такой подход будет полезен для дальнейшей адаптационной модернизации уголовного закона.

ГЛАВА 14

ПРОБЛЕМЫ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА В СФЕРЕ УГОЛОВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА И ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ

Наумов А.В., доктор юридических наук, профессор

В 2011 году в некоторых субъектах Российской Федерации (в частности, в Пензенской, Ульяновской, Рязанской областях) были возбуждены уголовные дела (а в ряде — вынесены постановления о привлечении в качестве обвиняемого) в отношении предпринимателей, осуществляющих поставку томографов для местных медицинских учреждений. Все эти преступления (с точки зрения следствия) были квалифицированы как мошенничество при особо отягчающих обстоятельствах по ч. 4 ст. 159 УК РФ¹. Формулировка обвинения сводилась к тому, что обвиняемые либо лица, в отношении которых возбуждалось уголовное дело, будучи поставщиками компьютерных и магнитно-резонансных томографов министерствам здравоохранения указанных областей, якобы ввели в заблуждение должностных лиц этих ведомств относительно реальной стоимости поставляемого ими медицинского оборудования, существенно завысив ее и тем самым причинив ущерб субъектам Российской Федерации, так как оплата таких томографов производилась за счет их (субъектов Федерации) бюджетных средств. То есть обвинение исходило из классического для советских времен правила о том, что, купив товар по одной цене и перепродав его по повышенной цене, лицо совершают преступление. Правда, не обнаружив в Уголовном кодексе Российской Федерации статьи о спекуляции (в отличие от запомнившейся ст. 154 УК РСФСР), следствие «осовременило» понимание уголовно наказуемой спекуляции, квалифицировав ее по ч. 4 ст. 159 УК РФ.

¹ В основу статьи положены постановления следователя о привлечении в качестве обвиняемого (Пензенская и Ульяновская области) и постановление о возбуждении уголовного дела и принятии к своему производству (Рязанская область), представленные автору в числе других материалов адвокатами, осуществлявшими защиту соответствующих лиц, для дачи научно-практического заключения по вопросу квалификации совершенных их подзащитными действий.

Разумеется, такая позиция следствия грубо противоречит, во-первых, современной экономической теории, во-вторых, гражданскому законодательству (ГК РФ), в-третьих, уголовному законодательству (УК РФ) и, в-четвертых, уголовно-процессуальному законодательству (УПК РФ).

Дело в том, что современная экономическая теория отрицает понятие какой-либо фиксированной рыночной цены, и таковой в условиях рынка попросту не существует. Не может быть цены ни ниже, ни выше рыночной. В этом суть рынка. Общим условием функционирования свободного рынка выступает свободное ценообразование. Свободные цены — это своего рода «сердце» рыночной системы, «характерной чертой рыночной экономики является *множественность* (курсив мой. — А.Н.) цен на одну и ту же продукцию»¹. Именно на таком понимании ценообразования построен Гражданский кодекс Российской Федерации. В соответствии со ст. 424 ГК РФ цена любого возмездного договора устанавливается соглашением сторон. И ничем другим. Только соглашением. Применительно к договору купли-продажи это конкретизировано в ст. 485 ГК: «Покупатель обязан оплатить товар по цене, предусмотренной договором купли-продажи». Применительно к договору поставки (в том числе и для государственных или муниципальных нужд) — в ст.ст. 506, 516 и 532 ГК РФ. Данные нормы гражданского права вытекают из ст. 8 Конституции Российской Федерации («В Российской Федерации гарантируются единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержка конкуренции, *свобода экономической деятельности*») и являются, по сути, конкретизацией и определенной гарантией последней.

Именно в этом заключается *ключевая* ошибка следствия по делам о томографах, полагающего, что получение разницы между ценой производителя и ценой поставщика есть необходимое основание для квалификации действий поставщиков как преступления — мошенничества.

Понятие мошенничества дается в ч. 1 ст. 159 УК РФ, в которой под мошенничеством понимается «хищение чужого имущества или приобретение права на чужое имущество путем обмана или злоупотребления доверием». Содержание этого уголовно-правового

¹ Экономика. Учебник / под ред. А.И. Архипова и А.К. Большакова. М., 2009. С. 227. См. также: Современная экономика. Лекционный курс. Многоуровневое учебное пособие / под ред. О.Ю. Мамедова. Ростов-на-Дону, 2004. С.63—64.

запрета конкретизируется в постановлении № 51 Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 27 декабря 2007 г. «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении или растрате». Так, в пункте 1 этого постановления разъясняется: «В отличие от других форм хищения, предусмотренных главой 21 Уголовного кодекса Российской Федерации, мошенничество совершается путем обмана или злоупотребления доверием, под воздействием которых владелец имущества или иное лицо либо уполномоченный орган власти передает имущество или право на него другим лицам либо не препятствует изъятию этого имущества или приобретению права на него другими лицами»¹. То есть *основным* для квалификации признаком данного состава преступления является его *способ* (обман либо злоупотребление доверием). В рассматриваемых делах в постановлении о привлечении Б. к уголовной ответственности этот признак (обман) связывается с тем, что тот, будучи поставщиком компьютерных и магнитно-резонансных томографов для медицинских учреждений Министерства здравоохранения Ульяновской области, якобы (с помощью должностных лиц этого министерства) искусственно многократно увеличил стоимость поставленного медицинского оборудования (томографов).

При этом обвинение выстраивает целую цепочку преступных, по его мнению, действий, которые в действительности таковыми не являются, а представляют собой разновидность разрешенных гражданским законодательством сделок. Рассмотрим их в отдельности.

Одна из первых таких сделок связана с определением начальной (максимальной) цены лота на аукционе, а также с составлением документации об аукционе на поставку томографов и размещением ее на официальном сайте в интернете. «Преступные» действия лично Б. начинаются с того, что тот, будучи генеральным директором и собственником медицинской компании, создал организованную преступную группу и руководил ею. В эту группу кроме него входили руководители (в том числе «неустановленные») других участвующих в поставке томографов компаний, а также «неустановленные» должностные лица областного Министерства здравоохранения Ульяновской области. Целью «преступной организации» во главе с обвиняемым, как это утверждается в постановлении о привлечении в качестве обвиняемого, является «обманное получение от уполномоченных государственных

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2008. № 2. С. 3.

органов через подконтрольные ему и другим членам организованной преступной группы юридические лица с использованием фиктивных документов, изготовленных организованной преступной группой лиц для искусственного *многократного* (курсив мой. — *A.H.*) увеличения стоимости медицинского оборудования посредством документального оформления фиктивных сделок купли-продажи», «в свое распоряжение денежных средств, выделенных на закупку... рентгеновского компьютерного томографа». Следующий этап — приобретение (на выделенные по госконтракту государственные бюджетные средства) указанного томографа у производителя медицинского оборудования и, наконец, «присвоение разницы между отпускной стоимостью закупленного у производителя на государственные бюджетные средства медицинского оборудования и суммой, которая будет передана собственником имущества на приобретение медицинского оборудования в рамках государственного контракта». Вроде бы «преступнее» сделки не может быть. Вот только именно «вроде», а не на самом деле. Рассмотрим правовой (или противоправный, по мнению обвинения) характер указанных сделок.

Обвиняемый создал «дочернюю» фирму, через которую осуществлялась поставка томографов. Что же тут преступного? Ничего. Обычная гражданско-правовая сделка, регулируемая ст. 105 ГК РФ. В этой статье все прописано. В том числе и то, что «основное общество (товарищество), которое имеет право давать дочернему обществу, в том числе по договору с ним, обязательные для него указания, отвечает солидарно с дочерним обществом по сделкам, заключенным последним во исполнение таких указаний». При этом сделка по поставке компьютерных томографов полностью вписывается в разновидность деятельности указанной дочерней компании, предусмотренной ее уставом. Это — во-первых. А во-вторых, эта дочерняя компания была создана (что подтверждается выпиской из Единого государственного реестра юридических лиц) почти за *шесть* (!) лет до совершения сделки по поставке злополучного томографа. Нужно иметь слишком «большую фантазию», чтобы вменить совершение этих сделок как часть создания организованной преступной группы. К тому же, видимо, «с потолка» обвинение взяло и предполагаемую сумму наживы — «многократное увеличение стоимости медицинского оборудования». Продажная цена не превышала цену производителя даже в 1,5 раза. Сделки же, в которой эти цены совпадали бы, в рыночной экономике невозможны (если, конечно, продавец «не выжил

из ума»). И в этом случае цифра, получившаяся в результате арифметического вычитания из полученной поставщиком цены томографов, — около 0,5 млн рублей — это вовсе не прибыль, так как в нее входят и обычные расходы, связанные с реализацией договора поставки (купли-продажи). Как уже отмечалось, в советском уголовном праве распространенный в те времена состав спекуляции означал скupку и перепродажу товаров с целью наживы. В рыночной экономике цель наживы является прописанной в гражданском законодательстве (ч. 1 ст. 50 ГК РФ) *правомерной* целью деятельности любой коммерческой организации.

Грубым нарушением уголовного законодательства являются фактически сфальсифицированные обвинением и вменяемые обвиняемым суммы якобы причиненного ими в результате «мошенничества» ущерба. И дело здесь не только в том, что из этой суммы не вычитается размер понесенных поставщиками затрат. Не только и не столько в этом. А совершенно в другом. Потраченные бюджетные средства исчисляются следствием в размере выплаченных министерствами здравоохранения соответствующих областей сумм за поставку томографов. И это было бы в какой-то мере правильным, если бы томографы не были поставлены. Но ведь они были поставлены поставщиками и используются медицинскими учреждениями по назначению. Так на каком основании эти томографы считаются похищенными? В этих случаях следствие не приняло во внимание требование уголовного закона о необходимом признаке объективной стороны хищения чужого имущества. В соответствии с примечанием 1 к ст. 158 УК РФ под хищением чужого имущества, в том числе и путем мошенничества, понимается «безвозмездное изъятие и (или) обращение чужого имущества в пользу виновного или других лиц, причинившие ущерб собственнику или иному владельцу этого имущества». Следствие «забыло», что взамен полученных бюджетных средств поставщики предоставили не мифические, а настоящие томографы. И, следовательно, ни о какой «безвозмездности» речь не идет. А нет безвозмездности — нет и самого хищения. И из понесенных министерствами здравоохранения субъектов федерации затрат следовало хотя бы вычесть стоимость полученных ими томографов. Это одновременно является и грубым нарушением положения п. 4 ч. 1 ст. 73 УПК РФ о том, что при производстве по уголовному делу подлежат доказыванию, в том числе «характер и размер вреда, причиненного преступлением», так как стоимость поставленных томографов включена в понесенные министерствами здравоохранения субъектов

федерации расходы (подобная ошибка, по мнению автора, непростильна даже для студентов юридических вузов).

В одном из постановлений о привлечении в качестве обвиняемого (речь идет о том же обвиняемом Б.) следствие в доказательство преступности его действий ссылается на то, что цена, по которой было реализовано указанное медицинское оборудование (томографы), противоречит Концепции системы планирования выездных налоговых проверок, утвержденной приказом Федеральной налоговой службы от 30.05.2007 г. (с последующими изменениями), на что обращалось внимание и в заключении эксперта. Однако такая ссылка является некорректной и, соответственно, незаконной. Целевое назначение указанной Концепции является строго определенным. Она предназначена (как говорится в самой Концепции) для «создания единой системы планирования выездных налоговых проверок, повышения налоговой дисциплины и грамотности налогоплательщиков, а также совершенствования организации работы налоговых органов при реализации полномочий в отношениях, регулируемых законодательством о налогах и сборах, представленных *Налоговым кодексом Российской Федерации*». Следовательно, к решению вопроса о наличии или отсутствии в действиях обвиняемого состава преступления (мошенничества) это не имеет никакого отношения.

Можно указать и еще на одно нарушение следствием уголовного и уголовно-процессуального законодательства при квалификации сделок по поставкам томографов. Вывод следствия о наличии в таких действиях состава мошенничества при особо отягчающих обстоятельствах противоречит основополагающим положениям уголовного права. Согласно ст. 8 УК РФ «основанием уголовной ответственности является совершение деяния, содержащего все признаки состава преступления, предусмотренного настоящим Кодексом».

Мошенничество (ст.159 УК РФ) — это, как известно, умышленное преступление, причем как и любое хищение, совершающееся с *прямыми* умыслом (в Примечании 1 к ст.158 УК в качестве обязательного признака указывается на корыстную цель хищения). Статья 8 УК РФ об основаниях уголовной ответственности корреспондирует статья 73 УПК РФ об обстоятельствах, подлежащих доказыванию. В соответствии с п. 2 ч. 1 этой же статьи предметом доказывания по уголовному делу (любому) являются в том числе и виновность лица в совершении преступления, а также и форма его вины. В связи с этим обвинение в совершении обвиняемыми мошенничества противоречит данной статье УПК РФ. Никаких

доказательств наличия в действиях обвиняемых прямого умысла на совершение преступного мошенничества в постановлениях о привлечении поставщиков томографов в качестве обвиняемых не содержится. Формулировка же некоторых постановлений касательно того, что уполномоченные органы власти субъектов Федерации (то есть областные министерства здравоохранения) оказались «под воздействием обмана» относительно фактической стоимости реализуемого медицинского оборудования, является попросту несерьезной. Что это за покупатель, для которого безразлична хотя бы примерная фактическая стоимость приобретаемого имущества?

Ч. 4 ст. 302 УПК РФ говорит о том, что «обвинительный приговор не может быть основан на предположениях». И хотя эта статья УПК сформулирована законодателем применительно к вынесению судебного приговора, очевидно, что привлечение лица к уголовной ответственности должно учитывать обозначенную уголовно-процессуальным законом судебную перспективу обвинения.

Есть и еще один довод против оценки действий обвиняемых по делам «о томографах» как преступных. С дохода от совершенной сделки они выплатили полагающиеся налоги. Азбучной истиной является то, что налоги взимаются лишь с законной деятельности, в том числе предпринимательской (с преступной деятельности налоги, разумеется, не уплачиваются).

Нелепым выглядит и признание следствием преступными действиями по приобретению томографов с целью их последующей перепродажи. В частности, как уже отмечалось, с точки зрения обвинения имелся «говор» (разумеется, «преступный») с неустановленными следствием лицами определенных компаний, основных и «дочерних». Фирмы эти являются донельзя «преступными», так как, по мнению следствия, занимаются: осуществлением внешнеэкономической деятельности, импортом и экспортом товаров (работ, услуг), техническим обслуживанием медицинской техники, производством медицинской диагностической и терапевтической аппаратуры, предоставлением услуг по монтажу, ремонту и техническому обслуживанию аппаратуры, оптовой торговлей фармацевтическим и ортопедическими изделиями, розничной торговлей медицинскими товарами, консультированием по вопросам коммерческой деятельности и управления, консультированием по вопросам финансового посредничества, исследованием конъюнктуры рынка. Обвинению криминал здесь видится в том, что томограф приобретался у компании по отпускной цене производителя, а поставлялся (продавался) по другой, превышающей

этую цену. Как было уже отмечено, если бы эти цены были одинаковы, то рыночной экономики не существовало бы, и, поскольку Гражданский кодекс Российской Федерации — это кодекс именно экономики рыночной, он провозглашает цель наживы при ведении предпринимательской деятельности, в том числе и при купле-продаже (поставке), правомерной.

И уж совсем наивным выглядит следующее утверждение, сформулированное, например, в одном из постановлений о привлечении в качестве обвиняемого: «Для достижения преступных целей организованная группа использовала содействие *неустановленных* должностных лиц Министерства здравоохранения области». Если таковые есть, то в чем же трудности их установления? Ведь не в космосе же и не на Каймановых островах трудятся эти сотрудники областного министерства?

Все до единого действия, вменяемые обвиняемым, представляют собой разрешенные гражданским законодательством сделки. Обвинение искусственно делает их преступными, объединяя якобы преступной целью. Вот только никаких правдоподобных доказательств этому следствие не удосужилось предъявить. Это, в частности, относится и к проведению аукционов на поставку томографов, и к таможенным операциям, связанным с перемещением этого товара через таможенную границу. В якобы преступные действия они превращаются путем оценки их изначально как фиктивных, а раз фиктивных — соответственно как совершенных с целью мошенничества. Все действия, связанные с открытыми аукционами по размещению контракта на поставку томографов и на право их поставки, а также заключение необходимых государственных контрактов совершились с соблюдением необходимых для этого правил, в соответствии с Федеральным законом № 94-ФЗ от 21 июля 2005 г. «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» и договорами, заключенными между Министерством здравоохранения и социального развития Российской Федерации и правительствами субъектов Федерации о реализации мероприятий, направленных на совершенствование организации приобретения указанных томографов для медицинских учреждений. То же самое касается и процедуры таможенного прохождения предмета поставки (купли-продажи) — данных томографов, которые были произведены в точном соответствии с таможенным законодательством.

Действия, совершенные обвиняемыми и выразившиеся в поставке указанного медицинского оборудования на основе участия

в конкурсах на право заключить соответствующий государственный контракт с министерствами здравоохранения субъектов Федерации, вписываются в разновидность гражданско-правовой сделки. К ним вполне применимы нормы ГК РФ о сделках, в том числе и о признании их недействительными (например, статьи 166—169, 178—180, 506, 509, 513, 525—529, 532). И в этом случае позиция обвинения заключается в смешении сфер правового регулирования, а именно сфер уголовного и гражданского права. Разумеется, как уже отмечалось, что суд (и только суд) при условии доказанности может признать эти сделки недействительными. Но только в рамках гражданского процесса.

Следует отметить и причины указанной настойчивости следствия по поводу реализации своих представлений в части понимания им важнейших признаков хищения в условиях рыночной экономики (например, той же безвозмездности) и изобретения им вопреки требованиям УК РФ (например, ч. 1 ст. 3) такого источника уголовного права, как указания президента РФ. Дело в том, что едва ли не в основу постановления о привлечении в качестве обвиняемого (Ульяновская область) положена ссылка на позицию в этом вопросе президента Д.А. Медведева, высказанную им 10.08.2010 г. при заслушивании доклада руководителя Контрольного управления президента РФ, подготовленного по итогам проверки эффективности расходования бюджетных средств на приобретение медицинской техники. Так, в постановлении о привлечении Б. к уголовной ответственности позиция президента РФ отражена следующим образом: «Президент Российской Федерации... публично указал на то, что реализация государству коммерческими организациями, в том числе фирмами-посредниками, компьютерных томографов и другого высокотехнологичного медицинского оборудования по завышенным ценам, отличающимся от цен производителей, является воровством государственных средств». Эта же интерпретация повторяется в данном постановлении еще раз: «Ранее президент Российской Федерации уже обращал внимание на недопустимость продажи государству медицинского оборудования по завышенным ценам, указав 10.08.2010 на то, что реализация государству коммерческими организациями, в том числе фирмами-посредниками, компьютерных томографов и другого высокотехнологичного медицинского оборудования по завышенным ценам, отличающимся от цен производителей, является воровством государственных средств».

«Дьявол», как известно, кроется *в деталях*. Так вот, указанные цитаты из постановления о привлечении лица в качестве обвиняе-

мого грубо искажают фактическое содержание действительных слов президента РФ насчет уголовно-правовой оценки соответствующих сделок по поставке томографов. Да, президент действительно говорил о том, что завышенные закупочные цены на томографы являются «воровством государственных денег», и поручил прокуратуре и Следственному комитету (в ту пору — при прокуратуре) расследовать обстоятельства и привлечь к ответственности должностных лиц, причастных к таким махинациям. Весь вопрос в том, что он *понимал* под «занышенными закупочными ценами» на томографы? Свою правовую оценку создавшейся ситуации он сделал в связи с получением информации от главы Контрольного управления администрации президента К. Чуйченко о том, что в отдельных регионах закупочные цены на томографы в 2,5—3 раза превышают цены производителей, что достаточно четко отражено в размещенной в интернете информации¹. В постановлении о привлечении Б. к уголовной ответственности указывается (в нескольких местах), что фактическая стоимость поставленного им томографа составила 915 тысяч долларов США, а ее покупная цена, реализованная поставщиком, — 44 млн 600 тысяч рублей. Если эти цены сравнивать в одной валюте (либо в долларах США, либо в рублях), то разница между ценой производителя и закупочной ценой не дотягивает даже до полуторакратного размера (а с учетом произведенных затрат согласно никем не опровергнутой справке маржинальная прибыль по сделке составляла для компании 12,8 процента). То есть президент РФ имел в виду совершенно другую ситуацию, и его слова к рассматриваемому уголовному делу никак не относятся. Поражает лишь то, что следствие пытается обосновать свою уголовно-правовую квалификацию содеянного ссылкой на слова президента. С марта 1953 года такого в отечественном уголовном судопроизводстве еще не встречалось и, слава богу, мнение руководителя государства (ни при Хрущеве, ни при Брежневе, ни при Черненко, ни при Горбачеве) не превращалось в официальный нормативный источник уголовного права.

Конечно, услужливые «жрецы Фемиды» в советские времена, в том числе и в хрущевскую «оттепель», были политически «ответственны» и «прогибались» в соответствии с линией партии и установкой вождя. Но делалось это не так грубо, как в Ульяновске. Так, например, главный прокурор страны А.Я. Вышинский

¹ См.: www.kremlin.ru/news/8614; finam.fm/news/67855; www.interfax-russia.ru/print.asp?id=166184&type=view.

любил в своих обвинительных речах по знаменитым политическим процессам (сфабрикованным) «ввернуть» либо цитаты из Сталина, либо ссылку на него. Например: «Три тому года назад товарищ Сталин не только предсказал неизбежность сопротивления делу социализма враждебных ему элементов, но предсказал возможность оживления троцкистских контрреволюционных групп. Этот процесс полностью и отчетливо доказал всю гениальность этого предсказания»¹. Но даже в те страшные для правосудия времена указания вождя не включались в указанных процессах в официальные документы следствия и суда. Известно, что по инициативе Хрущева, вопреки действовавшему тогда уголовному закону, была применена обратная сила более строгого уголовного закона. В результате главные фигуранты по конкретному делу о спекуляции валютными ценностями были расстреляны. Но и в этом случае установка руководителя КПСС не вошла ни в обвинительное заключение, ни в судебный приговор по уголовному делу. До этого тогдашняя советская юстиция (в отличие от ульяновских следователей образца 2011 года) не додумалась.

Президент России², будучи юристом по профессии и в прошлом — преподавателем университета, не толковал и не мог толковать как преступление *любое* превышение закупочных цен, поскольку это противоречит *элементарным* положениям (основам) как современной экономической теории, так и российскому гражданскому законодательству.

При оценке фактов, подобных инкриминируемым обвиняемым по делам о поставках томографов, вполне естественно возникает вопрос о компенсации вреда, причиненного государству (в случаях, когда бюджетные средства израсходованы неправильно, например, действительно со значительной переплатой за определенные товары или услуги). Для этого существуют по-настоящему законные основания и возможности. Во-первых, как уже отмечалось, это возможно путем признания соответствующих сделок недействительными в рамках гражданского судопроизводства. Во-вторых, в отличие от искусственно созданного «кriminala» (мошенничества), якобы совершенного в рамках разрешенной предпринимательской деятельности, в действиях чиновников, заключивших невыгодный для государства (бюджета) договор (при отсутствии доказательств их корыстной заинтересованности),

¹ Вышинский А.Я. Судебные речи. М., 1948. С. 370.

² Глава был написана до президентских выборов 2012 года. — *Прим. ред.*

четко просматривается такой состав преступления, как халатность (ст. 293 УК РФ). Задача, легко решаемая даже для студента юридического вуза. Объект преступления — интересы государственной службы. Объективная сторона: 1) бездействие, то есть неисполнение или ненадлежащее исполнение должностным лицом своих обязанностей вследствие недобросовестного отношения к службе; 2) последствие — причинение крупного ущерба; 3) причинная связь между указанными действиями и последствиями. Субъект — должностные лица соответствующих министерств здравоохранения, заключившие рассматриваемые договоры. Субъективная сторона — неосторожная вина в виде небрежности. Субъекты не предвидели возможности наступления общественно опасных последствий своего бездействия, хотя при необходимой внимательности и предусмотрительности должны были и могли предвидеть эти последствия (разумеется, что при установлении умышленной вины будет просматриваться иная квалификация содеянного). И затем — гражданский иск в уголовном процессе (ст. 44 УПК РФ). В этом случае каждый получит «свое». Коммерсант, если он совершил недействительную сделку, вернет «переплаченные» ему деньги. Чиновник, допустивший это, будет наказан. А государство вернет в бюджет бездарно потраченные чиновниками средства для обращения их по назначению — приобретению необходимого для диагностики и лечения больных медицинского оборудования.

ГЛАВА 15

ПРОБЛЕМА ИЗЛИШНЕЙ КРИМИНАЛИЗАЦИИ¹

Р.Л. Торнбург, юрист международной юридической фирмы «K&L Gates LLP» (г. Вашингтон, округ Колумбия, США), с 1988 по 1991 г. — генеральный прокурор США, с 1992 по 1993 г. — заместитель генерального секретаря ООН

Наиболее серьезные санкции в отношении правонарушителей и в американской, и в российской правовой системах оставлены для уголовного права. Недавно в обеих странах была выражена озабоченность проблемой излишней криминализации. В ходе своей карьеры я работал в уголовных расследованиях и судебных процессах по обе стороны барьера — многие годы в качестве федерального прокурора, а недавно — в качестве адвоката защиты в разбирательстве против Министерства юстиции Соединенных Штатов. Это, по моему мнению, дает мне возможность сбалансированно взглянуть на сегодняшнюю систему уголовного правосудия и, может, я надеюсь, представить определенный взгляд изнутри и предложить некоторые идеи в отношении борьбы с этой растущей проблемой излишней криминализации. В результате серьезных корпоративных скандалов, наблюдавшихся в нашей стране в последние годы, а также недавнего финансового кризиса внимание общественности в особенности сконцентрировано на потенциальных уголовных санкциях в отношении правонарушителей из делового и финансового сообществ. Поэтому сейчас особенно подходящее время, чтобы оценить влияние нашего уголовного законодательства и подумать о предложениях о реформе в этих областях.

Проблема избыточной криминализации действительно является одной из тех, по которым могут достичь соглашения очень разные слои населения, — примером тому служит широкая поддержка реформ такими разными американскими группами как «Heritage Foundation», «Washington Legal Foundation», Национальная ассоциация адвокатов-криминалистов, Американская ассоциация юристов, Институт Катона, Общество федералистов

¹ Настоящая глава основана на выступлении Р.Л. Торнбурга в «Heritage Foundation» 06.10.2010.

и Американский союз гражданских свобод. Все эти группы имеют общую цель: установление уголовных составов, наказывающих за реальные преступные деяния, не пытаясь криминализировать действия, с которыми лучше бороться посредством гражданских или регуляторных мер.

I

Уголовная санкция является уникальной в американском законодательстве, и сопровождающие эту санкцию позор, общественное осуждение и потенциальное лишение свободы требуют, я полагаю, чтобы она использовалась, только когда имеются специфические психическое состояние и поведение.

Чтобы обозначить общую картину, можно кратко вспомнить некоторые основополагающие принципы уголовного права. Классическое уголовное право включает в себя различные деяния, которые могут приводить или не приводить к определенным результатам, а также психические состояния, указывающие на волю или осведомленность действующего лица. Эти факторы известны как требования преступного умысла и преступного действия или «злого намерения и злого поступка». Большинство работ, нацеленных на кодификацию права в юрисдикциях общего права (common law), используют различные вариации требуемых психических состояний — обычно описывающие цель, осведомленность, безответственное безразличие в отношении последствий и, в некоторых случаях, отсутствие оценки риска вследствие небрежности.

Что касается того, что сегодня известно как «избыточная криминализация», возражения сконцентрированы на тех правонарушениях, которые выходят за пределы этих традиционных, фундаментальных принципов и основаны более на том, что исторически было гражданскими или административными (regulatory) правонарушениями, совершаемыми в отсутствие психических состояний, требуемых для уголовного осуждения. Причина этого очевидна: в отсутствие четкого требования преступного умысла граждане не могут быть в состоянии вести себя так, чтобы быть уверенными в соблюдении закона, и многие могут быть привлечены к уголовной ответственности за деяния, не связанные с противозаконными намерениями (wrongful intent). Такая «жесткая» ответственность в уголовном преследовании имеет давнюю историю — как говорят, почти три тысячи лет назад китайский

император принял указ о том, что губернатор провинции, допустивший землетрясение на территории провинции, совершает уголовное преступление, караемое смертной казнью. Наш правящий Конгресс не зашел так далеко... пока!

Однако наш Конгресс не очень сдержан. В недавнем докладе Общества федералистов говорится, что федеральные законы предусматривают свыше 100 различных терминов, определяющих требуемое психическое состояние, при котором может быть совершено правонарушение, а в докладе «Heritage Foundation» утверждается, что 17 из 91 федерального уголовного состава, установленных в период с 2000 по 2007 год, *вообще не имели требования преступного умысла*. Подобные тенденции не могут продолжаться, и предлагаемая законодательная реформа, характер которой предполагает по умолчанию обязательное наличие преступного умысла, если закон его не требует, заслуживает рассмотрения.

II

Более того, ситуация усложняется еще и тем, что мы также страдаем и от избытка уголовных составов в нашей стране. Многие ученые и Министерство юстиции пытались подсчитать общее количество федеральных составов, но смогли дать только грубую оценку. По существующим «оценкам» имеется потрясающее количество составов — 4450, и ожидается, что их количество в предстоящие годы каждый год будет увеличиваться на 500. Если ученые-юристы и само Министерство юстиции не могут точно подсчитать количество федеральных составов, как мы можем ожидать осведомленности о них от рядовых американцев? Один специалист в области уголовного права заявил, что мы больше не можем с уверенностью повторять давнюю аксиому, что «незнание закона не освобождает от ответственности», поскольку средний американец на самом деле не может знать, сколько уголовных законов существует. Именно поэтому, как сказал мой друг и коллега, бывший генеральный прокурор Эд Мис, «избыточная криминализация должна вызывать озабоченность у каждого американца — и как гражданина, и как потенциального обвиняемого».

Хотя я, наверное, мог бы потратить все отведенное мне время, цитируя часто упоминаемые абсолютно абсурдные примеры избыточной криминализации на федеральном уровне, такие как несанкционированное использование символов Службы леса

США — «Медведя Смоки» или «Совы Вудзи» и ее девиза «Прояви заботу — не загрязняй природу!», ношение формы почтовых работников в театральных постановках, дискредитирующих почтовую службу, или даже менее известный, но не менее абсурдный запрет на «умышленное повреждение куста» или раковины в любом общественном здании, на участке земли или в парке Округа Колумбия, вне зависимости от степени абсурдности опасность избыточной криминализации за более серьезные правонарушения является реальной и затрагивает реальных людей.

Не поймите меня неправильно — когда люди совершают преступления, они должны нести ответственность и соответствующее наказание. Однако грань того, какие деяния образуют состав преступления, в особенности в том, что касается экономических преступлений, размыта, и эту грань нужно заново определить и провести. В частности, в бизнес-сфере избыточная широта уголовного закона может приводить практически к параноидальной корпоративной культуре, когда человек вынужден постоянно оглядываться в поисках «длинной руки закона» и бояться, не будет ли добросовестное бизнес-решение истолковано амбициозным прокурором как преступление. Наверное, даже более значимым является влияние на корпоративные инновации — если идея или концепция является новой или отличается от прежних моделей, корпорация может ее задушить из-за озабоченности в отношении потенциальных уголовных санкций. Такое удушение может сделать некоторые корпорации неконкурентоспособными на мировом рынке только для того, чтобы обеспечить соблюдение внутреннего законодательства, — воистину «пиррова победа».

Не радующим побочным продуктом этого перегиба является тот факт, что Конгресс фактически делегировал часть своих важных полномочий по регулированию преступности в стране федеральным прокурорам, которым дана исключительная свобода усмотрения при толковании федеральных составов, и не всегда с четкими мотивами или намерениями. Как метко заметил один из комментаторов: «Говоря прямо, рядовые полицейские не становятся специалистами по расследованию убийств, помогая ста-рушкам перейти дорогу, а окружные прокуроры не избираются на следующий срок, когда закрывают дела или отмахиваются от оправдательных приговоров». Однако какая-то надежда, вероятно, есть — в недавнем интервью газете «Financial Times» федеральный прокурор Южного округа штата Нью-Йорк, объявляя о создании в его юрисдикции «подразделения по гражданскому

правоприменению»¹, ответил на мнение об отсутствии уголовных дел в результате финансового кризиса, просто заявив, что «не каждое дело является уголовным». Будем надеяться, что другие федеральные прокуроры обратят на это внимание.

III

Потрясающим примером избыточной криминализации является статья о почтовом и телеграфном мошенничестве «хищение честных услуг», Титул 18 Кодекса законов США, §1346, который недавно был рассмотрен Верховным судом в своих «громких» решениях «Соединенные Штаты против Скиллинга» и «Соединенные Штаты против Блэка». Это положение подверглось проверке из-за его распространения с традиционных дел о коррупции в органах государственной власти на действия частных лиц в бизнесе или промышленности, которые считаются преступными практически исключительно по усмотрению конкретного прокурора, расследующего дело, что сделало его практически положением о «моральном компасе». Верховный суд отверг расширительное толкование правительством этого положения по причине расплывчатости и вернул его к его основной цели — преследование схем, связанных с получением откатов и взяток. Что интересно, суд пошел на шаг дальше и прямо предостерег Конгресс от создания других подобных статей, заявив, что «нужно использовать стандарты достаточной определенности и конкретности для преодоления озабоченности в отношении норм отправления правосудия». Еще одно заслуживающее одобрения решение было вынесено недавно федеральным окружным судьей, когда он закрыл дело и напомнил правительству о назначении суда: «Суд не является арбитром в отношении морали, экономики или деятельности корпораций. Он является арбитром в области права». Это говорит о возврате к верховенству права, который можно только приветствовать.

¹ Имеется в виду подразделение «Civil Enforcement Unit», которое, несмотря на название, в действительности занимается преследованием преступности и административных правонарушений — таких, как нарушение правил обращения с огнестрельным оружием, вождение в состоянии алкогольного опьянения, оборот наркотиков, уличная проституция, подделка торговых марок, автопреступления, азартные игры (см.: http://www.nyc.gov/html/nypd/html/legal_matters/dclm_civil_enforcement_unit.shtml). — *Прим. ред.*

IV

Как я уже сказал, вопрос избыточной криминализации особенно остро стоит в области экономических преступлений. В 1909 году Верховный суд по делу о регламентировании работы железной дороги постановил, что корпорация может быть привлечена к уголовной ответственности за действия своих сотрудников на основании теории гражданского деликтного права, известной как «*respondeat superior*» или, говоря неюридическим языком, «начальник должен нести ответственность», то есть работодатель отвечает за действия своих сотрудников в ходе их работы.

После 1909 года компании также регулярно признавались несущими уголовную ответственность за действия своих сотрудников. В недавнем прошлом одним из самых значимых дел является печально известное дело компании «Arthur Andersen», когда компания фактически получила смертный приговор в результате действий некоторых своих сотрудников в течение ограниченного периода времени. Как показывает данное дело, этот вопрос не имеет отношения к партийным взглядам — дело в отношении «Arthur Andersen» рассматривалось при республиканской администрации.

В 2007 году я выступал с речью по поводу избыточной криминализации в Джорджтаунском центре права. Я упомянул дело «Arthur Andersen» и вспомнил политическую карикатуру, опубликованную после отмены Верховным судом обвинительного приговора в отношении компании, на которой человек в судейской мантии стоит перед могилой «Arthur Andersen» и говорит: «Ой, извините». Это извинение не вернуло работу тысячам партнеров и сотрудников этой компании. Это просто не может повториться, и для обеспечения того, что в будущем подобных судебных ошибок не будет, нужна реформа.

V

Что можно сделать, чтобы сдержать эти злоупотребления? У меня есть как долгосрочные предложения, так и краткосрочные. Во-первых, я уже много лет выступаю за принятие настоящего Федерального уголовного кодекса. Хотя это, может быть, не первое, что приходит в голову при анализе предметов озабоченности в отношении системы уголовного правосудия, это — важная мера, которая должна быть предпринята безотлагательно. Как я уже говорил, сейчас имеется около 4450 или больше отдельных

установлений — мешанина, разбросанная по 50 различным титулам Кодекса законов США без какого-либо намека на последовательную организацию. Как отметил один комментатор, «отсутствие у нас хоть сколько-нибудь организованного кодекса делает посмешище из хваленой приверженности Соединенных Штатов правосудию, верховенству права и правам человека».

Существует образец, Модельный уголовный кодекс, который можно использовать в качестве разумного начала на пути к организованному Уголовному кодексу и который лег в основу многочисленных усилий по созданию уголовных кодексов штатов в этой стране. Требуется четкий всеобъемлющий сборник всего федерального уголовного права, объединяющий в себе общие положения, все серьезные формы уголовных правонарушений и тесно связанных с этим административных положений в упорядоченную структуру, которая будет являться, говоря коротко, подлинным Федеральным уголовным кодексом.

Должна быть создана комиссия по пересмотру того, что выдается за существующий Федеральный уголовный кодекс, сбору всех сходных уголовных составов в одну новую главу Кодекса законов Соединенных Штатов, для консолидации пересекающихся положений, пересмотра положений с нечеткими или неустановленными требованиями преступного умысла и для рассмотрения других вопросов избыточной криминализации. Эта идея не нова — Конгресс в прошлом уже пытался реформировать Федеральный уголовный кодекс. Самой заметной попыткой была работа Комиссии Брауна в 1971 году. Законодательные инициативы, основанные на работе этой Комиссии, провалились, несмотря на то, что многими признавалась их ценность. Будучи в то время помощником генерального прокурора, отвечавшим за Управление по уголовным делам Министерства юстиции, я хорошо помню разочарование, охватившее руководство министерства из-за неспособности привлечь внимание к этому важному вопросу лидеров законодательной власти. И эта ситуация не изменилась. Поэтому Конгресс текущего созыва вдвойне безотлагательно должен предпринять шаги, чтобы постараться разобраться в наших законах и обеспечить, чтобы рядовые граждане могли ознакомиться с тем, какие деяния все-таки образуют состав преступления в этой стране.

Во-вторых, Конгрессу нужно обуздить продолжающееся увеличение количества уголовных составов за нарушение подзаконных актов. Регулирующие органы имеют обыкновение вводить в действие правила, предусматривающие уголовную ответственность,

не утвержденные Конгрессом. В действительности криминализация новых регуляторных положений, похоже, стала механической. По некоторым оценкам, различными органами создано потрясающее количество уголовных составов за нарушение подзаконных актов — 300 000.

Эта тенденция, наряду с отсутствием каких-либо требований к Конгрессу о том, что закон должен пройти через комитеты парламента по правосудию, привела к созданию нового, вызывающего беспокойство каталога уголовных составов. Конгресс не должен делегировать столь важную функцию агентствам¹.

Одно из решений в этой области, за которое выступает известный специалист и мой бывший коллега по Министерству юстиции Рональд Гайнер, состоит в принятии общего положения, предусматривающего административные процедуры и санкции за все нарушения подзаконных актов. Оно сопровождалось бы общим положением, убирающим все существующие в настоящее время уголовные санкции за нарушение подзаконных актов, что бы в этих актах ни говорилось, за исключением двух случаев. Первое исключение включало бы в себя деяния, нанесшие значительный вред лицам, интересам собственности, а также институтам, призванным защищать лица и интересы собственности, — традиционная сфера действия уголовного права. Вторым исключением было бы разрешение уголовного преследования не за нарушение оставшихся подзаконных актов, а за систематические, умышленные, неоднократные нарушения. Эта относительно простая реформа стала бы намного более прочной основой для американского подхода к регуляторным составам, чем тот, который существует на данный момент.

В-третьих, Конгрессу также следует подумать, не пора ли решить вопрос о том, должен ли принцип *«respondeat superior»* быть стандартом для привлечения компаний к уголовной ответственности за действия своих сотрудников. За последние примерно 10 лет Министерство юстиции выпустило ряд меморандумов заместителей генерального прокурора с изложением правил того, когда корпорации должны быть предъявлены уголовные обвинения за действия ее сотрудников. Следует отметить, что в самых последних меморандумах правительство заявило, что *«может быть ненадлежащим привлекать к ответственности корпорацию, в особенности такую, в которой существует надежная программа соблюдения*

¹ Имеются в виду различные органы исполнительной власти США. — Прим. ред.

установленных требований (robust compliance program) только на основании строгого следования теории «respondeat superior» за одно изолированное действие нечестного сотрудника. Нужен закон, который обеспечивал бы единобразие в этой критически важной области, чтобы руководства и стандарты не продолжали меняться со скоростью четыре раза в десятилетие. В самом деле, если сотрудник действительно является «нечестным» или действует в нарушение корпоративного регламента, Конгресс может защитить добросовестную и в остальном законопослушную корпорацию, приняв закон, в котором ответственность за преступное деяние прямо устанавливается в отношении физического, а не юридического лица, не подвергая корпорацию прихотям какого-то конкретного федерального прокурора.

От нашего внимания не должен ускользнуть еще один аспект избыточной криминализации. Мой бывший коллега по Министерству юстиции отметил, что есть что-то самоубийственное в обществе, пытающемся заставить своих членов ненавидеть преступную деятельность, одновременно называя «преступниками» не только тех, кто убивает, насиливает и поджигает, но также и тех, кто одевается совой Вудзи, продаёт смесь двух видов смолы, подает документы в двух экземплярах вместо трех или размещает объявления для сотрудников компаний не на той доске объявлений. Пятно осуждения за уголовное преступление размывается такими положениями, а закон теряет свою способность подкреплять моральные заповеди и предотвращать будущие нарушения. Нужно приберечь наши уголовные санкции только для наиболее серьезных проступков. Обратное, на самом деле, может вызвать ненависть к закону.

Хотя почти все предложенные мною средства требуют действий со стороны законодателя, есть некоторые шаги, которые могут быть предприняты самим Министерством юстиции с целью помочь процессу снижения избыточной криминализации. Назову только три из них.

Во-первых, министерство должно потребовать предварительной проверки высокопоставленными чиновниками новых или нестандартных преследований «громких» обвиняемых. Одно из основных возражений судьи Скалия против теории мошенничества в отношении «честных услуг», например, состояло в том, что она давала возможность « злоупотреблений со стороны желающих прославиться прокуроров при преследовании [лиц], совершающих какие-либо непривлекательные или этически спорные поступки».

Проверка до предъявления любых подобных предлагаемых обвинений была бы, на мой взгляд, очень целесообразной.

Во-вторых, воссоздание в министерстве Управления по профессиональной ответственности весьма помогло бы обеспечить применение санкций к «ретивым» прокурорам за излишнее рвение в предъявлении обвинений, выходящих далеко за рамки явных целей соответствующей статьи.

Наконец, министерство, разумеется, должно в качестве стратегического направления оказывать активную поддержку усилиям по принятию подлинного Уголовного кодекса.

Итак, что касается проблемы избыточной криминализации, позвольте мне подвести итоги. Нужна реформа. За реальные преступления должны назначаться реальные наказания. Хотя мы должны быть «жесткими с преступниками», мы также должны быть интеллектуально честными. С действиями, не являющимися преступлениями, нужно бороться посредством гражданско-правовых или административных санкций, обеспечивая, чтобы понятие подлинного «преступного действия» сохраняло свою важность и ценность в нашей правовой системе. Министерство юстиции должно более активно контролировать лиц, облеченные прокурорской властью. Это — те изменения, которые действительно заслуживают нашего внимания, если мы хотим оставаться под правлением закона, а не людей. Это заслуживает внимания всех трех ветвей власти — законодательной, исполнительной и судебной — если мы хотим добиться продуктивных изменений.

Мне кажется, что в Российской Федерации существуют сходные проблемы. В этом смысле мы должны работать над обеспечением продолжения тесного сотрудничества в области усилий по реформированию, предпринимаемых в каждой из наших двух стран.

ГЛАВА 16

УГОЛОВНОЕ ПРЕСЛЕДОВАНИЕ И РЕГУЛИРОВАНИЕ БИЗНЕСА: прекращение российской исключительности и культивирование верховенства права

П.Г. Соломон-мл., профессор университета г. Торонто

Хорошо известно, что в первые два десятилетия своего существования Российская Федерация, посредством необычного и избыточного использования уголовного закона для регулирования предпринимательской деятельности, сделала ее ведение на своей территории исключительно трудным и рискованным. В какой-то степени криминализация деловой практики, включая мелкие нарушения административных правил, не приводящие к нанесению вреда и не заслуживающие наказания, стала для властей посткоммунистической России способом восстановления контроля над незнакомым миром частнопредпринимательской деятельности. Сходная тенденция обнаруживается и в других постсоветских странах, хотя и не в такой степени, как в России¹. Уголовное преследование большого количества руководителей предприятий и организаций и назначение им наказания в виде лишения свободы применяются только в России. Особенно необычным это является в общемировом контексте. Так, в странах со сложившимся капитализмом, в особенности в Европе, но также в Канаде и в различных штатах США, уголовное право не является основным инструментом экономического регулирования и используется лишь в случаях серьезных нарушений в рамках сложившихся составов, повлекших нанесение значительного вреда другим лицам и обычно совершенных с умыслом.

Использование Россией уголовного права для регулирования бизнеса не только является необычным с международной точки зрения, но также наносит серьезный вред развитию экономики России. Центр правовых и экономических исследований

¹ См.: Пояснительная записка к проекту Федерального закона «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Российской Федерации» (26 октября 2011 г.) (<http://lecs-center.hse.ru/ru/amnesty/209-note-law-anemding-cc>).

представил обширную документацию в этой связи в заключениях, предшествующих публикациям и других главах настоящей книги, все из которых основаны на тщательной и впечатляющей исследовательской работе¹. Аспекты этого вреда включают в себя: регулярное возбуждение дел в отношении предпринимателей для целей получения ренты; тенденцию к закрытию предприятий при заключении под стражу их руководителей; а также – утечку как денежных средств, так и предпринимателей (человеческого капитала) из страны в другие части мира с более благоприятным климатом для легитимного ведения бизнеса. По словам ведущих экономистов, все это привело к сокращению не только продуктивной предпринимательской деятельности, но также и экономического роста! России будет трудно модернизировать и диверсифицировать свою экономику, не устранив угрозу уголовного преследования, висящую над обычными бизнесменами.

В настоящей статье я прежде всего хочу усилить этот довод демонстрацией того, как криминализация обычной хозяйственной деятельности противоречит ключевым аспектам верховенства права, связь которого со скоростью экономического роста и развития хорошо известна. Затем я обращусь к набору средств для противодействия избыточному использованию уголовного преследования в регулировании бизнеса, утверждая, что комплексный подход имеет наилучшие шансы на успех. Хотя этот подход должен начинаться с законодательных изменений (не только декриминализации конкретных составов, но также и изменения принципов, содержащихся в Общей части Уголовного кодекса), он также может включать в себя и другие шаги, такие как попытки повлиять на практику уголовного преследования компаний посредством подзаконных актов и изменения способов оценки деятельности полиции и прокуратуры; а также совершенствование сферы административно-правового регулирования как альтернативы уголовной сфере. Наконец, я кратко обсужу некоторые вопросы изменений на макроуровне, поднятые экспертами Центра на своем заседании 31 января 2012 года. Как исторически появилось верховенство права или какие-то его составные части, такие как независимость судей? Как была сокращена

¹ См.: Симпозиум «Уголовная политика и бизнес», 8 декабря 2011 г. (<http://lecs-center.hse.ru/ru/symposium081211>); «Стенограмма парламентских слушаний», 17 октября 2011 г. (<http://lecs-center.hse.ru/ru/duma-hearings-171011/verbatim-17-october-duma>); Концепция модернизации уголовного законодательства в экономической сфере. М.: Фонд «Либеральная миссия», 2010.

коррупция? В какой степени опыт выявляет факторы, подверженные манипуляциям?

Преследование предпринимателей и верховенство права

Термин «верховенство права» используется в западной лексике, как в обиходной, так и в научной, во многих аспектах, и его перенос в российский контекст приводит к дополнительной неопределенности. В серьезных научных кругах существует ключевое различие между минимальным, тонким или формальным типом верховенства права и глубоким, мощным или сущностным. Тонкие или формальные варианты призывают к таким базовым, но совсем не неизбежным чертам, как: открытые и легитимные законотворческие процедуры; последовательная правовая иерархия (подзаконные акты подчиняются законам и обеспечивают их применение); прозрачность законов и подзаконных актов; перспективные, четкие, последовательные и стабильные (если не справедливые) законы; а также последовательно справедливое и беспристрастное правоприменение. В мощном или сущностном варианте верховенства права к требованиям минимального варианта добавляется ключевой дополнительный элемент. Закон также должен иметь моральные основания и базироваться на нормативном фундаменте, выходящем за пределы государства и его законодательства, таком как религия, естественное право или международно признанные права человека. В мощной версии верховенства права право (*jus*) включает в себя больше, чем только законы (*leges*). Оно включает в себя правовые принципы и права, которые руководители государства не могут нарушить, которым их действия не могут противоречить и которые превосходят по важности все основанные на них законодательные акты. Это подразумевает, что какой-то суд или суды имеют обязанность (и полномочия) выносить решения о том, какие законы являются неправовыми¹.

Обе версии верховенства права (минимальная и сущностная) имеют между собой нечто общее. Обе предполагают, что право,

¹ Эта характеристика концепции «верховенства права» почерпнута из следующих работ: *Tamanaha B.Z. On the Rule of Law: History, Politics, Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004; *Kleinfeld R. Competing Definitions of the Rule of Law // Promoting the Rule of Law Abroad: In Search of Knowledge* / ed. by T. Carothers. Washington: Carnegie Endowment for International Peace, 2006. P. 31–74; *Fuller L.L. The Morality of Law (Revised Edition)*. New Haven: Yale University press, 1964.

даже будучи определенным в узком позитивистском смысле, на-кладывает реальные и важные ограничения на государство и его правителей, не говоря уже об обычных государственных чиновниках, чьи действия должны всегда соответствовать не только законам (быть законными), но также и праву (быть правовыми). Можно добавить, что установление верховенства права включает в себя реформирование всей системы государственного управления, а не только правоохранительной системы и судов. Оно также требует изменений не только институтов, но и культуры, поскольку чиновники и правители должны одинаково уважать и ценить право (и законы) сами по себе, а не только как инструменты для достижения определенных целей.

Для наших целей достаточно говорить о минимальном, формальном варианте верховенства права, которому, как мы увидим, существующее законодательство и практика преследования бизнесменов в Российской Федерации явно противоречат. Этот подход имеет дополнительный смысл, поскольку мощному варианту верховенства права, который исходит из того, что право включает в себя не только законодательные акты, но и права, еще предстоит стать доминирующим пониманием концепции верховенства права в Российской Федерации. Зададимся вопросом, понимают ли большинство россиян, насколько верховенство права отличается от верховенства закона? Между тем, хорошо известно, что значительное количество юристов и государственных деятелей предпочтитаю эту разницу не признавать и придерживаться традиционного позитивистского понимания права¹.

Давайте вернемся к пяти признакам, указанным мною в качестве требований для минимального определения верховенства права. Первые три из них, хотя и реализованы не полностью, отчасти внедрены и, можно утверждать, представляют собой улучшение по сравнению с советскими реалиями. Законотворческие процедуры являются более открытыми и легитимными (хотя закулисная деятельность исполнительной власти остается более важной, чем то, что происходит в законодательном органе). Принципы правовой иерархии, наверное, реже подвергаются злоупотреблению, чем в прошлом; как минимум имеется больше разработанных

¹ См.: Кашанин А. Влияние господствующего правопонимания на состояние и престиж юридической профессии // Каково это — быть юристом? / сост. Е.А.Мишина. М.: Фонд «Либеральная миссия», 2010. С. 24—57. См. также: Е.В. Новикова и др. в книге: Верховенство права и проблемы его обеспечения в правоприменительной практике. 2-е изд. М.: Статут, 2010.

механизмов для проверки подзаконных актов. И как минимум законы и подзаконные акты являются более прозрачными (публикуемыми в доступных местах). Однако остальные два требования — «перспективные, четкие, последовательные и стабильные законы» и «справедливое и беспристрастное правоприменение» — на удовлетворительном уровне не выполняются и нарушаются, в особенности при криминализации экономических составов и преследовании за них.

Уголовное право в отношении экономической деятельности включает в себя многие положения, слишком широкие, чтобы быть четкими, а их толкование судами ситуацию не улучшает. Такой состав, как незаконное предпринимательство, является расплывчатым по своей природе и может быть применен к различным нарушениям административных правил. Положения по поводу легализации (ст. 174.1) постфактум комбинируются непредсказуемым образом с другими составами. Понятие «организованная группа» применяется к руководству или совету директоров компании тогда, когда это удобно правоохранителям. Определение «мошенничества» также достаточно расплывчато, чтобы оно могло применяться к прошлым действиям, которые на тот момент не представлялись образовывающими состав преступления. Более того, нестабильность уголовного закона в новом тысячелетии, отмеченная постоянным потоком новых составов и модифицированием старых, делает затруднительным для бизнесменов предвидение последствий своих действий. Короче говоря, сами законы не говорят бизнесменам, когда они делают что-либо преступное, и добавляют элемент непредсказуемости к их деятельности. В то же самое время криминализация многих составов является глубоко несправедливой и не соответствующей целям уголовного закона, поскольку действия (бездействие) не наносят значительного ущерба и не подразумевают виновности. Эта последняя проблема, однако, может вывести нас за пределы минималистского определения верховенства права.

Способ применения уголовного закона в отношении бизнеса еще хуже его содержания. Факты свидетельствуют о том, что оно, вместо того, чтобы быть «справедливым и беспристрастным», является «произвольным и коррупционным» и прежде всего формируется исходя из интересов его применителей. Большинство обвинений в преступлениях, предусмотренных Главой 22 УК РФ, приводит к делам, которые открываются, а затем закрываются после уплаты обвиняемым достаточной суммы или предоставления

доступа к компании. Некоторые дела против компаний представляют собой сотрудничество полиции с конкурирующими с компанией фирмами или группами, которые хотят ею завладеть. Такие дела называются «заказными». В результате этих двух ситуаций представляется, что большинство дел, возбуждаемых в отношении бизнесменов, представляют собой несправедливое и пристрастное правоприменение.

Хотя уголовное преследование может быть непредсказуемым, необходимость расстаться со значительными денежными суммами, чтобы избежать осуждения, предсказуема вполне. Столь же предсказуемо и разрушение компаний тех предпринимателей, которых признают виновными, в особенности если они оказываются за решеткой.

Соответственно очевидно, что использование уголовного права для регулирования бизнеса в Российской Федерации приводит к крайним и частым нарушениям двух основных элементов минимального варианта «верховенства права», что имеет четкие последствия для экономического развития. Существует много академической литературы, где качество законодательства и правовых институтов в стране связывается с ее экономическим развитием и ростом. Общепризнано, что высокий уровень доверия (или «заслуживающего доверия обязательства»), порождаемого справедливыми, доступными и прозрачными законодательством и правовыми институтами, помогает экономическому росту, а их отсутствие ему препятствует¹. Этот довод подтверждается и эмпирическими исследованиями. Особенно влиятельным и основательным исследованием является Проект государственного управления (Governance Project) под эгидой Всемирного банка, в котором почти в 200 странах качество институтов определялось и соотносилось с экономическим ростом. Одним из 6 направлений индекса государственного управления (governance index) в этом проекте является индекс «верховенства права», включающий в себя все те стандарты, которые я включил в минимальный вариант верховенства права. Корреляция между этим конкретным индексом и доходом на душу населения потрясающая: небольшие изменения в ситуации, связанной с верховенством закона, приводят к огромным

¹ Подробнее см.: *Dam K.W. The Law-Growth Nexus: The Rule of Law and Economic Development*. Washington: Brookings Institution Press, 2006. См. Также: *Davis K.E., Trebilcock M.J. The Relationship between Law and Development: Optimists versus Skeptics* // *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 56. No. 4 (2008). P. 895—946.

изменениям экономических показателей. Таким образом, по словам Дэниэла Кауфманна, «улучшение ситуации с верховенством права на одно стандартное отклонение по сравнению с существующими уровнями на Украине до «посредственных уровней», преобладающих в Южной Африке, привели бы к четырехкратному увеличению дохода на душу населения в долгосрочной перспективе»¹. Улучшения в любом аспекте верховенства права (любом из его стандартов или требований) помогли бы экономике такой страны, как Россия, включая развитие независимости отдельных судей, как составной части справедливого правоприменения.

Основной довод прост. Криминализация обычной хозяйственной деятельности и избыточное использование уголовного права в качестве инструмента регулирования бизнеса в Российской Федерации наносят огромный ущерб экономике, как непосредственно за счет влияния на желание потенциальных предпринимателей заниматься бизнесом в России, так и опосредованно, за счет своего отрицательного влияния на качества законодательства и правовых институтов, которые сами по себе влияют на экономический рост и развитие. Проблемы заключаются как в присущей многим положениям закона несправедливости, так и в их произвольном и коррупционном применении.

Решение проблемы с помощью комплексной стратегии

Основной подход, которого до настоящего времени придерживались сторонники реформ, сконцентрирован на законах, включая изменения в уголовном, уголовно-процессуальном и административном праве. Как мы увидим, этот подход уже принес положительные результаты, а изменения, предложенные Центром в конце 2011 года, обещают дополнительные результаты. На мой взгляд, однако, было бы полезно пойти дальше и осуществить, в дополнение к законодательным изменениям, две взаимодополняющие стратегии: влияя на внедрение уголовного закона, в особенности посредством подзаконных актов, затрагивающих полицию, прокуратуру и судей, а также усовершенствуя альтернативные

¹ Kaufmann D. Government Redux: The Empirical Challenge // The Global Competitiveness Report 2003-2004 / ed. by X. Sala-i-Martin. Oxford: Oxford University Press, 2004. P. 137–164. См. также на сайте Social Science Research Network (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=541322), цитата на с. 14.

механизмы регулирования бизнеса, включая то, что в России называется «административное право». Рассмотрим каждое из этих трех направлений.

Помощь бизнесу посредством законодательных изменений

Еще в самом начале 2010 года, когда Центр еще только начинал работать над Концепцией модернизации уголовного законодательства в экономической сфере, он начал продвигать декриминализацию целого ряда экономических составов. Ранее эти усилия привели к изменениям в Уголовно-процессуальном кодексе, позволяющим освобождать от уголовной ответственности за несвоевременную уплату налогов (в случае их уплаты), а позднее, в 2011 году, — к исключению из Уголовного кодекса статьи о неуплате таможенных пошлин на легальные в остальном импортные операции. Более того, в конце 2009 года были внесены изменения в Уголовно-процессуальный кодекс, запрещающие содержание под стражей бизнесменов, обвиняемых в преступлениях, предусмотренных Главой 22 УК. Эффект этой последней меры был особенно сильным. Несмотря на сопротивление правоохранительных органов и неполное внедрение, этот запрет привел к резкому уменьшению (как минимум на треть) общего количества дел, возбужденных за экономические преступления в целом, в том числе на 65 процентов за незаконное предпринимательство (ст. 171) и на 80 процентов за легализацию (ст. 174.1). Падение количества дел явилось отражением нежелания сотрудников полиции возбуждать дела, когда они больше не могут использовать освобождение из-под стражи с целью заставить бизнесменов платить за прекращение дела¹. Основная масса экономических преступлений, намеченных для исключения из Уголовного кодекса, осталась в нем на протяжении 2011 года, хотя и с новым положением для некоторых, позволяющим обвиняемому признать себя виновным, уплатить значительный штраф и избежать осуждения.

¹ См.: Дятлович В. Свобода как политика // Русский репортер. 21 апреля 2011. № 15 (193) (<http://rusrep.ru/article/2011/04/19/freedom>); Пешкова О. Ограничения ареста предпринимателей. Первые результаты судебной практики // журнал «Судья». 2011. № 5. С. 30—33; Никитинский Л. Государство «силовых структур» может построить только «рыночную экономику без предпринимателей». Предприниматели сидят на зонах // Новая газета. 24 апреля 2011 г. (<http://www.novayagazeta.ru/politics/6062.html>).

В конце 2011 года Центр представил новый набор законодательных предложений, повторивших все остальные намеченные для декриминализации статьи, наряду с дополнительными рекомендациями по поводу изменений Общей части Кодекса и составов, регулярно используемых против бизнесменов (например, мошенничества)¹. Предложенные изменения в Общей части Уголовного кодекса представляются мне исключительно важными. Часто самые чрезмерные наказания в отношении предпринимателей становятся результатом не существования конкретных составов, а их широкого толкования, предъявления нескольких обвинений, странного комбинирования обвинений (например, с включением статьи 174.1), отношения к совершению преступления в составе «группы» или «организованной группы» как к отягчающему фактору — вся эта практика санкционирована в Общей части. Определение групп и их значимость в российском уголовном законе действительно являются аномалией в мировом масштабе. Это особенно касается извращенного отношения к руководителям коммерческих предприятий (или членам их советов директоров) как к «организованным преступным группам». На мой взгляд, сейчас принятие изменений, предложенных в Общую часть Уголовного кодекса, является особенно важным.

В то же время я бы предложил, чтобы некоторые из этих изменений принципов, концепций и методов предъявления обвинений были повторены в имеющих самое непосредственное отношение к этому статьях Особенной части Кодекса. Судьи в России, как и их коллеги в других посткоммунистических странах (например, таких как Чешская Республика) не всегда думают о применении принципов Общей части, имея дело с конкретными обвинениями, вместо этого следя узкому формалистскому подходу, при котором текст каждого состава считается чем-то незыблемым². Некоторое дублирование может улучшить шансы на применение принципов, изложенных в Общей части. Но даже в этом случае для обеспечения внедрения новых принципов, введенных в Общую часть,

¹ См.: Пояснительная записка к проекту Федерального закона «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Российской Федерации» (26 октября 2011 г.).

² См.: *Kühn Z.* Worlds Apart: Western and Central European Judicial Culture at the Onset of the European Enlargement // American Journal of Comparative Law. Vol. 52. No. 3 (Summer 2004). P. 531—567; *Bobek M.* The Fortress of Judicial Independence and the Mental Transitions of the Central European Judiciaries // European Public Law. Vol. 14. Issue 1 (2008). P. 99—123; *Кашанин А.* Указ. соч.

включая принцип о том, что уголовная ответственность требует нанесения ущерба, может потребоваться помочь Верховного Суда.

Формирование правоприменения путем подзаконных актов и стимулов

Второе направление стратегии сокращения ненадлежащего уголовного преследования бизнесменов концентрируется на применении уголовного закона следователями и прокурорами. Сотрудники, применяющие закон, неизбежно имеют значительную свободу усмотрения в отношении того, когда возбуждать дело и какие обвинения использовать. Вопрос состоит в том, как их заставить действовать ответственно и применять уголовное преследование только в ситуациях, когда они могут продемонстрировать и нанесение реального вреда якобы совершившими преступление лицами, и то, что их стоит преследовать¹. Может быть, можно повлиять на выбор, осуществляемый полицией и прокуратурой, посредством выпуска инструкций или так называемых подзаконных актов, в которых указывается, как они должны применять или использовать закон. Также, может быть, можно использовать систему отчетности и оценки тех же самых сотрудников для тех же самых целей.

В Соединенных Штатах Генеральная прокуратура пытается влиять на то, как федеральные прокуроры осуществляют уголовное преследование бизнеса, посредством выпуска периодических руководств, известных как меморандумы. В США есть 93 федеральные прокуратуры, которые работают относительно автономно, но в руководствах указывается, когда и как они должны возбуждать дела или использовать альтернативы уголовному преследованию (такие, как соглашения об отсрочке уголовного преследования). По некоторым вопросам меморандумы носят рекомендательный характер, по другим являются обязательными к применению. Необходимо обратить внимание на то, что эти меморандумы являются открыто публикуемыми документами, которые стали предметом критического обсуждения среди адвокатов и бизнесменов. Последующие меморандумы часто включают

¹ Исследование деятельности прокуроров штатов и местных прокуроров в Соединенных Штатах в 90-е годы показало, что подобное осторожное использование прокурорского усмотрения было обычным в большинстве частей страны. Более подробно см.: *Benson M.L., Cullen F.T. Combatting Corporate Crime: Local Prosecutors at Work*. Boston: Northeastern University Press, 1998.

в себя изменения, появившиеся в результате обсуждения предыдущих, не говоря уже об изменениях, появившихся в результате судебных решений. Открытость прокурорской политики помогает сделать использование уголовного закона в отношении бизнесменов более прозрачным и предсказуемым¹.

В России, в том числе в советский период, было и имеется ныне большое количество ведомственных инструкций, определяющих операционное значение законов, причем иногда способами, не предусматривавшимися законодателями. Проблема инструкций, по сути стоящих выше законов, была подчеркнута реформаторами в годы перестройки, а создание правовой иерархии было одной из целей постсоветской правовой реформы. Можно утверждать, что в этой области достигнут прогресс и инструкции реже искажают законы или противоречат им, но они все равно имеют огромное значение в определении норм для правоприменения². Таким образом, они имеют значительный потенциал как инструменты формирования преследования за экономические преступления.

Предположим, кто-то хочет обеспечить, чтобы следователи и прокуроры возбуждали дела по составам, изложенным в Главе 22 УК, а также мошенничеству осторожно, с использованием предупреждений и, когда это возможно, административных обвинений вместо уголовных, и ограничивая уголовное преследование ситуациями, когда правоохранители могут продемонстрировать и реальный вред, и то, что эти деяния заслуживают наказания (если не умысел, то хотя бы грубую халатность, несмотря на предупреждения). Можно было бы изложить подобные разумные основные правила в приказах Следственного комитета и МВД. Эти вопросы также могли бы рассматриваться в постановлениях Пленума Верховного Суда с точки зрения судебной практики.

В какой степени уже существуют инструкции, касающиеся деятельности по регулированию бизнеса в России посредством уголовного права? На сайте прокуратуры имеются материалы в отношении прокурорского надзора за регуляторной практикой других государственных органов в отношении бизнеса, но ничего

¹ Prosecutors in the Boardroom: Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct / ed. by A.S. Barkow, R.E. Barkow. New York, London: New York University Press, 2011.

² См.: Соломон-мл. П.Г. Право в государственном управлении: отличия России? // Административные реформы в контексте властных отношений: опыт постсоциалистических трансформаций в сравнительной перспективе / под ред. А. Олейника и О. Гаман-Голутвиной. М.: РОССПЭН, 2008. С. 121–143.

касающегося практики уголовного преследования. Вебсайт независимого Следственного комитета (существующего с 2009 года) публикует примерно 2/3 своих приказов (включая касающиеся карьеры и льгот для сотрудников), но ни одного — по оперативным вопросам. Вебсайт Министерства внутренних дел содержит административные регламенты, но, опять же, ничего связанного с практикой работы по делам какого-либо типа, не говоря уже о связанных с компаниями¹. Отсутствие этих документов в открытом доступе не означает, что их не существует. Вполне возможно, что оперативные инструкции для сотрудников правоохранительных органов в России считаются конфиденциальными (служебными) документами.

Я предполагаю, что могло бы быть меньше ненадлежащего уголовного преследования за экономические преступления, если бы оперативные инструкции для следователей и прокуроров призывали к осторожному подходу к преследованию, отдавали предпочтение использованию альтернативных подходов и ограничивали возбуждение уголовных дел ситуациями, когда главы фирм намеренно нанесли вред посредством нарушения уголовного закона. Разумеется, выпуск подобных инструкций потребовал бы сотрудничества руководителей правоохранительных органов в рамках усилий по защите бизнесменов от уголовного преследования. Достичь этого может быть нелегко, с учетом различия в менталитете реформаторов уголовного закона и многих руководителей полиции и прокуратуры, но усилия с целью добиться понимания между ними не пропадут даром. Само собой разумеется, что если бы инструкции подобного рода были бы еще и опубликованы, бизнесмены были бы более уверены, что правила не подбираются против них. Такие открытые инструкции могли бы предоставить новому уполномоченному по защите бизнеса (должность которого пообещал создать нынешний президент Владимир Путин) дополнительный инструмент².

Вне зависимости от того, будут ли опубликованы сами инструкции, также было бы полезно организовать обсуждения предпочтительного нового, осторожного и принципиального подхода

¹ См.: www.mvd.ru; www.genproc.gov.ru; www.sledcom.ru.

² См.: Путин объявил о введении должности уполномоченного по правам бизнесменов // Ведомости. 2 февраля 2012 г. (http://www.vedomosti.ru/politics/news/1492372/putin_obyavil). См. также: Путин В. О наших экономических задачах // Ведомости. 30 января 2012 г., № 15 (3029). Текст статьи также размещен также на сайте: www.putin2012.ru/events/149.

к уголовному преследованию за экономические составы на конференциях сотрудников правоохранительных органов и в различных их журналах. Я в особенности имею в виду журналы, адресованные этим сотрудникам, включая как ведомственные журналы вроде «Вестника следственного комитета», «Вестника Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации» и «Экономического вестника МВД России», так и специальные журналы, такие как «Российский следователь» и «Законность».

В то же время Верховный Суд посредством своего изучения судебной практики и постановлений своего Пленума мог бы периодически обсуждать типы дел, рассматриваемых судами, поощряя суды нижестоящих инстанций выдвигать высокие требования в отношении предъявления сотрудниками правоохранительных органов обвинений, включая соблюдение соответствующих принципов Общей части Уголовного кодекса и необходимость использования альтернатив уголовному преследованию, когда это возможно (включая административные составы).

Другой способ повлиять на поведение правоохранительных органов по отношению к бизнесу состоит в совершенствовании системы оценки их деятельности. В ходе продолжающейся в последние два года дискуссии о реформе полиции в России звучала критика использования определенных количественных показателей в оценке деятельности полиции («палочная система»), открывая дверь для изменения системы оценки¹. В этом контексте было бы полезно ввести качественные показатели, относящиеся к правомерности преследования и справедливости обвинений (для применения при периодических проверках или аттестациях). Также можно было бы разработать критерии оценки для использования их только в отношении сотрудников полиции и прокуратуры, специализирующихся на ведении дел в сфере бизнеса, которые поощряли бы сотрудников, соблюдающих не только букву закона, но и его дух, к усилиям по изменению своей практики с целью способствовать, а не препятствовать деятельности компаний.

Мощное сочетание инструкций, предопределяющих ожидания общественности по поводу деятельности полиции в отношении

¹ См., например: Яшин И. Реформа МВД и палочная система // блог Радио «Эхо Москвы», 12 октября 2011 г. (<http://www.echo.msk.ru/blog/yashin/820026-echo/>); Яшин И., Милов В. Перестройка МВД: от милиционерского произвола к профессиональной полиции (www.rusolidarnost.ru/peredstroika-mvd-ot-militseiskogo-proizvola-k-professionalnoi-politsii).

бизнеса, и изменений основ, на которых полиция оценивается и поощряется, может перевесить преимущества возбуждения уголовного дела в отношении бизнесмена для вымогательства взятки непосредственно у преследуемой стороны и у заказывающих дела конкурентов. Возбуждение уголовных дел в отношении владельцев и руководителей коммерческих фирм слишком часто связано с коррупционной практикой, и этот факт сам по себе предполагает необходимость делать больше, чем просто декриминализация отдельных составов. Объявление борьбы против коррупции среди сотрудников полиции также окажется неэффективным. Сотрудники правоохранительных органов должны быть уверены в том, что для них будет более выгодно работать честно, чем участвовать в коррупции.

Подкрепление регуляторных альтернатив

Ученые-юристы на Западе признают, что использование полиции и прокуратуры в отношении бизнеса представляет собой только часть спектра регулирования. Как правило, в тех местах, где хорошо развиты другие формы регулирования, такие как административные законы, возникает меньше необходимости прибегать к уголовному праву. Эта модель превалирует в странах Западной Европы и применяется во многих штатах США. И наоборот, федеральное правительство США, у которого по-прежнему имеется ограниченный набор регуляторных инструментов по сравнению со штатами, больше полагается на уголовный закон, чем большинство штатов, где использование уголовного закона ограничено лишь ситуациями, когда фирмы-нарушители, которые были предупреждены и подвергнуты гражданским или административным мерам воздействия, продолжали допускать нарушения и наносить действительный вред¹.

Можно утверждать, что в Российской Федерации в регулировании бизнеса участвуют ряд органов (налоговые, антимонопольные, экологические), а также органы, связанные с конкретными секторами экономики. Скорее имеется избыток административ-

¹ См.: *Molina F. A Comparison between Continental European and Anglo-American Approaches to Overcriminalization and Some Remarks on How to Deal with It // New Criminal Law Review. Vol. 14. No. 1 (Winter 2011). P. 123–138; Benson M.L., Cullen F.T. Op. cit.; Brown D.K. Criminal Law's Unfortunate Triumph over Administrative Law // Journal of Law, Economics & Policy. Vol. 7. No. 4 (Summer 2011). P. 657–683 (revised version August 2011 — <http://ssrn.com/abstract=1792524>).*

ного регулирования в отношении бизнеса. Работа этих органов и само административное право вполне заслуживают упрощения и рационализации, и в то же время они должны стать более эффективными в достижении своих самых важных целей. Функции, которые в настоящее время отданы полиции и уголовному праву, вполне могут быть переданы сотрудникам, чьей задачей является улучшение определенных ценностей в мире бизнеса. В то же самое время пристальное внимание должно уделяться стимулам, влияющим на деятельность этих сотрудников, чтобы они выполняли свои обязанности справедливо и нейтрально.

Культивирование верховенства права

Для настоящей книги команда Центра вывела дискуссию дальше, чем обсуждение трудной задачи создания дружественной правовой среды для бизнеса, к таким более крупным вопросам, как состояние права и юридической практики в России, что может привести к созданию верховенства права в России. Полезные предложения включали в себя необходимость выявления и укрепления влияния элит, заинтересованных в таком развитии событий; необходимость культурных изменений (посредством просвещения) в обществе и, в частности, среди юристов и сотрудников правоохранительных органов; использование усовершенствованной прозрачности правоприменения и общественных советов; усовершенствованные процедуры создания законов (закон о законах), а также — принятия подзаконных актов; изменения в неформальной практике, определяющей значение конкретных законов. Спектр предложений является достаточно широким и включает в себя улучшение и спроса, и предложения в отношении права¹.

Развитие верховенства права и его ключевых компонентов, таких как независимость судей, было предметом эмпирического исследования в западных странах, в особенности историками права и политологами, и полезно рассмотреть его основные вехи. Наиболее влиятельное и теоретически утонченное исследование появления верховенства права и правового государства (двух видов «правового строя») было написано Роберто Унгером несколько десятилетий назад. Его основной довод концентрируется на роли политической конкуренции, в частности конкуренции между

¹ См.: приложение А настоящего издания.

старой и новой элитой, в ходе которой большинство групп начинают одинаково ценить правовую защиту собственности и власти. Тот способ, которым разворачивалась новая конкуренция, определил, стала ли страна в результате страной с верховенством права, или правовым государством¹.

Гипотеза конкуренции часто всплывает в исследованиях появления независимости и полномочий судей в странах, где еще не установилась демократия. В странах посткоммунистической центральной и восточной Европы конкуренция, связанная с новыми демократическими формами правления, помогла культивированию независимости судей, поскольку политические партии, представляющие различные группы элиты, осознали пользу правовой защиты². В то же самое время и в Латинской Америке (Мексика, Аргентина), и в Восточной Азии (Южная Корея) угроза того, что правящая элита может потерять политическую власть, заставила ее членов увидеть пользу сильных судов, которые могут защитить их собственность. В соответствии с этой теорией сильные независимые суды могут предоставить некую «страховку» против отъема собственности в случае потери власти этими группами³.

Хотя в научных кругах общепризнанно делается упор на необходимость политической конкуренции в качестве условия для появления сильного права и судов, оказалось, что одной только конкуренции не всегда достаточно. Также имели значение характер этой конкуренции и лежащие в ее основе условия. Так, в постсоветской Украине разногласия между конкурирующими элитами были настолько резкими, а отношения между собственностью и властью настолько тесными, что, вместо того чтобы искать защиты у закона и судов, конкурирующие группы (кланы) попытались поставить суды (или хотя бы некоторые из них) под свой контроль и оказать давление на судей, чтобы те служили их интересам.

¹ См.: *Unger R.M. Law in Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory*. New York: Free Press, 1976. P. 47–86, 155–192.

² См.: *Magalhães P.C. The Politics of Judicial Reform in Eastern Europe // Comparative Politics*. Vol. 32. No. 1 (October, 1999). P. 43–62.

³ По поводу теории «страховки» см., в частности: *Ginsburg T. Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. New York: Cambridge University Press, 2003; *Finkel J.S. Judicial Reform as Political Insurance: Argentina, Peru, and Mexico in the 1990s*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2008. См. также: *Chavez R.B. Rule of Law in Nascent Democracies: Judicial Politics in Argentina*. Palo Alto: Stanford University Press, 2004, где региональные различия в политической конкуренции сопоставляются с уровнями независимости судей.

Можно утверждать, что это было разумным поведением, поскольку цена этого была столь низкой¹.

Упор на политическую конкуренцию и ее влияние на потребность в праве среди влиятельных лиц в конкретных странах многое объясняет в исследовании правового перехода. К сожалению, однако, он не предлагает сторонникам права и судов переменную, на которую можно легко влиять. В доводе о том, что верховенство права развивается в основном при наличии демократической конкуренции, а демократия — при наличии верховенства права, даже есть некое хождение по кругу.

Исследования сокращения коррупции в общественной жизни настолько же упирают на политическую конкуренцию, как и исследования появления верховенства права². Это не должно удивлять, поскольку коррупция — это неформальная практика, противоречащая деятельности формальных правовых институтов, а то и подрывающая ее. В конце XIX — начале XX века в Соединенных Штатах новая конкуренция на новых уровнях правительства способствовала борьбе с коррупцией, созданию гражданской службы и прекращению назначения на должности «по блату». Следует еще раз подчеркнуть, что конкуренция среди элит была необходимым, но необязательно достаточным условием для создания «более чистого» правительства. Этот эффект на национальном уровне и в некоторых штатах и городах явился результатом взаимодействия политических и социальных сил.

Развитие действительной конкуренции за политическую власть в России, скажем, сначала на местном и региональном уровнях, могло бы способствовать появлению элементов верховенства права, но только в случае их сочетания с отделением собственности от власти и уменьшением цены потери политической власти. Даже до развития (а в некоторых регионах — возрождения) политической конкуренции было бы возможно улучшить закон и деятельность судов и двигаться в направлении верховенства

¹ См.: Trochev A. Meddling with Justice: Competitive Politics, Impunity, and Distrusted Courts in Post-Orange Ukraine // Demokratizatsiya: The Journal of Post-Soviet Democratization. Vol. 18. No. 2 (Spring 2010). P.122—147; Popova M. Politicized Justice in Emerging Democracies: A Case Study of the Courts in Russia and Ukraine. New York: Cambridge University Press, 2012.

² См.: Grzymala-Busse A.M. Rebuilding Leviathan: Party Competition and State Exploitation in Post-Communist Democracies. Cambridge: Cambridge University Press, 2007; Yu-Shan Wu. Robust Competition Checks State Exploitation: The Post-Communist Experience (Book Review of «Rebuilding Leviathan») // Taiwan Journal of Democracy. Vol. 3. No. 2 (Dec. 2007). P. 183—187.

права еще до появления всех его ключевых условий. Горячие дискуссии среди экспертов Центра выявили много полезных шагов: улучшение образования, в особенности юристов и судей; усовершенствование процесса создания законов и подзаконных актов; повсеместное усиление ответственности сотрудников посредством усиления прозрачности, пересмотра критерии оценки деятельности и развития общественного контроля (с помощью парламентов и общественных советов). На макроуровне были бы полезны стратегии изменения правовой культуры общества и элит, чтобы право стало основной социальной ценностью. Но, что самое важное, должно иметь место систематическое и фундаментальное разделение политической власти и владения собственностью, что означает частичную отмену порочного перераспределения собственности последних пятнадцати лет.

ПРИЛОЖЕНИЕ С

Социально-экономические последствия уголовной политики государства в отношении бизнеса

(доклад Центра правовых и экономических исследований)

1. Трудности понимания юристами терминологии.
2. Использование различных «реперных точек», применение которых позволяло бы уйти от обвинений в необъективности характеристик.
3. Графики: соответствие законодательства транзитных стран «стандарту де факто»; уголовная ответственность в сфере предпринимательской деятельности, анализ правоприменительной практики; снижение (рост) общего количества преступлений и преступлений в сфере экономики.
4. Уголовная репрессия в отношении предпринимателей — один из факторов, влияющих на состояние инвестиционного климата в стране.
5. Графики: действующие и ликвидированные субъекты экономической деятельности; ввоз—вывоз частного капитала из России; прямые иностранные инвестиции в Россию.
6. Расходы системы исполнения наказаний на содержание осужденных не обеспечивают требуемого уровня жизни в пенитенциарных учреждениях.
7. Уголовное преследование предпринимателей ведет к полной или частичной утрате ими собственности (бизнеса).
8. «Ущерб» от преступлений экономической направленности — в абсолютном выражении и в процентах от ВВП.
9. Криминализация деяний в сфере экономики в различных транзитных странах

1. Проблема социальных и экономических последствий политики, осуществляющей государством в отношении бизнеса средствами установления уголовного закона, уголовно-процессуального преследования и уголовной репрессии (уголовная политика в сфере экономики), порождает трудности даже на уровне понимания терминологии, усвоенной и используемой юристами, но

мало знакомой не только широкой общественности, но и профес-сионалам в других областях деятельности. Попытки объективной оценки социально-экономических последствий уголовно-правовой политики государства в отношении бизнеса (которая по усто-явшейся среди российских и зарубежных юристов терминологии именуется чрезмерной криминализацией или сверхкриминализа-цией предпринимательской деятельности) даже на стадии поста-новки проблемы и определения направлений возможного анализа наталкиваются на существенные трудности, среди которых мож-но назвать следующие:

- значительное количество специалистов (в том числе имею-щих опыт работы в правоохранительных органах либо афи-лированных с ними или имеющих совпадающие интересы) отрицают, что в России имеется чрезмерная криминализа-ция (сверхкриминализация) предпринимательской деятель-ности, утверждая, что такая характеристика существующей уголовной политики основывается исключительно на субъ-ективных оценках;
- официальная уголовная статистика недостаточно информа-тивна, имеет много белых пятен, весьма противоречива, не имеет единого стандарта;
- экономическая и социальная статистика не ориентирована на получение данных о социальных и экономических по-следствиях (эффектах) и стоимости уголовной политики, осуществляющей в сфере экономики;
- ситуация в уголовной политике в сфере предприниматель-ской деятельности является динамической и зависит не только от уголовного закона, но и весьма существенно — от практики его применения;
- методики определения и измерения экономических и соци-альных эффектов (последствий) уголовной политики либо отсутствуют, либо находятся на стадиях постановки пробле-мы или иных начальных стадиях профессионального анализа;
- анализ уголовной политики в сфере предпринимательской деятельности, ориентированный на общественный интерес и на объективное измерение экономических затрат и потерь, встречает системное сопротивление со стороны бенефициа-ров существующей уголовной политики, реальные интересы которых нередко не совпадают с декларируемыми публич-ными интересами.

2. Утверждение о наличии в России чрезмерной криминализации предпринимательской деятельности некоторыми специалистами подвергается сомнению, поскольку, как правило, определение этого состояния основывается на экспертных оценках, не подкрепляемых объективированными данными. Проблема усложняется еще и тем, что не только в общественном сознании, но и на уровне профессиональных оценок отсутствует консенсус о том, какие модели девиантного (отклоняющегося, оппортунистического) поведения в сфере экономики следует считать преступлениями, подлежащими запрету и наказанию посредством уголовной репрессии. Поэтому крайне важным является использование различных «реперных точек», применение которых позволяло бы уйти от обвинений в необъективности характеристик, основанных исключительно на экспертных оценках. Применительно к анализируемой проблеме в качестве ориентиров для сравнения может быть избрано уголовное законодательство стран, находящихся в сходном с Россией общественно-экономическом состоянии или недавно вышедших из такого состояния.

Анализ уголовного законодательства России и пяти других стран (Белоруссия, Казахстан, Украина, Латвия, Чехия), находящихся на различных, но сходных или смежных стадиях социально-экономического транзита, показывает значительный разброс в криминализации деяний в сфере экономической деятельности законодателями различных стран (Приложение, табл. 1). Из 66 зафиксированных в этих странах составов правонарушений в сфере экономической деятельности лишь 8 (12,12 процента) признаются преступлениями во всех странах. Еще 8 деяний признаются преступлением во всех странах, кроме одной. Это свидетельствует о том, что в рассматриваемых странах уровень международного консенсуса (с допущением одной «погрешности») относительно криминальности или некриминальности деяний в сфере экономической деятельности не превышает 25 процентов.

Характерно количество составов в сфере предпринимательской деятельности, установленных уголовным законом различных стран: Россия — 36, Казахстан — 34, Белоруссия — 31, Чехия — 30, Латвия — 28, Украина — 25. При этом Чехия, где с 01.01.2010 действует новый Уголовный кодекс, наверстала «отставание» не за счет традиционных для бывших социалистических стран составов, а за счет криминализации «новых» (а иногда — в некотором смысле экзотических) деяний — таких как махинации и предоставление незаконных преимуществ при государственных закупках, подделка произведений

искусства, «легализация по халатности». Тем самым Россия демонстрирует, что она является формальным лидером в криминализации правонарушений в сфере экономической деятельности.

В условиях отсутствия широкого консенсуса о характере и перечне правонарушений в сфере экономики, подлежащих криминализации, показательным является отклонение уголовного закона той или иной страны от некоторого стандарта, который складывается фактически в связи с распространенностью криминализации в уголовном законодательстве рассматриваемых стран того или иного вида девиантной экономической деятельности (стандарт де-факто). Из 36 закрепленных в УК РФ правонарушений 4 признаются преступлением только в России, 6 признается преступлением только в России и еще в одной из рассматриваемых стран (в 5 случаях — Белоруссия, в 1 — Казахстан). Что касается соответствия уголовной регламентации указанному стандарту де-факто, то ситуация выглядит следующим образом. 25 из 36 закрепленных в УК РФ составов также криминализованы в половине или большинстве рассматриваемых стран (69 процентов соответствия стандарту де-факто). Для других стран этот показатель выглядит следующим образом: Белоруссия — 22 из 31 (71 процент), Казахстан — 27 из 34 (79 процентов), Латвия — 21 из 28 (75 процентов), Украина — 18 из 25 (72 процента), Чехия — 19 из 30 (63 процента) (график 1).

Понимание характера норм об уголовном преследовании предпринимателей в различных уголовных кодексах дает основание утверждать, что Россия и Чехия, обнаруживающие наименьшее соответствие стандарту де-факто уголовного преследования

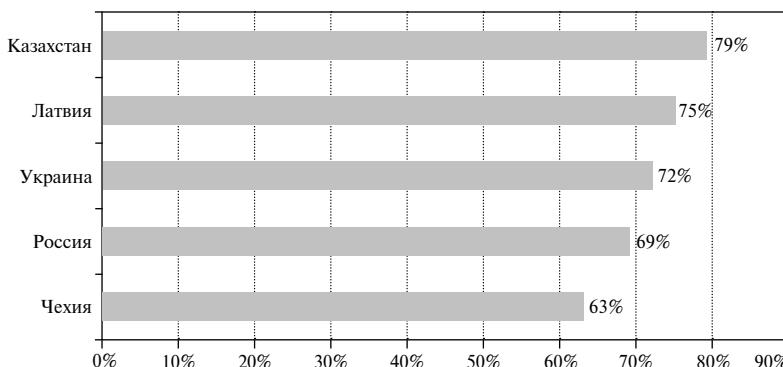


График 1. Соответствие законодательства транзитных стран стандарту де-факто уголовной ответственности в сфере предпринимательской деятельности

за девиантную экономическую деятельность, в действительности демонстрируют правило «крайности сходятся». Россия, не отка-завшись от традиционного для постсоветских стран стандарта уголовного преследования предпринимателей, стала активно допол-нять его уголовной репрессией за «новые» деяния, возникающие в условиях частнопредпринимательской экономики, в том числе за те, которые, по сути, представляют собой частные (корпоратив-ные) деликты, уголовную ответственность за которые развитые пра-вопорядки не устанавливают, поскольку защита законных прав и интересов здесь эффективно осуществляется судом в неуголовном процессе. Чехия же, приняв новый УК, необходимый в новых эко-номических условиях (на что прямо указывалось в ходе законопро-ектных работ), существенно уменьшила поле уголовной репрессии в сфере экономики по сравнению с рассматриваемым стандартом де-факто. Поэтому данные отклонения уголовного закона России и Чехии от стандарта де-факто говорят о прямо противоположных тенденциях: Чехия отклоняется от стандарта в связи с минимиза-цией пространства для уголовной репрессии в экономике, а уголов-ная политика России, напротив, развивается в направлении обши-рной уголовной экспансии в сферу бизнеса.

3. Оценка уровня криминализации предпринимательской дея-тельности не может быть основана только на констатации коли-чества составов преступлений, установленных уголовным зако-ном для этой сферы деятельности. Необходим анализ правоприме-нительной практики. Общая картина активности по применению уголовной ответственности в отношении предпринимателей мо-жет быть выявлена путем сравнения трендов общего уровня пре-ступности и уголовного преследования за деяния в сфере эконо-ники (график 2).

Статистические данные показывают, что уголовное преследо-вание за деяния экономической направленности с 2006 по 2009 год росло большими (или снижалось меньшими) темпами, чем рост или снижение общего уровня преступности. При этом разни-ца в указанных трендах была максимальной в 2003—2004 годах и 2008-м. В 2003—2004 годах рост общего количества преступлений на 11—15 процентов превышал рост преступлений в сфере эконо-ники. В 2007—2008 годах правоохранительная практика проде-монстрировала расходящиеся тренды: при общем снижении ко-личества преступлений тренд уголовного преследования предпри-нимателей вырос и разница этих трендов составила 15 процентов.



График 2. Снижение (рост) общего количества преступлений и преступлений в сфере экономики (расчет на основании данных Росстата)

В 2009—2010 годах разница в темпах снижения общего количества преступлений и преступлений в сфере экономики была рекордной и составила более 22 процентов. Такое резкое снижение уголовного преследования предпринимателей было связано главным образом с внесением 29.12.2009 в Уголовно-процессуальный кодекс новеллы о запрете предварительного заключения под стражу за совершение преступлений в сфере предпринимательской деятельности. Эти данные дают веские основания полагать, что не менее 22 процентов активности правоохранительных органов по возбуждению уголовных дел против предпринимателей до 2010 года имели самоцелью заключение под стражу, вне зависимости от дальнейшей судебной перспективы дела.

Статистические данные показывают, что начиная с 2004 года для уголовного преследования предпринимателей характерно возбуждение уголовных дел сразу по нескольким статьям Уголовного кодекса в количестве, заметно превышающим этот показатель для всех преступлений в целом (график 3). Причем такая направленность правоприменительной практики является очевидной тенденцией: расхождение в среднем количестве преступлений в расчете на одно лицо, привлеченное к уголовной ответственности по преступлениям в целом (без преступлений экономической направленности) и по преступлениям в сфере экономики, постепенно нарастало, составив в 2006 году 8,65 процента, в 2007-м — 11 процентов, в 2008-м — 19,62 процента, в 2009-м — 35,54 процента, в 2010-м — 38,84 процента.

Такая практика более интенсивно в сравнении со средним уровнем уголовной репрессии приводит к тому, что наказание предпринимателям назначается судом путем сложения наказаний, что, как правило, приводит к осуждению на более длительные сроки лишения свободы. Это подтверждается и данными о доле тяжких и особо тяжких преступлений в общем числе преступлений и к преступлениям в сфере экономики (график 4).





График 5. Общее число зарегистрированных мошенничеств и деяний, зарегистрированных как мошенничества экономической направленности (данные МВД)

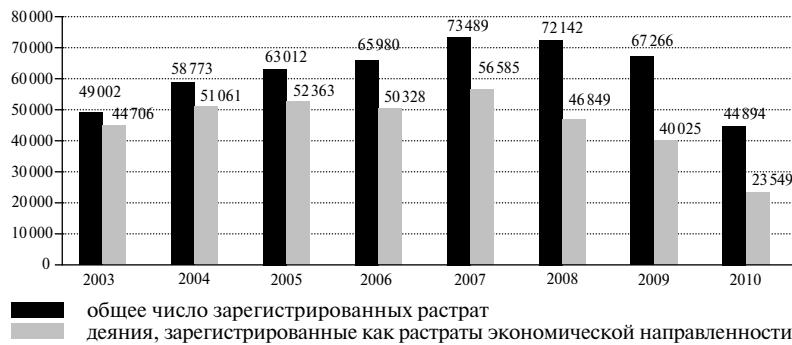


График 6. Общее число зарегистрированных растрат и деяний, зарегистрированных как растраты экономической направленности (данные МВД)

Одной из тенденций в практике уголовного преследования предпринимателей является возбуждение против бизнесменов уголовных дел не только по статьям, относящимся к главе УК о преступлениях в сфере экономической деятельности, но и по так называемым «общеуголовным» статьям – дел по обвинению в мошенничестве, растрате «экономической направленности».

Чрезмерная криминализация предпринимательской деятельности проявляется и в масштабах уголовного преследования бизнеса. За 2000–2010 годы в связи с предпринимательской деятельностью уголовной репрессии было подвергнуто такое число лиц, которое составляет 15,2 процента от общего числа субъектов экономической деятельности (коммерческие организации,



График 7. Преступления экономической направленности: соотношение числа выявленных, расследованных (переданных в суд) и безосновательно зарегистрированных деяний (расчет на основании данных МВД)

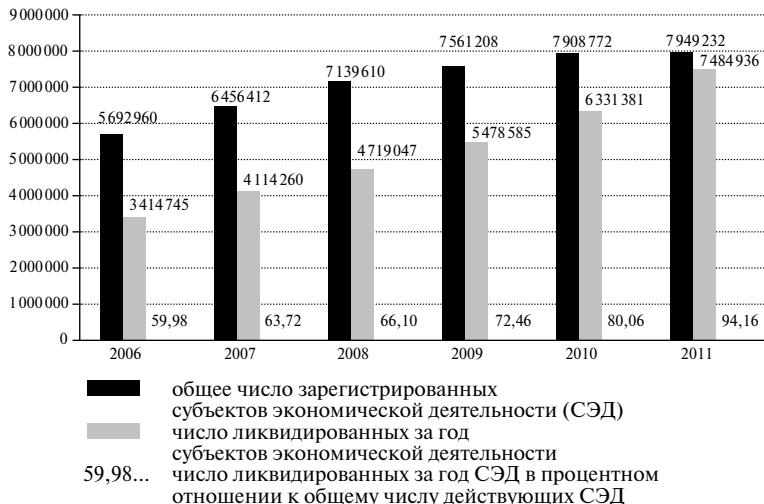
индивидуальные предприниматели, фермеры) по состоянию на 2010 год (*расчет на основании данных Росстата, МВД и ФНС*). По экспертным оценкам, в настоящее время число находящихся в местах лишения свободы лиц, осужденных в связи с предпринимательской деятельностью, превышает 100 000 человек¹.

4. Прямыми экономическим последствием чрезмерной криминализации предпринимательской деятельности являются бюджетные расходы на безосновательное и не завершающееся приговором уголовное преследование бизнесменов. Для уголовного преследования за преступления экономической направленности характерен существенный разрыв между выявленными (зарегистрированными) преступлениями и преступлениями, дела по которым переданы в суд (расследованы) (график 7).

Таким образом, можно дать экспертную оценку, что от 26 до 40 процентов бюджетных расходов на уголовное преследование предпринимателей тратятся с обратным экономическим результатом, так как этими средствами «оплачивается» полное или частичное подавление *легального бизнеса*, то есть социального механизма, обеспечивающего экономический рост.

5. Обширная уголовная репрессия в отношении предпринимателей является одним из факторов, влияющих на состояние

¹ Экспертная оценка на основании данных по состоянию на 2007–2009 годы. — *Прим. ред.*



Данные о действующих (указанных в государственных реестрах) и ликвидированных за год субъектов экономической деятельности (коммерческие организации, индивидуальные предприниматели, фермеры) (расчет на основании данных ФНС)

График 8. Действующие и ликвидированные субъекты экономической деятельности

инвестиционного климата в стране. Жесткая уголовная политика в сфере экономики стала причиной возникновения в России такой фобии, как страх перед ведением бизнеса (так называемый эффект окрашенной скамейки). Страх бизнеса, вызываемый риском утратить собственность или свободу, порождает целый ряд последствий: отказ от ведения предпринимательской деятельности (график 8), бегство капиталов (график 9), эмиграция бизнесменов (графики 11–12).

Степень влияния уголовной политики в сфере экономики на состояние инвестиционного климата относится многими специалистами к невычислимой величине, однако комплексное рассмотрение этой проблемы позволяет говорить о том, что в ряде случаев влияние жесткой уголовной репрессии (боязнь потерять в результате этого собственность и свободу) оказывается более весомым фактором, создающим мотивацию для изъятия капиталов из российской экономики и эмиграции бизнесменов, чем даже волны экономического спада-подъема, коррупция, произвол чиновников (так называемые «административные барьеры»).

Рост числа ликвидированных субъектов экономической деятельности, демонстрирующий устойчивое увеличение числа

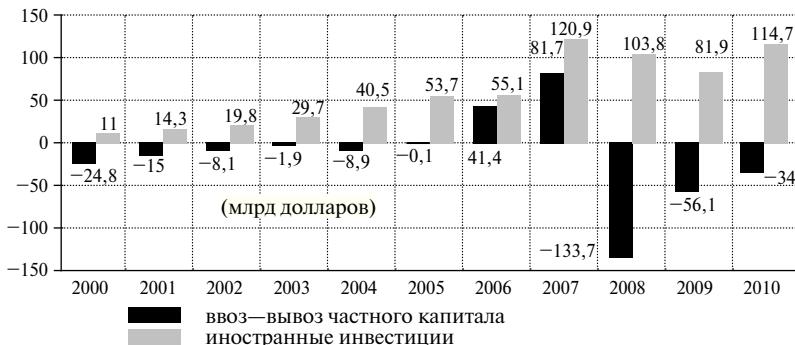


График 9. Ввоз—вывоз частного капитала из России (данные ЦБ России), прямые иностранные инвестиции в Россию (данные Росстата)

предпринимателей, отказывающихся от ведения предпринимательской деятельности, трудно признать следствием исключительно экономических причин, поскольку увеличение числа лиц, отказавшихся от ведения бизнеса, во временных периодах никак не коррелируется с периодами экономического роста (спада). С 2006 по 2011 год число предпринимателей, прекративших свою деятельность, постоянно нарастало и в 2011 году составило более 94 процентов к числу действующих (зарегистрированных) субъектов экономической деятельности.

Статистика вывоза—ввоза капитала частным сектором и иностранных инвестиций (график 9) свидетельствует о том, что вывоз капитала по сути представляет собой бегство капитала не столько из страны, сколько из сложившегося в России реального правопорядка, агрессивного в отношении бизнесменов и собственности, используемой в предпринимательской деятельности. Подтверждением этого является статистика по прямым иностранным инвестициям в Россию различных стран (график 10 на с. 442): страны, являющиеся явными лидерами во ввозе в страну капитала, относятся к традиционным «финансовым гаваням», и основная доля «иностранных» инвестиций из этих стран в Россию представляет собой форму возврата в страну российского капитала, желающего приобрести дополнительные юридические гарантии иностранным инвесторам, предоставляемые законом или существующие де-факто.

Происходит и активная эмиграция бизнесменов. По данным проведенного ЦеССИ (Институт сравнительных социальных исследований) опроса предпринимателей о вероятности их отъезда за рубеж в ближайшие 5 лет, 17 процентов бизнесменов серьезно

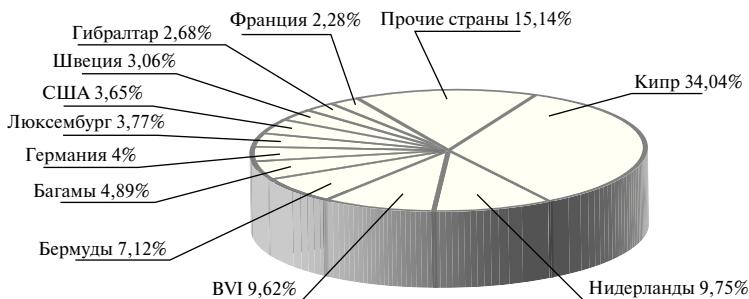


График 10. Прямые иностранные инвестиции в Россию (расчет на основании данных ЦБ России по состоянию на январь 2010 года)

рассматривают возможности отъезда из страны. При этом наибольший процент бизнесменов, твердо намеренных уехать из страны, составляют владельцы бизнеса (6 процентов) и предприниматели, работающие в малом бизнесе (до 100 человек) (9 процентов). Кроме того, эта оценка эмиграционных *настроений* может быть существенно скорректирована с учетом данных о том, что 7 процентов предпринимателей уже находятся за границей 4 и более месяцев в год (график 11).

Примерно 7 процентов бизнесменов находятся в эмиграции или в состоянии ползучей (скрытой) эмиграции. С учетом 6 процентов не пожелавших ответить на вопрос, бывают ли они за границей (основным объяснимым мотивом чего, вероятно, следует считать то, что бизнесмен уже проживает за границей), можно высказать обоснованное предположение, что не менее 10 процентов российских предпринимателей уже эмигрировали или находятся в состоянии скрытой эмиграции. Это косвенно подтверждается и данными Цесси о том, что примерно у 12 процентов опрошенных бизнесменов дети учатся (и, соответственно, проживают) за границей.

Показательны мотивы эмиграционных настроений бизнеса (график 12): абсолютным лидером в мотивации отъезда предпринимателей является правовая незащищенность их и их собственности (19 процентов). В совокупности с ответом «могут посадить в тюрьму» (5 процентов) эта цифра, даже без учета таких мотивов, как произвол чиновников (10 процентов) и коррупция (9 процентов), составляет 24 процента, в разы опережая любую иную мотивацию к эмиграции.

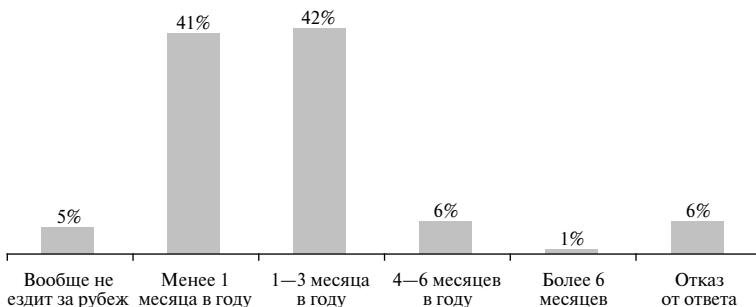


График 11. Сколько времени российские бизнесмены проводят за рубежом (данные ЦеССИ)



График 12. Ответы бизнесменов на вопрос, почему вы хотите уехать из России (данные ЦеССИ)

6. Расходы системы исполнения наказаний на содержание осужденных не обеспечивают требуемого уровня жизни в пенитенциарных учреждениях, однако они велики в сравнении с реальным уровнем жизни в стране и составляют в расчете на одного заключенного суммы, сравнимые со средней заработной платой и превышающие среднюю пенсию (график 13).

С учетом того, что отношение числа лиц, совершивших преступления в сфере экономики, к общему числу лиц, совершивших преступления, в последние годы, согласно расчетам на основании данных Росстата, составляло 6–7 процентов, можно оценочно определить, что такой же процент бюджетных расходов на содержание системы исполнения наказаний связан с содержанием лиц, осужденных за преступления в сфере экономики.

7. Хотя действующим уголовным законом конфискация имущества, которое не относится к добытому преступным путем, не установлена и утрата собственности предпринимателем, обвиняемым в совершении преступления экономической направленности, предусмотрена только в пределах штрафов, установленных соответствующими статьями Уголовного кодекса, а также в размерах



График 13. Соотношение средней заработной платы, средней пенсии и бюджетных расходов на содержание системы исполнения наказаний в пересчете на одного заключенного в месяц (расчеты на основании данных государственного бюджета, ФСИН и Росстата)

ущерба, реально причиненного потерпевшим (при наличии таких), на практике уголовное преследование предпринимателей, как правило, ведет к полной или частичной утрате ими собственности (бизнеса). Такая утрата собственности в большинстве случаев происходит вне зависимости от обоснованности уголовного преследования (наличия или отсутствия обвинительного приговора суда). Потеря бизнеса нередко происходит уже на стадии предварительного расследования — либо в связи с гибелю бизнеса, оставшегося без управления, либо в связи с отказом обвиняемого от бизнеса в пользу лиц, в чьих интересах действует следствие. Частичная утрата собственности предпринимателем происходит также вследствие коррупции — в результате попыток откупиться от уголовного преследования.

Количественные показатели указанных экономических потерь поддаются лишь частичной оценке. Однако если даже исходить из гипотезы, что объектом уголовного преследования является только мелкий бизнес (малые предприятия), то исходя из количества лиц, в отношении которых ежегодно осуществляется уголовное преследование по делам в сфере экономики, и учитывая данные о среднем обороте малых предприятий, можно констатировать, что в результате уголовного преследования в стране ежегодно гибнет или подвергается угрозе гибели бизнес, общий оборот которого составляет не менее 467 млрд рублей в год (табл. 2). Если исходить из того, что объектом уголовного преследования в действительности являются не только малые предприятия, то сумма этих потерь (рисков), вероятно, может быть мультиплицирована.

Таблица 2

Расчет минимальных потерь (рисков) экономики от уголовного преследования бизнеса

Среднее число привлеченных к уголовной ответственности по делам экономической направленности в год (<i>расчет на основании данных Росстата за 2004–2009 годы</i>)	88 741,00
Количество предприятий, затронутых уголовным преследованием (<i>из расчета 2 человека на предприятие</i>)	44 370,50
Средний годовой оборот малого предприятия (рублей) (<i>расчет на основании данных Росстата за 2009 год</i>)	10 529 235,57
Оборот предприятий, ставших объектом уголовного преследования (рублей в год)	467 187 446 858,69



График 14. «Ущерб» от преступлений экономической направленности — в абсолютном выражении и в процентах ВВП (данные МВД, расчет на основании данных Росстата)

Размеры экономических потерь от реализации жесткой уголовной политики в отношении предпринимателей могут быть существенно уточнены с учетом официальной статистики МВД о материальном ущербе от преступлений экономической направленности (график 14).

Понимание особенностей диспозиций статей уголовного кодекса о преступлениях в сфере экономической деятельности (для которых характерно установление уголовной ответственности не только за причинение ущерба, но и за получение дохода), а также особенностей практики уголовного преследования предпринимателей позволяет определить, что официальная статистика об «ущербе» от преступлений экономической направленности в действительности в основной массе представляет собой сведения не о фактическом ущербе (который по уголовным делам в отношении предпринимателей в подавляющем большинстве случаев отсутствует), а сведения о размерах дохода, полученного предприятиями, владельцы, руководители или персонал которых стали обвиняемыми по уголовным делам экономической направленности, а также сведения о стоимостном выражении коммерческих сделок (транзакций), которые правоохранительными органами были квалифицированы как преступные деяния (что, в частности, стало фактическим стандартом по делам о «предпринимательских» мошенничестве, присвоении, растрате, легализации, вымогательстве).

Показательной является статистика за 2004–2005 и 2008–2009 годы, которая обнаружила «взрывной» (более чем в 5–7 раз) рост «ущерба» по делам экономической направленности. Такой резкий рост данных был вызван включением в статистику 2005 года «ущерба», установленного по так называемому делу «Юкоса». На статистику 2009 года также, по всей видимости, повлияли «второе дело Ходорковского — Лебедева» с суммой «ущерба», приравненного фактически к обороту крупнейшей нефтяной компании, а также уголовные дела против других крупных компаний (в частности, в этот период времени осуществлялось уголовное преследование в отношении руководителей и персонала фонда Hermitage Capital Management, владельцев компаний «Арбат-Престиж», «Евросеть», а также в отношении других крупных компаний).

Дело «Юкоса» не только было первым в смысле фиксации уголовной статистикой рекордного «ущерба», исчисляемого несколькими процентами ВВП (6,48 процента), но и задало своеобразный стандарт исчисления «ущерба» по уголовным делам. Использование этого стандарта приводит к тому, что данные о реальном ущербе составляют лишь крайне незначительную часть статистики об «ущербе» от преступлений экономической направленности. Кроме того, дело «Юкоса» важно для понимания последствий уголовного преследования предпринимателей, когда стандартным результатом такого преследования является прекращение бизнеса, ставшего объектом уголовной репрессии, и как следствие этого — принудительный передел собственности, существовавшей и использовавшейся в таком бизнесе.

С учетом некоторых погрешностей, которые принципиально не меняют общую картину, можно констатировать, что в 2004–2010 годах объектом уголовного преследования стали предприятия, годовой доход которых составлял от 0,35 процента до 6,48 процента ВВП. Таким образом, чрезмерная криминализация предпринимательской деятельности и жесткая уголовная политика в сфере экономики имели своим следствием то, что за последние годы в результате уголовных преследований ежегодно прекращали свою деятельность предприятия, доход которых в среднем составлял около 1,82 процента ВВП (суммарно 12,75 процента ВВП за 2004–2010 годы).

ПРИЛОЖЕНИЕ

Таблица 1

Криминализация деяний в сфере экономики в различных транзитных странах

	Виды преступлений в сфере экономической деятельности	Россия	Беларусь	Казахстан	Украина	Латвия	Чехия
1	Незаконное предпринимательство	+	+	+	—	+	+
2	Операции с немаркированными товарами (без марок и чеков)	+	+	+	+	—	+
3	Незаконная банковская деятельность	+	—	+	+	—	—
4	Легализация	+	+	+	+	+	+
5	Самолегализация	+	+	—	—	—	—
6	Незаконное получение кредита (льгот)	+	+	+	+	+	—
7	Уклонение от погашения кредиторской задолженности	+	+	—	—	—	—
8	Ограничение конкуренции (монополистическая деятельность)	+	+	+	—	+	+
9	Фальсификация реестров (деклараций) компаний, имущества	+	—	+	+	+	—
10	Незаконное использование товарного знака	+	+	+	+	+	+
11	Нарушение авторских и смежных прав	+	+	+	+	+	+
12	Нарушение изобретательских и патентных прав	+	+	+	+	+	+
13	Ложные измерения (пробирные клейма)	+	+	—	—	+	+
14	Нарушение коммерческой тайны	+	+	+	+	+	+
15	Подкуп организаторов и участников конкурсов (соревнований)	+	+	—	—	—	—
16	Злоупотребления при эмиссии ценных бумаг	+	+	+	—	+	+
17	Сокрытие информации о компании (собственности)	+	—	+	+	+	+
18	Нарушение порядка учета ценных бумаг и сделок с ними	+	—	+	+	—	—
19	Манипулирование рынком	+	—	—	+	—	+
20	Нарушение прав владельцев ценных бумаг	+	—	+	+	—	—
21	Фальсификация решения общего собрания	+	—	+	—	—	—
22	Товарная (экономическая) контрабанда	—	+	+	+	+	—
23	Невозвращение культурных ценностей	+	+	—	—	—	—

Продолжение Табл. 1

	Виды преступлений в сфере экономической деятельности	Россия	Беларусь	Казахстан	Украина	Латвия	Чехия
24	Незаконный оборот драгоценных металлов и камней	+	+	-	-	-	-
25	Несдача драгоценных металлов и камней	+	-	-	-	-	-
26	Невозвращение валюты из-за границы	+	+	+	-	-	-
27	Уклонение от уплаты таможенных платежей	+	+	+	-	+	-
28	Неправомерные действия при банкротстве	+	+	+	-	+	+
29	Преднамеренное банкротство	+	+	+	+	+	+
30	Фиктивное банкротство	+	+	+	-	-	-
31	Уклонение от уплаты налогов и сборов	+	+	+	+	+	+
32	Неисполнение обязанностей налогового агента	+	-	-	-	-	-
33	Сокрытие имущества от взысканий и налогов	+	+	+	-	+	+
34	Производство (оборот) товаров (услуг), опасных для здоровья	+	+	+	+	+	+
35	Открытие счетов за границей	-	+	-	-	-	-
36	Лжепредпринимательство (фактивное предпринимательство)	-	+	+	+	-	-
37	Незаконные действия с векселями	-	+	-	-	-	-
38	Дискредитация деловой репутации конкурента	-	+	-	-	-	+
39	Заведомо ложная реклама	-	+	+	-	+	+
40	Обман потребителей	-	+	-	-	-	+
41	Совершение сделок без намерения исполнения	-	-	+	-	-	-
42	Нарушение бухучета и финансовой (налоговой) отчетности	-	-	+	-	+	+
43	Ложные сведения о банковских операциях	-	-	+	-	-	-
44	Сокрытие информации о несостоятельности	-	-	+	-	+	-
45	Занятие запрещенной хозяйственной деятельностью	-	-	-	-	+	-
46	Незаконный оборот дисков для лазерных систем	-	-	-	+	-	-
47	Незаконное занятие игорным бизнесом	+	-	-	+	-	+
48	Незаконный оборот подакцизных товаров	-	-	-	+	+	-

Продолжение Табл. 1

	Виды преступлений в сфере экономической деятельности	Россия	Беларусь	Казахстан	Украина	Латвия	Чехия
49	Незаконные операции с металлом	—	—	—	+	—	—
50	Использование инсайдерской информации	с 2013	—	—	+	—	+
51	Незаконная приватизация	—	—	—	+	—	—
52	Ростовщичество	—	—	—	—	+	+
53	Нарушение правил торговли	—	—	—	—	+	—
54	Незаконное отчуждение предмета залога	—	—	—	—	+	—
55	Незаконные операции с нефтепродуктами	—	—	—	—	+	—
56	Нарушение специальных запретов по валютным операциям	—	—	—	—	—	+
57	Махинации в публичных торгах и госзакупках	—	—	—	—	—	+
58	Нарушение эмбарго	—	—	—	—	—	+
59	Подделка произведений искусства	—	—	—	—	—	+
60	Легализация по халатности	—	—	—	—	—	+
61	Незаконное образование юридического лица	+	—	—	—	—	—
62	Незаконное использование документов для образования юридического лица	+	—	—	—	—	—
63	Нечеловеческое использование денег от размещения облигаций	—	—	+	—	—	—
64	Утрата документов реестров владельцев ценных бумаг	—	—	+	—	—	—
65	Рейдерство	—	—	+	—	—	—
66	Ложные сведения с целью получения льгот (субвенций)	—	—	—	+	—	+

ПРИЛОЖЕНИЕ D
СТЕНОГРАММА СИМПОЗИУМА «УГОЛОВНАЯ
ПОЛИТИКА И БИЗНЕС»
(Москва, НИУ ВШЭ, 08.12.2011)

УЧАСТНИКИ:

Абрамов А.В., помощник первого заместителя председателя Правительства Российской Федерации

Аузан А.А., заведующий кафедрой прикладной институциональной экономики экономического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова, доктор экономических наук, профессор

Григорьев Л.М., кандидат экономических наук, доцент, заведующий кафедрой мировой экономики НИУ ВШЭ, главный эксперт Центра правовых и экономических исследований

Жуков В.М., заместитель председателя Верховного Суда в отставке, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, главный эксперт Центра правовых и экономических исследований

Зайцев П.В., адвокат

Зиновьев Р.Ю., адвокат

Козлов А.А., предприниматель

Кузьминов Я.И., ректор НИУ ВШЭ

Макаров А., предприниматель

Манылов И.Е., статс-секретарь — заместитель министра экономического развития Российской Федерации, кандидат юридических наук

Морицакова Т.Г., заместитель председателя Конституционного Суда в отставке, доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации, заслуженный юрист Российской Федерации, главный эксперт Центра правовых и экономических исследований

Наумов А.В., доктор юридических наук, профессор

Никитинский Л.В., президент Гильдии судебных репортеров, обозреватель «Новой газеты», кандидат юридических наук

Новиков И.А., эксперт Центра правовых и экономических исследований

Новикова Е.В., доктор юридических наук, научный руководитель Центра правовых и экономических исследований

Панеях Э.Л., ведущий научный сотрудник Института проблем правоприменения

Пикуров Н.И., доктор юридических наук, профессор

Радченко В.И., Первый заместитель Председателя Верховного суда в отставке, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, главный эксперт Центра правовых и экономических исследований

Ривкин К.Е., адвокат, кандидат юридических наук

Романова О.Е., профессор НИУ ВШЭ, журналист, кандидат экономических наук

Салыгин Е.Н., декан факультета права НИУ ВШЭ, кандидат юридических наук, доцент

Субботин М.А., генеральный директор научно-консалтинговой компании «СРП-Экспертиза», старший научный сотрудник Института мировой экономики и международных отношений РАН, заместитель директора Центра правовых и экономических исследований, кандидат экономических наук

Титаев К.Д., ведущий научный сотрудник Института проблем правоприменения

Тосунян Г.А., президент Ассоциации российских банков, член-корреспондент РАН, профессор, доктор юридических наук, кандидат физико-математических наук, заслуженный деятель науки Российской Федерации

Файерстоун Т., представитель Министерства юстиции США, посольство США в Москве

Федотов А.Г., эксперт Центра правовых и экономических исследований, адвокат, кандидат юридических наук

Федотов М.А., Советник Президента России, Председатель Совета по развитию гражданского общества и правам человека при Президенте России, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации

Якобашвили Д.М., предприниматель, член бюро правления Российского союза промышленников и предпринимателей

Яковлев А.А., кандидат экономических наук, директор Института анализа предприятий и рынков НИУ ВШЭ, директор Международного центра изучения институтов и развития НИУ ВШЭ

Ясин Е.Г., научный руководитель НИУ ВШЭ, научный руководитель Экспертного института НИУ ВШЭ, доктор экономических наук, профессор

КУЗЬМИНОВ Я.И.:

— Мы сегодня проводим, пожалуй, одно из самых главных мероприятий этого года. Проблема, как оживить инвестиционный климат в нашей стране, в огромной степени упирается в риски, существующие в России для бизнеса, эти риски можно называть рисками функционирования. Наша правовая система, в отличие от экономической, не претерпела взрывообразного изменения. Изменения были плавными, что обеспечило или отразило мирный характер распада советской системы и формирования демократических и рыночных институтов в нашей стране. Но эта плавность, неразорванность имеет и свои негативные стороны, и негативные последствия. С одним из такого рода негативных последствий мы имеем дело последние 10–15 лет. Это теrudименты обвинительного отношения к бизнесу, к экономическим нарушениям, которые сохранились в нашей правовой системе, они происходят генетически, наверное, еще из советской правовой системы. Факт, что те элементы уголовного законодательства, которые сегодня сохранились и существуют в нашем праве и в правоприменительной практике, очень активно стали использоваться как в урегулировании конфликтов внутри бизнес-среды, так и в отношениях власти и бизнеса. Это сложилось постепенно. В 90-е годы урегулирование этих отношений шло скорее на основе «обычного» права, назовем это так. Шло больше на основе «понятий» и локальных договоренностей, чем правоприменения. И, наверное, поэтому недостатки были незаметны. Но как только у нас стало укрепляться государство (с конца 90-х — начала 2000-х годов), как только государство стало усиливаться по отношению к бизнесу, те проблемы, которые мы обсуждаем, приобрели системный характер.

Не секрет, что сейчас угроза перерастания хозяйственного конфликта в уголовное дело является одним из основных аргументов в улаживании тех или иных конфликтов, будь это конфликты между бизнесами (передел рынка, собственности), или взаимоотношения местной либо региональной администрации с теми или иными бизнес-структурами. Эта ситуация является одним из основных препятствий для того, чтобы у нас существовал нормальный экономический порядок, нормальная конкурентная жизнь бизнеса, когда бизнес может существовать не в форме обязательной клиентели той или иной политической или административной структуры, которая обеспечивает на неформальном уровне защиту от применения уголовно-правовых механизмов. Проблема состоит в том, что демонтировать эту систему связки «власть — бизнес»

в стране с только развивающейся рыночной экономикой, с несформированным до конца гражданским обществом, где средний класс составляет только четверть населения, — это очень сложно само по себе.

Сегодня речь идет о том, чтобы в конкретной точке, путем изменения уголовного законодательства, изменения тех его элементов, которые активно используются для давления на бизнес, начать демонтаж соответствующей системы. Этим, конечно, ограничиваться нельзя. Потребуются и другие действия: внутри судебной системы, внутри связки «полиция — следственный комитет — прокуратура — суды». Потребуются действия в самой бизнес-среде — по новому формированию обычай взаимоотношений в бизнесе, по активизации третейских судов, структур, выступающих медиаторами при улаживании конфликтов. Но для того, чтобы это делать, нужно демонтировать те инструменты, те законодательные нормы, которые сегодня используются.

ФЕДОТОВ М.А.:

— Тема, ради которой мы собрались здесь, заслуживает самого пристального внимания. Если мы хотим, чтобы страна процветала, у нее должен быть процветающий бизнес. Мы уже 20 лет живем в условиях рыночной экономики, понимая, конечно, что она у нас несовершенная, молодая, несформировавшаяся, с большими перекосами, перепадами, с высоким уровнем монополизации. Но другого способа создания нормальной экономики нет. Только на путях рынка может быть создана процветающая страна. Но одновременно с этим мы попали в ситуацию, когда рыночные отношения начинают (собственно, не начинают, уже давно начали) выходить за рамки экономики. Когда они проникают даже в такую сферу, где для рыночной экономики места совершенно не должно быть, а именно в сферу права. И в том числе в сферу уголовного права и уголовного правосудия. Такая «рыночная экономика» в этой сфере называется уже по-другому. Она называется коррупцией.

Не так давно один мой друг, с которым мы дружим начиная со второго курса университета, сказал мне: «Знаешь, раньше нужно было давать, чтобы уголовное дело прекратили. Сейчас нужно давать взятку и для того, чтобы его возбудили, и для того, чтобы его прекратили». Подобная ситуация абсолютно недопустима и неприемлема. Если мы ее не исправим, то ни о какой модернизации страны говорить невозможно. Коррупция проявляется в первую

очередь в делах, связанных с бизнесом, в делах, продиктованных стремлением недобросовестной конкуренции или стремлением рейдерского захвата чужого бизнеса, чужого имущества.

Что может сделать государство в этом направлении? Оно может, во-первых, изменить законодательство, во-вторых, изменить практику, и, в-третьих, может сделать решительные шаги для освобождения тех людей, которые понесли наказание в связи со своей предпринимательской деятельностью по ранее действовавшему законодательству. Иногда возникают совершенно парадоксальные ситуации, когда законодательство меняется, а уголовное преследование сохраняется.

Что может сделать государство? Изменить законодательство. Оно меняется достаточно решительно. По инициативе президента проведена крупная реформа уголовного законодательства. В Уголовный кодекс внесено большое количество изменений, в том числе в близкой для меня сфере «преступления в отношении журналистов». Это правильные, полезные изменения. Это изменения в сторону либерализации нашего уголовного законодательства. Но достаточно ли их? Как показывает практика, нет. Потому что даже те изменения, которые внесены в Уголовный кодекс, все-таки не решают многих вопросов, которые сегодня для нас совершенно очевидны. Например, в уголовно-процессуальном законодательстве появилась норма о том, что в отношении лиц, обвиняемых в преступлениях в области экономики, в сфере предпринимательской деятельности, не применяется такая мера пресечения, как заключение под стражу. Но возникает очень простая проблема. Дело в том, что у нас в Уголовном кодексе нет таких определений. И непонятно, в отношении каких статей Уголовного кодекса эта мера пресечения не должна применяться. Возникла несопряженность нормативных актов. Точно такая же ситуация с принятым в ноябре этого года законом, который касается борьбы с коррупцией. Он также юридически не сопряжен с другими законами. Как это может происходить, я не понимаю. Если государственно-правовое управление президента работает эффективно, если в Государственной думе есть свои юристы, в Совете Федерации есть свои юристы, то как же такое может быть?

Далее нужно говорить о практике. Практику тоже нужно менять. Но для того, чтобы менять практику, нужно менять менталитет правоприменителя. Это принципиально важная вещь. Потому что сегодня наш правоприменитель живет в ощущении того, что если он обвиняемому в преступлении даст более строгое

наказание, чем следовало бы по закону и по справедливости, то его за это никто не только не обругает, но даже не пожуриит. А если он даст более мягкое наказание, то сразу возникнет подозрение в том, что это решение было продиктовано коррупционными мотивами. То есть лучше быть более строгим, несправедливость в сторону строгости поощряется, а в сторону, наоборот, либерализации ответственности — порицается. Это — не закон, это — стереотипы мышления. Такую ситуацию нельзя изменить немедленно, но что-то можно сделать и одномоментно. Мы уже неоднократно обсуждали и со специалистами в области уголовного права и процесса, и с представителями бизнес-сообщества, и внутри Совета по развитию гражданского общества и правам человека вопрос о том, что либерализация уголовного законодательства предполагает в качестве обязательной своей части амнистию в отношении лиц, которые были осуждены за преступления в области экономики. Потому что для всех очевидно, что многие из этих людей оказались в местах лишения свободы в результате рейдерских операций под прикрытием уголовного законодательства и судопроизводства.

Таким образом, мне представляется, что из этих трех элементов и должно складываться решение этой проблемы. Попытки в этом направлении делаются. И те изменения, которые в уголовный закон внесены, — это важный шаг вперед. Мы должны поддержать это движение вперед, и не только поддерживать, но и подталкивать, инициировать новые реформы в этой сфере.

НОВИКОВА Е.В.:

— Уголовная политика — это самый мощный инструмент в руках государства, который реализуется через принятие закона и правоприменение, для противодействия преступности. В этой формуле запрятаны ответы на очень многие вопросы. Безусловно, законотворческая деятельность — это начальный этап. Правоприменение — это исполнение того, что в правовом государстве записано в уголовном, уголовно-процессуальном и уголовно-исполнительном законодательстве. Самое главное: на что нацелен весь этот инструментарий? Он нацелен на предупреждение совершения преступления или на наказание? Не будем забывать, что этот инструментарий полностью находится в руках уголовной юстиции. Она определяет и концепцию законодательства, и формат правоприменения, и цели. Это и проблема, и дилемма одновременно. Дело в том, что уголовная политика — это часть внутренней политики, которая может меняться, может корректироваться. Больше

того, она должна корректироваться, если меняется эпоха. Мы живем сегодня в другую эпоху. Цели, задачи и приоритеты, определяемые государством, властью, группами людей, стоящих у власти, не бывают раз и навсегда данными. Они должны корректироваться в зависимости от того, решена ли уже какая-то проблема на этом этапе либо ее решение невозможно. Парадокс сегодняшней ситуации состоит в том, что мы уже 20 лет живем в другой эпохе, но при этом в сфере экономики почему-то действует система уголовной репрессии прежней, тоталитарной эпохи. Определение приоритетов уголовной политики в сфере экономики по-прежнему остается прерогативой и вотчиной уголовной юстиции. Из повестки работы правительства эта проблематика выпала вообще. Много усилий вложила в решение этой проблемы Государственная дума, но ее усилий, как мы видим, оказалось недостаточно, несмотря на все уже отмеченные положительные моменты. Как результат, обширное применение уголовной ответственности имеет место и за незаконное предпринимательство, и за получение доходов в отсутствие ущерба, и на основе необоснованно широкой трактовки в законе формулировки «самолегализация» (основные «посадочные» статьи).

В итоге мы знаем, какое количество (нам удалось посчитать) предпринимателей оказалось за решеткой: больше 100 тыс. Данные по оттоку капитала и негативным социально-экономическим последствиям уголовных репрессий в отношении бизнеса, в принципе, ясны.

Мы отдаем себе отчет, что у нас предприниматель — далеко не ангел. Он может быть и криминальным, и аффилированным с коррумпированной частью номенклатуры, но где в наших условиях и взять другого? Нужно все же сначала дать возможность родиться, а потом, если у нас появляется нормальный предприниматель, его воспитывать и, если нужно, наказывать. К сожалению, пока у нас комфортно только предпринимателю, который обладает административным ресурсом. Масштабы уголовной репрессии таковы, что с этим нужно что-то делать, нужна незамедлительная корректировка уголовной политики в экономической сфере. В нынешней ситуации цели уголовной политики в сфере экономики, включая законодательные подходы и иные меры, силами уголовной юстиции изменить невозможно. Так же как и силами одних юристов-правоведов. Эти цели могут и должны быть существенно скорректированы именно экономистами, прежде всего находящимися в экономическом блоке правительства, их экспертами,

с активным участием бизнес-сообщества. В качестве удачного примера можно привести нашу совместную работу над «Стратегией-2020», которая позволила сформулировать и включить в программу ряд принципиальных соображений, а также выявить важную инициативу, предложенную Министерством экономического развития, по активизации роли бизнес-сообщества как фильтра при прохождении нормативно-правовых актов, которые касаются бизнес-сообщества и условий его деятельности.

Поэтому мы надеемся, что и среди присутствующих в зале, и среди тех, кто будет читать стенограмму, окажутся люди, которые смогут реально определять задачи и приоритеты уголовной политики в нашей стране, в том числе окажутся в состоянии переломить ситуацию с недоступной либо закрытой статистикой по преступлениям в экономической сфере. И кто (не побоюсь таких слов) сможет обеспечить ключевую роль экономического блока как первой скрипки или даже дирижера, определяющего основную мелодию.

ЯСИН Е.Г.:

— Для экономиста существенно то обстоятельство, что период бури и натиска, который продолжался в течение всего процесса роста нефтяных цен с 2000 по 2008 год, закончился. Вместе с ним закончился период «легких» денег. Последние судороги мы сейчас наблюдаем в Европе, где главы Германии и Франции пытаются ввести жесткие правила бюджетирования для членов Европейского Союза. Это означает, что меняются те факторы, которые действовали в последние годы и создавали у нас некое ощущение благополучия и, так сказать, нормального развития событий. В итоге руководство может сказать, что «вот мы успели сделать это и это». Сейчас ситуация поменялась, эти факторы исчерпали свои силы, и на арене появляются другие факторы. Какие — мы с трудом себе представляем. Потому что еще не осознали это по-настоящему. По-прежнему высоки цены на нефть, хотя они и не скачут вверх, но они нас поддерживают, хотя постоянно поступают данные о росте оттока капитала. Пока ощущение, что все в порядке.

Есть механизм роста, который мы можем запустить, это существенное повышение деловой активности, создание благоприятных условий для бизнеса, привлекательности для работы в России всех инвесторов и нашего собственного народа. Это также и активизация гражданского общества. Если нам удастся этого добиться, то тогда есть шансы, что темпы роста российской экономики

будут на уровне максимального использования потенциала, что, по моим оценкам, будет давать в среднем до 2050 года 4 процента роста в год. Постоянные разговоры о том, что «давайте подумаем, как сделать 5–7 процентов, вернуть то счастье, которое было не так давно», это — бессмысленно, потому что самые элементарные расчеты показывают, что у нас в предшествующем периоде темпы роста производительности труда составляли примерно 5 процентов в год. Это очень высокие показатели. Кроме того, на них оказывало скрытое, не поддающееся прямому учету влияние быстрого роста нефтяных цен. На самом деле, я думаю, рост производительности был скромнее. Предположим, что мы поддерживаем эти темпы. Вместо роста трудовых ресурсов на 2,2 процента в год, который мы наблюдали в последние годы, у нас будет снижение численности трудовых ресурсов на 1 процент в год. Вот и вся арифметика. Значит, 5 процентов роста производительности минус 1 процент — 4 процента, это много. Мы должны смотреть на вещи реально. Мы не сможем выбраться на 4 процента. Это будет все труднее и труднее. Возникает вопрос: «Что нам делать? Какие есть возможности?» Это повышение деловой активности, создание благоприятного делового инвестиционного климата. Это не пустые слова, мы привыкли к тому, что мы просто так говорим, и какого-то следа в том, что происходит вокруг, не остается. Но сейчас ситуация поменялась. И один из передовых участков этого, если хотите, фронта — это изменение взаимоотношений между бизнесом и правоохранительной системой, судебной системой, всем государственным аппаратом, который работает над созданием законодательства и применяет его. Ситуация в этой области сложилась исключительно опасная. Там не просто не так настройка идет. Дело в том, что у нас были определенные события, которые испортили взаимоотношения между бизнесом и властью. И в 2003 году (это наиболее яркие примеры), и еще до этого, и это непрерывно продолжается. Создалась ситуация, при которой российский бизнес, клянясь в своей преданности родине и руководству, ведет политику «не высовываться». По моим оценкам, это примерно половина той деловой активности, которая могла бы быть. С другой стороны, вся государственная машина исходит из твердого убеждения, что каждый бизнесмен — по своей природе вор. Даже если и не вор, то, как говорится в известном анекдоте, «если вы еще не попали под суд, то это не ваша заслуга, а это наша недоработка».

Мы должны сказать, что ситуация ненормальная. Сейчас мяч на стороне государственной машины, она продолжает подавлять

инициативу бизнеса, но, в конце концов, есть свои виноватые на обеих сторонах этого отношения. Цель в том, чтобы мы общими усилиями постарались добиться изменения ситуации. Наблюдая за тем, что происходит в этой области, я теперь хорошо понимаю, что значит «становление новых институтов». А у нас все переменные — это сейчас в основном институциональные изменения. В чем заключается изменение институтов? Это постоянная, напряженная дискуссия, противостояние различных сил, среди которых есть те, кому эти изменения необходимы и те, кому эти изменения не то что не нужны (может, они им тоже необходимы), но они считают, что если уступят, то проиграют, потому что это потеря лица, потеря власти, в общем, по их мнению, — катастрофа. Это система взаимоотношений, которая характерна для российского общества не только последние 20 лет, это было всегда: обязательно в любой схватке победить, добиться поражения соперника, а потом самому остаться с носом. Это очень характерно, я хочу обратить на это внимание. Наша задача заключается не в том, чтобы обвинять, хотя этот уклон, несомненно, будет, мы должны открыть дискуссию, стараться нормализовать отношения в этой области. Здесь не должно быть победителей и побежденных, в конечном счете. Конечно, те люди, которые нарушили закон или злоупотребляли своей возможностью применять закон, должны уйти. На их место должны заступить другие, которые также работают в этой сфере. Но общество должно почувствовать, что у него есть не только формальный институт, не только неформальное понимание и использование этого института, но также есть и общественная поддержка, вхождение этого института в плоть и кровь общества. Это трудно. Но если мы эту работу не доделываем, если мы этого не понимаем и продолжаем каждый раз исходить из правила «кто кого победит», то мы никогда не победим. В этом отношении нужны перемены.

Моя задача — сказать, что без того чтобы не были решены проблемы, которые мы обсуждаем, никакого роста экономики не будет. Максимум будет 1–2 процента. Большего мы не увидим. Поэтому мы должны понять, что от решения этих проблем зависит судьба страны. Это без всяких преувеличений. Когда собираются юристы, они иногда начинают впадать в такой юридический раж, что у них разговор только на языке норм, и уже мало кто их понимает. На самом деле предельно важно, чтобы мы понимали, что это общественная задача исключительной важности. Во всяком случае, я могу сказать от имени разработчиков «Стратегии-2020», что мы, в сущности, взяли в качестве отправной точки формирования

нового облика российской экономики повышение деловой активности и изменение обстановки в стране, которое способствует повышению деловой активности и доверия между государством, бизнесом и обществом.

ГРИГОРЬЕВ Л.М.:

— Есть одна проблема при общении между юристами, политиками и экономистами. Она состоит в том, что у нас, у экономистов, имеются определенные знания, которые не обсуждаются, мы это просто знаем, поскольку учим это с первого курса. Если собрать профессуру со всего мира, преподающую политэкономию, экономическую теорию, все ее аспекты изо всех университетов мира от Сингапура до Гарварда, то вся дискуссия займет около 15 минут. Разговор будет примерно такой: у них (это — о нас) сажают 15 тысяч, а арестовывают 70 тысяч в год, понятно, что этот бизнес работать не может. Все, профессура разошлась, дискутировать не о чем. Качественные институты, причем в европейской традиции, где был колоссальный прорыв в интеллектуальном развитии, модернизации, инновации, стоят на человеке-творце, который занимается творчеством в интеллектуальной элите, где организовано стимулирование его творческой активности с тем, чтобы он получал плоды от своей деятельности, зарабатывал от этого. Наши соседи на Западе достигли той стадии, когда даже абсолютно коммерчески непригодный человек имеет доход от своей интеллектуальной деятельности. Например, композитор Нино Рота был совсем не от мира сего, но и ему платили деньги за песни. Он был совершенно не в состоянии защищать свои коммерческие интересы, и все равно ему платили деньги по контракту за песни. Какой «Godfather» без Нино Рота? У нас «Godfather» есть, а Нино Рота нет. В результате мы имеем ситуацию, когда экспортируем нефть, потом в дополнение к ней экспортируем людей, причем бизнесменов, экспортируем молодежь и к ним деньги, чтобы они как-то жили.

У меня примерно год назад спросили, как может выглядеть кошмарный сценарий для страны без какой-либо социальной катастрофы? Он существует, он очень простой, я его когда-то уже где-то публиковал. Интеллектуально-финансовая элита уезжает из страны и управляет из-за рубежа с помощью юристов и охранников. В стране остаются гастарбайтеры и армия, посредством юристов охраняются интересы всех уехавших. Интеллектуальная деятельность в стране остается только для виду, пишутся

отчеты, постепенно теряющие всякий смысл. И поскольку отсюда публиковаться в западных журналах сложно, то мы все превратимся в диаспору, будем тихо сидеть в западных университетах, вместо 20 часов в неделю будем иметь 2, а остальное время писать статьи. И будем числиться большими интеллектуалами. На этом все закончено.

Мы обсуждаем не только проблему бизнеса, но и одновременно проблему социальных инноваций. Не было экономических прорывов в истории последних 50–60 лет при норме накопления в стране 21 процент. Евгений Григорьевич верно описал ситуацию с вероятными темпами роста. Но надо учесть, что даже для 1 процента роста в такой стране как наша, учитывая, что у нас завалена инфраструктура, 20 лет — яма в инвестициях в инфраструктуру, конечно, 21 процента накопления недостаточно. Даже для 3–4 процентов роста (это на пределе) нам нужно существенно больше. Мы — страна, которая пытается одновременно модернизироваться и экспортствовать капитал в огромных масштабах. Это просто экономическая аномалия. Крупнейшая проблема страны, нерешенная во время подъема, не только сейчас — это то, что мы не реинвестируем свои доходы от экспорта энергоносителей. Не бывало прорыва в европейской традиции при зажатых правах собственности и при ситуации, которую мы обсуждаем.

Вертикаль не работает при коррупции, потому что она становится вертикалью не для экономического роста. Вертикальная силовая управляемость не обеспечивает модернизацию, поскольку она просто физически не доводит деньги до того места, куда они должны быть направлены. При этом мы находимся в промежуточной, латиноамериканской структуре доходов, крайне неустойчивой. У нас точно такое, как у американцев, англосаксов, распределение доходов при совершенно другом уровне дохода. Поэтому остается проблема социальной неустойчивости, существует необходимость перекачки доходов от богатых к бедным тем или иным способом. Но у нас это происходит не через прогрессивный налог, а через перекачку нефтяной ренты. Мы еще не вышли из этого опасного периода развития, но тем больше груз ложится на предпринимателя, который должен это вытащить. Доходы от 12 до 25 тысяч долларов на душу населения — это уровень, где начинается более или менее устойчивая политическая гавань, правда, исключая большие кризисы, когда всех начинает «трясти».

Хочу напомнить, из какого состояния общества мы выходим. Мы убиваем сами себя больше, чем друг друга. Уровень само-

убийств только сейчас возвращается к состоянию некризисного периода. Некоторая нормализация в этой сфере отражает ситуацию в обществе, но полностью не снимает нервозность у людей. Второй пик убийств-самоубийств после кризиса 1998 года совершенно очевиден, хотя никто толком этим не занимался и не пытался объяснить, вероятно, он частично связан с перераспределением собственности.

В мировой практике есть понимание политических рисков. Обычно на это закладывается какой-то резерв, кто работал с займами Мирового банка, знает: там вводятся специальные страховки. У нас впору вводить страховку от политических рисков внутри страны для бизнеса. Наш бизнес не может принимать на себя нормальные коммерческие риски, потому что на нем висят политические риски плюс скрытые требования по собственности. Я повторюсь: для экономистов этот вопрос абсолютно ясен. Эта система не будет работать при такой уголовной репрессии. Юристы говорят: «Покажи это на данных, на статистике, как это происходит, какие потери». Точно это посчитать невозможно. Если вам показывают трубу с большой дырой в ней или с тремя дырами — что обсуждать? Понятно, что по этой трубе вы ничего не перекачаете, ни воды, ни керосина. Будет литься вбок. Что тут обсуждать? Обсуждать надо, как изменить нынешнюю ситуацию, при которой часть общества, часть правоохранительной системы, часть законодателей организовали такую систему, которая выгодна целому ряду отдельных личностей, но вредна целой стране. И вредна элите этой страны, если она хочет быть элитой большой, великой державы (а амбиции наши пока не снижаются, скорее даже как-то умеренно расрут). Не может быть нормального прогресса в европейской стране, которая по всем ресурсам (финансовым, человеческим, интеллектуальным, торговым) находится внутри мирового рынка и одновременно свой рынок «регулирует» такими методами, что бизнесмены массово подвергаются уголовной репрессии. Что делает студент, понимая, что в бизнесе у него — дорога в Сибирь? Немножко заработал — в Сибирь. Он хочет заниматься госслужбой, брать государственную ренту. Мы рухнули во всех рейтингах по интересу молодежи к бизнесу, верхние места занимает интерес к государственной службе. Это просто третий мир! Я уж не буду называть континенты, где это выгодно, в общем, это очевидно коррумпированные страны с очень низким доходом. Обычно эта тенденция наблюдается в странах даже не с нашими 12 тысячами долларов на душу населения. Желание стать начальником и брать ренту

с остального населения — это нормально для страны с 3—4 тысячами долларов годового дохода, к 12 тысячам это должно проходить, уже должны быть другие стимулы в жизни, но у нас этого не происходит. Студентов мы производим для западных магистратур, и они там застrelвают, потому что попадают в финансовую ловушку.

Бизнесмен, начиная работать, понимает, что скоро к нему придут, через год, через два. Первое, что он начинает делать: у него уходят деньги на ренты всяким администраторам, то есть он уплачивает скрытые дивиденды, которые снижают его возможности реинвестирования, тем самым он вынужден завышать норму прибыли, тянуть цены вверх, снижать эффективность бизнеса, конкурентоспособность, потому что ему надо заплатить там, там и там. Кроме того, он понимает, что поскольку рано или поздно к нему придут, (примерно 75 тысяч арестов в год по соотношению с реальным деловым комьюнити — очень высокая величина), он вынужден сразу создавать страховку на Западе, хотя бы для семьи.

С точки зрения интеллектуальной собственности, за малым исключением, выясняется, что выгодно придумать что-то и в голове унести это на Запад, а там реализовывать, потому что здесь невыгодно, так как слишком большие входные платежи, нельзя начать бизнес, слишком большой риск оказаться под ударом, потому что с тебя требуют ренту до того, как ты создал продукт и начал зарабатывать.

Возбуждение дела против бизнеса в нашей стране есть форма кормления. Опросы населения показывают, что на 60—80 процентов все полагают, что силовые структуры участвуют в отъеме собственности.

ТОСУНЯН Г.А.:

— Проблема, которая заявлена, настолько очевидно актуальна, что нужно себя ограничивать в количестве примеров и дополнительных аргументов, чтобы не повторяться. Для нас эта ситуация, когда мы понимаем, что бизнес может развиваться не столько благодаря поддержке, сколько вопреки всему окружающему административному давлению, — это одна из самых серьезных проблем, тормозящих развитие кредитной системы. Что самое интересное: козлами отпущения любят делать банки, и считается, что во всех грехах нашей экономики именно они виноваты в первую, потому якобы являются структурами, уводящими деньги, воруют у государства, завышают процентные ставки, не дают развиваться отраслям экономики. Банки, естественно, святыми структура-

ми не являются, но на самом деле ситуация такова (я могу привести примеры), что эти ограничения в сфере кредитования часто оправдываются ссылкой на мошеннические действия, с которыми нужно бороться, ограничивая, допустим, финансовую систему в той или иной форме.

Чтобы не быть голословным, приведу наглядный пример, который мы обсуждали на прошлой неделе в Центральном банке. Нам говорят, что ряд нормативных актов принят в связи с тем, что на рынке появилось очень много зеркальных векселей, и это нарушение вексельного оборота приводит к тому, что «рисуются» балансы, что обеспечение на самом деле не обеспеченное, что потом выявляются финансовые дыры, и Центральный банк не может ничего с этим сделать. Задаем вопрос: каков объем таких векселей и число банков, которые с ними «работают»? По скромным подсчетам, их якобы 10–15, по более пессимистическим подсчетам, их якобы 40. Хорошо. Но если их 10–15 или даже 40, давайте их точечно выявлять и точечно соответствующую опухоль вырезать. Нам говорят — нет, это сложный процесс, потому что происходит миграция групп, которые в одном банке осуществили аферу с векселями, а потом перешли в другой банк. Задается вопрос: если речь не о банке, а о группе, совершающей соответствующие преступления, может быть, надо бороться с ней не путем создания дополнительных резервов, ограничивающих возможность банков в кредитовании. Может быть, мы будем уголовно-правовыми методами с этим бороться, будем находить эти преступные группы? А Центральный банк отвечает: «Это не в наших силах, это компетенция правоохранительной системы, но она бездействует». По аналогии получается так: выяснилось, что по дорогам перевозятся наркотики, оружие и взрывчатые вещества, вместо того чтобы как-то заставить правоохранительную систему, иные структуры государства найти этих перевозчиков и изъять наркотики и оружие, нам говорят — нет, давайте сузим дорогу, сделаем ее однополосной, поставим множество шлагбаумов и будем передвигаться со скоростью 10 км в час по всей стране, но при этом все равно никто не ловит этих перевозчиков наркотиков и оружия. Что дальше? Мы так и будем двигаться с точки зрения развития кредитной и банковской системы, финансовых потоков, со скоростью 10 км в час, потому что нам говорят, что главное — это стабильность, безопасность, а процесс развития — вторичен?

Когда неэффективна правоохранительная и судебная система, когда я, беря в залог в качестве обеспечения какое-то имущество,

недвижимость, понимаю, что потом реализация залога затягивается на долгие годы, становится понятно, что мы, как и любая из отраслей экономики, фактически являемся заложниками неэффективной судебной и правоохранительной системы. Ужесточением здесь мы ничего не добьемся. Нужны точечность и эффективность воздействия, а не репрессивные меры.

АБРАМОВ А.В.:

— Мне кажется, что вопрос о либеральности уголовной политики всегда имеет как минимум, две стороны, а может быть, даже и больше, потому что мы всегда должны понимать, что излишне либеральная уголовная политика отражается на экономическом росте, на самочувствии государственных структур, отражается на населении, потому что это влияет на доходы бюджета, на реализацию инвестиционных проектов и на многие другие вещи. Поэтому следует подходить очень осторожно к вопросу о коррекции уголовной политики. Не всегда нужно принимать общее решение, когда мы сталкиваемся с какими-то частными, конкретными проблемами. Очень часто страдает не наше законодательство, а практика его применения. Все вы знаете известную расхожую фразу, что суровость российских законов компенсируется необязательностью их исполнения.

Мне кажется, что одно из основных направлений по совершенствованию уголовной политики — концентрироваться именно на том, чтобы понять конкретные проблемы, с которыми сталкивается бизнес в своей деятельности, понять, где нужно откорректировать, где нужно, может быть, действительно ослабить уголовно-правовое регулирование.

Мне кажется, что акцент именно на экономике, — правильный, важный. Конечно, нельзя себе представить, чтобы экономика была оторвана от правового регулирования, от уголовной политики, но не надо забывать про социальную политику государства. Те цифры, которые нам показывали по уровню убийств, самоубийств, ведь это — результаты того, как государство заботится о населении, о незащищенных слоях. Основной массе населения нужно дать хотя бы минимум дохода, позволяющий людям нормально жить. Это очень сложная проблема, и я думаю, что сегодня какие-то серьезные и интересные предложения могут возникнуть, и Правительство Российской Федерации готово такие предложения рассматривать.

МАНЫЛОВ И.Е.:

— Тезис об уменьшении уголовно-правового давления на экономику и бизнес должен рассматриваться в комплексе с «самоограничениями» (в кавычках), то есть с возможностью хозяйствующих субъектов работать по понятным и прозрачным правилам. Дискуссия показывает, что, с одной стороны, мы критикуем систему за излишнюю суровость, с другой — пока не можем четко оценить, какой у нас в экономических отношениях сложился порядок, могут ли их субъекты сами, без всяких жестких санкций себя ограничить. Поэтому дискуссия часто сводится к тому, как пороть: сильно или чуть-чуть шлепать? С точки зрения экономического ведомства я бы хотел сказать, что те идеи, которые отражены в проекте и которые обсуждались накануне подготовки этого мероприятия, безусловно, нами поддержаны.

Хотел бы расставить несколько акцентов. Во-первых, с точки зрения санкций. За время действия новой российской конституции в стране проведено несколько амнистий. Большое число людей, которые были освобождены от уголовного преследования и наказания, это люди, совершившие преступления имущественного характера небольшой и средней тяжести либо преступления, которые не причиняли реального вреда или ущерба. Тенденция смягчения уголовной репрессии нашла отражение в двух крупных поправках в Уголовный кодекс. За два-три года их было внесено около шестидесяти. В принципе, общий тренд на гуманизацию уже сложился, он уже научно обоснован, и даже пишутся диссертации на эту тему.

Что, мне кажется, назрело, и что я поддержал бы в рекомендациях, — надо ставить вопрос о новом Уголовном кодексе не только в смысле соотношения преступлений, системы санкций и составов по экономическим преступлениям, но и в смысле их места в общей системе уголовного права. За последние 10 лет мы пережили несколько кампаний, шла борьба с терроризмом, борьба с порнографией, педофилией. Возник некий дисбаланс. Думаю, будет полезно оценить соотносимость системы санкций за совершение преступлений в экономической сфере с санкциями за другие общественно опасные деяния, не связанные с экономикой, с хозяйственной деятельностью.

Практика показывает, что сокращение составов экономических преступлений привело к тому, что стала популярной 159-я статья УК, предусматривающая, как известно, ответственность за мошенничество. Она стала использоваться очень активно, но

процент доведенных до суда дел, по-моему, около 20—30 процентов. Это говорит о том, что все равно правоохранитель придумывает, за что можно посадить. Поэтому надо рассматривать проблемы в комплексе, корректировать не только УК, но и улучшать уголовное судопроизводство, качество следствия и правосудия, качество исправительной системы.

Мне кажется, идея амнистии предпринимателей как таковая верна, но чтобы она не звучала так, будто все предприниматели — преступники, но надо их надо амнистировать. Возможно, надо использовать какое-то другое понятие взамен амнистии. Нужен другой термин, может быть, не такой яркий, а более нейтральный, я бы сказал.

ЯКОВЛЕВ А.А.:

— Это очень важная и нужная дискуссия, но мне кажется, что правильно было бы пойти чуть дальше. На некоторых предшествующих обсуждениях такие попытки уже делались, в частности был очень хороший комментарий, сделанный Жалинским на семинаре в Высшей школе экономики по поводу стимулов и мотивации в праве. Можно иметь самое замечательное законодательство, но правоохранители, имея свои стимулы, будут продолжать использовать это законодательство в своих целях и находить статьи, по которым все равно будут сажать людей из бизнеса. То, что говорил Жалинский, очень наглядно и печально. Парадокс в том, что это касается всех — не только людей в погонах, но и адвокатов, потому что они на этом тоже зарабатывают себе кусок хлеба с маслом, и с икрой иногда. То, что думающая элита юридического сообщества осознала эту проблему, подняла этот вопрос и пытается его решать, это, на мой взгляд, очень важно, но нужно сделать следующий шаг, то есть понять, каким образом поменять мотивацию. Законы — это очень важно, никто с этим не спорит, но что стоит за этой мотивацией, почему люди в погонах или сидящие в судебских кабинетах инициируют эти дела? Здесь мы выходим на достаточно известную проблему — срачивание государства и бизнеса, потому что не только люди из силовых структур и в судебских мантиях инициируют эти дела. Очень часто бизнесмены таким образом «мочат» своих конкурентов и захватывают активы, потому что таковы правила игры, это можно сделать, и на сегодняшний день подобного рода «предпринимательская активность», ориентированная не на создание стоимости, а на ее перераспределение, реализуема и приемлема.

Как попытаться переориентировать предпринимательскую активность (в самом общем смысле — люди проявляют инициативу), чтобы она приводила не к перераспределению, а к созданию стоимости? Это очень непростой вопрос, но мне кажется (у нас были по этому поводу довольно активные обсуждения в экспертной группе по «Стратегии-2020», в которых в том числе участвовали коллеги из Лекс-центра), что одно из возможных решений есть. Я его не абсолютизирую, но когда мы говорим про подобное сращивание государства и бизнеса, мы видим, что люди, которые уполномочены от имени государства выполнять функции по защите прав собственности и по реализации общественных интересов, реально используют эти полномочия в собственных частных интересах. Есть возможности для фиксации такого рода действий через контроль не только за доходами, но и расходами и имуществом государственных чиновников, включая тех, которые работают в правоохранительной системе. У нас были введены требования об обязательном декларировании доходов. К сожалению, реальной проверки этих деклараций на сегодняшний день нет, поэтому декларироваться может все, что угодно. Если не будет введена вторая часть этого подхода, связанная с необходимостью декларирования имущества, его изменений, декларирования крупных расходов, то механизма, который ломал бы или резко ограничивал эту мотивацию, мы не создадим. Если правящая российская элита сама себя не начнет ограничивать, ничего не изменится. Безусловно, есть очень серьезные проблемы, связанные с тем, что если будет введена норма 20-й статьи Конвенции ООН о борьбе с коррупцией, требующая контроля за расходами, то у многих людей, сидящих в высоких кабинетах, не найдется легальных источников дохода, объясняющих происхождение их собственности. Это надо осознавать, поскольку если мы начнем ломать всю систему настолько, что не найдется действующих игроков, которые на это согласятся, то изменения едва ли будут возможны. Давайте обсуждать варианты, которые реализуемы. Давайте поставим некую точку, скажем, что мы начинаем играть с будущего года по новым правилам игры, мы не рассматриваем то, что было за последний год или последние 5 лет, мы говорим только про новое. Я допускаю, что многие на это будут согласны, поскольку это нормально для человека, стараться жить по правилам, в легальной сфере. Если мы не будем говорить о необходимости изменения мотивации и о механизмах, которые позволили бы это сделать, то, к сожалению, тот пафос, который сегодня звучит, может не дать эффекта, при всей его справедливости.

ГРИГОРЬЕВ Л.М.:

— Совершенно согласен, мы действительно как-то это упускаем. Обычно в теории это звучит как идея компенсации. Если люди привыкли к определенному стандарту, то когда общество трансформируется, неизбежно возникает вопрос, каким образом людям, идущим на государственную службу, могут быть компенсированы их потери (в устоявшихся формациях, это понятно). Проблему перехода из одного режима в другой надо продумать отдельно, потому что нарисованная красавая схема может не работать, так как в нее невозможно войти, между старой и новой схемой существует некоторое пространство, которое надо преодолеть, но часто мостик оказывается не поперек, а вдоль.

ПАНЕЯХ Э.Л.:

— Нельзя сводить проблему уголовного давления на российский бизнес исключительно к двум проблемам: политики сверху и коррупции снизу. Коррупция, как ни странно, не является главным стимулом. Коррупция в правоохранительных органах чудовищна именно в той их части, которая занимается бизнесом, но коррупция не является главным системным фактором уголовного давления на бизнес. Коррупция — это побочный эффект. Главным фактором является та система стимулов, которая создается организацией этих органов, тем, как устроена карьера в них, как определяются задания. Они существуют фактически в условиях плановой системы, они должны отчитываться от достигнутого, поэтому, хочешь — не хочешь, должны приволочь определенное количество преступников за отчетный период. Их карьера зависит от того, насколько безопасные для преследования цели они выберут, то есть они часто преследуют не тех, за кого им заплатили, и не тех, кто больше всех нарушает закон, а тех, кто хуже всех прикрыт, защищен, или тех, кто более всех прозрачен, или тех, кто более всех привязан, что называется, к земле, то есть это бизнесы, которые не соберутся и не убегут. Уязвимость бизнеса перед несправедливым уголовным преследованием оказывается тем больше, чем бизнес честнее, чем меньше этот бизнес сам коррумпирует государство, чем меньше у него «крыши» и чем он ближе он к реальному сектору экономики. Чем в меньшей степени бизнес является оторванной от земли интеллектуальной надстройкой, вроде АйТи, и чем больше он является чем-то материальным, что можно физически опечатать, физически остановить, что чувствительно к остановке деятельности в процессе расследования, тем более он уязвим.

Это ровно обратно тому, что мы хотим, — чтобы правоохранительные органы были ориентированы на преследование реальной преступности в бизнесе. Мы не хотим, чтобы правоохранители «били» по базовым и инфраструктурным предприятиям, чтобы бизнес был вынужден покупать огромное количество «крыш» в разных ведомствах. Но на практике система стимулов, которая создает этот способ преследования, именно такова, и она определяется не коррупцией. Коррупция бьет по всем равномерно, она определяется тем, что сотрудники, которые преследуют бизнес, — чиновники, они действуют в бюрократической логике, а не в логике правоохранителей, офицеров, принесших присягу.

ЯСИН Е.Г.:

— По инициативе Медведева были приняты определенные поправки в законодательство, они были определенным образом встречены в правоохранительных, правоприменительных органах. Я обратил внимание на то, что положение людей, которые столкнулись с необходимостью применять не очень привычные, не очень выгодные для них новые статьи, вызвало определенные явления саботажа. Также проявилось стремление сохранить лицо или честь мундира. Совершенно очевидно, что и до того, и после того, как ввели соответствующие статьи, были действия с целью снижения уголовного давления на бизнес, но они встретили сопротивление: мы видим обратное движение, стремление к тому, чтобы доказать, что правоохранители правы, и неизбежно это делается в рамках закона. Это делается посредством каких-то переговоров, когда вам говорят: «Вы уступите, мы не будем трогать вас или человека, которого вы защищаете или отстаиваете его права, вас или его отпустим, но нам не мешайте и дайте нам возможность работать так, как мы привыкли». Это — психология схватки, которую мы сегодня наблюдаем.

АУЗАН А.А.:

— Я бы предложить вашему вниманию несколько тезисов. Первое. Является ли коррумпированность причиной всех проблем, которые мы обсуждаем, или есть другие? Я напомню, что в 2005—2006 году мы довольно большим консорциумом по инициативе Евгения Григорьевича Ясина проводили исследование по факторам налогового терроризма в бизнесе, и исследование дало результат, который в экономическом блоке правительства мы пытались изложить. Хочу заметить, что РСПП так и не опубликовал

результаты этого исследования. Я могу понять руководство РСПП, потому что результат был такой, что он подтверждает в том числе и наличие коррупции, потому что мы перешли к другому типу коррупции — rent-seeking behavior, выдавливание активов и рент, а не плата за исполнение или уклонение от закона. Но исследование подтверждало и то, о чем говорила Элла Панеях, что дело не только в коррупции, но и в том, что ищут там, где светло, гораздо легче извлекать ренту, например, из среднего бизнеса, потому что — куда он денется, он зафиксирован здесь, поэтому издержки его эксплуатации для правоохранительных органов и примыкающих к ним налоговых ниже. История создала непростую ситуацию, которая не сводится только к проблеме коррупции, мы понимаем, что возникла сложная структура стимулов и издержек поведения.

Тезис номер два — по поводу дилеммы предупреждения или наказания ангелов или не ангелов в бизнесе, который является объектом воздействия. Вопрос о том, «как регулировать». В институциональной теории, точнее, в экономике и праве, в теории преступления и наказания, это выражается в виде двух положений. Первое, вы совершаете либо ошибки первого рода, либо ошибки второго рода. Ошибки первого рода, когда вы делаете систему, которая для того, чтобы защитить невиновных, допускает, чтобы виновный ушел от наказания. Ошибка второго рода обратная — для того, чтобы виновный не ушел от наказания, вы создаете систему, которая также и невиновного карает. Я бы сказал, что в 90-е мы совершили ошибку первого рода, и либерализация может давать отрицательные эффекты. И мы можем эти эффекты измерить. Теперь, вернее около 10 лет назад, мы перешли к ошибкам второго рода. Мы сменили формулу и пошли на жесткий вариант законодательства. Он предполагает, что люди не ангелы, а наоборот, готовы вести себя оппортунистически, что они неумны и нечестны. Прямо скажем, это так, но нельзя же предполагать, что право-применители не являются людьми с такими же характеристиками. В этом проблема этой ошибки второго рода.

Характерны дискуссии вокруг так называемой «модели Саха» в теории преступления и наказания. Американцы доказали на модели, что смертная казнь эффективна, что она спасает жизни других людей. Европа этого категорически не понимает и не понимает правильно, потому что в этой модели учтен один фактор — то, что суды могут ошибаться, а то, что суды, вынося смертный приговор, могут действовать из какого-то иного стимула (например,

следствие хочет спрятать концы в воду), — это не учтено. История Америки, видимо, не позволяла вносить это допущение в модель, а история Европы, особенно некоторых частей Европы, заставляет думать об этом очень хорошо.

Тезис номер три. Он касается уже правоприменения, всей системы, потому что мы не только в законодательстве, но и в правоприменении должны делать какие-то выводы и изменения для того чтобы это заработало. И не только в правоприменении, но и в гармонизации, например, того, что люди считают нужным и должным, о вхождении общественных институтов в плоть и кровь общества. Это тяжелая, длинная задача. Опять же применительно к теории преступления и наказания напомню, то, что Вяземский выразил известной русской формулой насчет строгости законов и необязательности их исполнения. Что интересно: все равно за эту формулу Нобелевскую премию получил Гэри Беккер. Потому что у него эта формула звучит так: эффективность преследования определяется перемножением уровня санкции на вероятность наступления этой санкции. На мой взгляд, это ровно то, о чем сказано в известной русской фразе. Так вот, заинтересованность-то разная в первом и втором множителе. Власти гораздо легче поднять санкцию, это делается простым законодательным изменением. Еще можно в случае либерализации установить денежную санкцию, иногда получается дурь, как с педофилями, в отношении которых попытались либерализовать закон и тем самым установить, что богатым можно, а бедным нельзя. Это понятный интерес власти, потому что издержки изменения малы, а эффект вроде бы есть. Но общество заинтересовано в другом — в неизбежности наступления наказания, а это дорогая вещь, здесь ведь на другой стороне адвокаты, и следствие должно быть качественное, и прочее и прочее. Это тяжелая задача, возникает развилка правоприменения, и начинаются все наши дискуссии уже по следующему тезису: что мы можем сделать, как латать трубу.

Я бы остановился на двух вещах, которые мне кажутся очень важными. Есть очевидный шаг, который другие страны уже сделали, просто надо обсудить условия по поводу контроля над расходами и ратификации Конвенции ООН в части статьи 20. И этот шаг надо сделать, и нужны дополнительные условия, нужны компенсационные сделки. Нужно понимать, что в нашей стране сейчас самая влиятельная сила — это бюрократия, переплетенная с коррумпированным бизнесом. И без общей договоренности по этим шагам мы можем размахивать руками сколько угодно.

Очень многое у нас идет от того, что налоговая система очень странная, граждане часто вообще не знают, что они платят налоги, потому что они не участвуют в их администрировании. Бизнес будет заинтересован в уплате налогов не потому, что они маленькие, а потому что должны производиться определенные общественные услуги, бизнес не может одновременно платить государству за то, что правопорядок «есть», и крыше — за то, что правопорядка нет. Тут есть некоторое противоречие. Завершая, хочу сказать: я теперь, как «Отче наш...», все время повторяю три вывода, которые сделали Норт, Вайнгаст и Уоллис в прекрасном исследовании «Насилие и социальный порядок». Переход к успешным, скажем так, обществам, открытому социальному порядку связан с тремя условиями: первое — договариваться о правилах, а не исключениях, причем элиты должны договариваться должны сначала для себя, для применения правил к себе, а потом уже к другим; второе — организации, общественные, коммерческие, негосударственные должны переживать своих создателей; и третье, — средства насилия должны контролироваться коллективно, а не делиться между группами влияния.

РАДЧЕНКО В.И.:

— Еще работая в Верховном Суде, я не раз участвовал в разработке уголовно-правовых нормативных актов, которые касались сферы бизнеса. И обратил внимание на одну особенность. Я сам — не гений в смысле понимания всей глубины экономических проблем, но, к сожалению, остальные товарищи, которые работали над этими документами, понимали их еще хуже. А экономические министерства, ведомства и различного рода негосударственные структуры, вроде ТПП, РСПП и даже Ассоциации банков, в этом вообще не участвовали. Получилось так, что экономический блок в сфере уголовной ответственности формировали юристы, которые очень плохо владели экономическими вопросами, слабо понимали как экономические, так и социальные последствия тех уголовно-правовых решений, которые они предлагали. Мне представляется, что порядок этот должен быть изменен. Есть те, кто в нашей стране отвечает за экономику, они должны выступать в роли заказчиков. Не почтительных комментаторов (вот с этой мелочью мы согласны, а с этой нет), а в роли заказчиков статей, которые регулируют уголовную и административную ответственность за действия в сфере экономики. Я имею в виду и Министерство экономического развития, и Министерство

финансов, и объединения предпринимателей. Эта система должна быть разработана не на уровне благих пожеланий, а на уровне как минимум регламента правительства, которое имеет право законодательной инициативы. А может быть, и на более высоком уровне, на уровне закона.

Сегодня федеральное силовое ведомство доложило, что фирмы-однодневки все заполонили. Я представляю, сколько сил в такой ситуации экономическому ведомству тратить, чтобы вообще не угробить регистрацию новых фирм как таковых. А дело, кажется, к этому и идет. Я как юрист-практик понимаю, что эту проблему можно было решить вообще иначе, не прибегая к принятию закона о фирмах-однодневках.

Согласен с выступлением Панеях: надо иметь в виду, что коррупция коррупцией, действительно, много коррупционных дел, но есть такое понятие — выгодополучатель. В качестве выгодополучателей выступает огромный корпус следователей, работников УБЭП и других органов, которые ведут борьбу с экономической преступностью, в ином случае они просто останутся без работы, их надо будет трудоустраивать, им надо будет решать вопрос, как прокормиться.

Я начинал свою юридическую карьеру следователем прокуратуры в 60-е годы, я заканчивал более трех дел в месяц, сейчас следователь заканчивает только одно дело, считая всю «мелочевку». Поэтому они кровно заинтересованы в том, чтобы уголовных дел было больше. Это особенность системы, дел нужно больше, нужны показатели, «палочки». Поэтому если даже коррупционные моменты присутствуют и достаточно сильны, то все равно какой-то процент бизнесменов обречен, они должны пойти на скамью подсудимых.

Мы предлагаем сделать три крупных шага нормативного характера и в связи с этим обратиться к тем субъектам, которые обладают правом законодательной инициативы. Первое. Думаю, следует согласиться с тем, что амнистия необходима. И она необходима именно для предпринимателей. Приведу пример. При амнистии от марта 1953 года статьями второй и пятой Указа об амнистии было определено: освободить всех из мест лишения свободы, прекратить производством дела в отношении всех лиц, независимо от срока наказания, от суммы ущерба совершенного должностного или хозяйственного преступления. Все до единого были освобождены. Они вернулись в народное хозяйство, я знаю одного из них, я тогда еще мальчишкой был, когда подрос, про него говорили: вот

он вышел по амнистии, прекрасно работал директором маслозавода у нас в райцентре.

У нас сейчас по делам в сфере экономики тысячи человек сидят. Кто из них кто, мы не разберемся, кто рейдер, у кого общественно опасное деяние, у кого общественно неопасное. Мы провели исследование. Знаете, какой средний стаж предпринимательской деятельности у тех, кто был осужден? 80 процентов к моменту возбуждения уголовного дела имели стаж предпринимательской деятельности свыше 10 лет. Люди с налаженными контрагентскими связями, это люди, у которых работали наемные работники. Каждое такое осуждение даже без лишения свободы заканчивалось тем, что в среднем 30 человек оказывались без работы. Получается, что заодно подгоняем и безработицу вверх. Поэтому я думаю, что это — задача первоочередного характера и кроме оздоровления обстановки в государстве, изменения положения предпринимателей в обществе она ничего плохого не принесет.

Второе, мы предлагаем пакет изменений в УК, УПК и УИК. И третье: мы согласны с предложением о принятии нового УК или новой редакции УК РФ. И принимать это надо не только потому, что проявились недостатки по конкретным составам Особенной части, дело в том, что изначально наш УК, над которым трудились большие умы, неожиданно оказался с очень испорченной Общей частью. По сравнению с предшествующим советским кодексом, в новом кодексе появилось множество «лифтов», которые взвинчивают санкцию и уголовную ответственность. Это распространилось и на «предпринимательские» статьи, которых не было и в предыдущем советском кодексе, и нет в зарубежных кодексах. Это надо исправлять, иначе мы от чрезмерно репрессивного характера уголовного закона не уйдем.

Мы кормим целую армию заключенных, а при нормальном уголовном законодательстве кормили бы меньше, может быть, на несколько сотен тысяч человек. Сегодня у нас в местах лишения свободы сидят более шестисот тысяч человек, еще более ста тысяч находятся в следственных изоляторах. Несколько лет назад общая цифра приближалась к миллиону. Только усилиями последних трех лет, внесением изменений в законодательство несколько удалось уменьшить численность заключенных. Но тем не менее мы по числу сидящих на 100 000 жителей в несколько раз, от 10 и до 3—4 раз опережаем все страны мира, кроме США. Но при этом в США убийств совершается примерно в 5 раз меньше.

МОРЩАКОВА Т.Г.:

— Социальная обусловленность уголовной политики вообще и в том числе уголовной политики в сфере бизнеса определяется простой вещью, а именно соответствием этой политики общественно значимым целям. Кто и когда определял общественно значимые цели уголовной политики применительно к сфере бизнеса? Это никогда и никем не было сделано. Порой бывает, что законодатель мудр (иногда закон бывает более мудр, чем сам законодатель) и умеет находить больные точки урегулирования, через закон реализует нужную, целесообразную уголовную политику. Так ли это в нашей сфере, это уже другой вопрос. Если исходить из охранительной функции уголовного права, то она, применительно к сфере бизнеса, заключается в том, чтобы обеспечивать защиту общественных отношений на поле экономической и предпринимательской деятельности. Социальная обусловленность или адекватность уголовной политики в сфере бизнеса ее общественно полезным целям должна измеряться результатом влияния прежде всего на развитие бизнеса, экономики как таковой. Сформулирую краткий тезис: состояния дел в этой области, как позволяет нам констатировать обсуждение, таково, что на самом деле эта охранительная функция уголовного права и уголовной политики не исполняется. И более того, сама уголовная политика в этой сфере превращается из средства защиты общественных отношений в данной сфере в средство, которое представляет собой угрозу правоотношениям в этой области. Это очень тяжелый момент, поскольку она превращается в угрозу развития не только бизнеса, но и экономики в целом (что неразрывно связано). Можно продолжить, потому что наряду с тем, что уголовная политика в этой сфере несет определенную угрозу для экономики и бизнеса, она еще угрожает и безопасности личности, и безопасности общества, и безопасности самого государства.

Такое положение с формулированием и реализацией уголовной политики заставляет нас понять, в чем заключаются ее основные негативные характеристики. Почему уголовная политика может быть признана нами представляющей определенную опасность для всех ценностей, которые должно защищать право. Прежде всего я должна сказать, что уголовная политика стоит на странной позиции, которая не позволяет различать общественно опасное и общественно полезное в сфере предпринимательской деятельности. Это означает, что она уже не исполняет ту роль, которую должны исполнять уголовная политика и уголовное право. Более того,

претендуя на то, чтобы обеспечивать нормальные, законные, правовые условия для правоприменительной деятельности, она этого не обеспечивает и даже не может компенсировать потери от экономической преступности. Поскольку подлинную экономическую преступность она не знает и не выявляет, поскольку она не отличает ее от общественно полезной деятельности. В результате разрушается бизнес, не защищены институты собственности, которые лежат в основе любой предпринимательской деятельности, разрушаются и другие экономические институты, такие как конкуренция и ее необходимость, потому что уголовная политика заменяет нормальные правовые средства конкурентной борьбы.

Давайте ответим себе еще на один вопрос, является ли это чем-то осуществляемым в интересах общества и граждан? Очевидно, что гибель бизнеса и экономики вовсе не является тем, что отвечает интересам граждан, поскольку их благосостояние может естественно основываться только на экономическом развитии. С этой точки зрения наша уголовная политика, которая реализуется сейчас, иногда через закон, иногда через его нарушение, не соответствует главным идеям современного этапа развития, таким как модернизация, конкуренция. Этому наша уголовная политика не соответствует ни в малейшей мере.

Интересен, с моей точки зрения, и обуславливает необходимость изменения уголовной политики в сфере экономической и предпринимательской деятельности и развития экономики вообще еще один момент. В хорошем варианте уголовная политика в этой сфере должна практически демонстрировать единство интересов развития экономики, бизнеса и интересов власти. Эта согласованность отсутствует. Власть выступает в реальных процессах не как институция, обеспечивающая развитие бизнеса и экономики, а как институция, которая, наоборот, препятствует этому. Это свидетельствует о том, что уголовная политика власти неудачна. Это первый, достаточно общий тезис.

Я перехожу ко второму тезису, который заключается в том, что практически сfera уголовно наказуемого в предпринимательстве и даже в экономике в целом определяется государством совершенно произвольно. Здесь приводились некоторые экономические выкладки, но главное, надо заявить одну важную идею. Сфера уголовно наказуемого, уровень преступности в этой области и даже размер ущерба, который выявляется в результате расследований преступлений в экономической сфере, — все это полностью определяется государством. Определение наличия и размера

ущерба от экономических преступлений зависит от государственных структур, которые борются с этими преступлениями. Сами понятия преступных деяний в этой сфере конструируются государством. Особенно «эффективные» моменты выявления преступлений в сфере экономики связаны с не какими-то колебаниями преступности в этой сфере, а с колебаниями в активности правоохранительной системы.

Такое развитие не может привести к положительным результатам. С этой точки зрения я хочу сформулировать два тезиса. Первый тезис: социально обоснованная и правильно отражающая социальные потребности уголовная политика в сфере экономики должна выражаться в более ясных посылах со стороны государства, потому что она должна быть частью любых проектов социального развития, не только сугубо экономического, но и социального. Прозвучал тезис, который вызвал с моей стороны отрицательную реакцию. Нам предлагали находить баланс между потребностями (такое выражение используется, и я хочу его тоже подвергнуть критике) либерализации уголовной политики и уголовного законодательства и потребностями прогрессивного социального развития. Я отрицаю наличие здесь прямой взаимосвязи, я бы скорее увидела здесь взаимосвязь обратного свойства, потому что не жесткость уголовной политики в сфере экономики, а только ее обоснованность может привести к положительным моментам в экономическом развитии и, значит, создать необходимые и работающие объективные основы для адекватной социальной политики. Решить вопросы социальной политики за счет того, что будет ужесточаться уголовная репрессия в разных формах, не только за счет ужесточения правовых санкций, конечно, невозможно.

В связи с этим, я хотела бы перейти к следующему тезису и поговорить о том, как нам обеспечить процесс поиска обоснованной уголовной политики в сфере бизнеса. Мне не нравится, когда в этой области мы начинаем говорить о либерализации уголовного законодательства, иногда говорим о гуманизации уголовного законодательства. По сути, оба эти термина не годятся. Потому что речь пока идет о том, что наша уголовная политика и наше уголовное законодательство в том их виде, в каком они существуют и реализуются от случая к случаю, вообще не имеют объективной социальной обусловленности. Потому что какой-то стратегической разработки уголовной политики в сфере бизнеса у нас нет, как нет и институционального центра, который бы занимался стратегическими разработками подобного рода. Но я хочу возразить

еще с одной точки зрения, как юрист против наименования (которое многих отпугивает) тех идей, которые сейчас используются для изменения уголовной политики в сфере бизнеса, как идей либерализации или гуманизации. Почему это не подходит? Потому что с точки зрения права, если мы будем рассуждать как юристы, мы должны признать один простой факт, который заключается в том, что нынешняя уголовная политика и нынешнее уголовное право в сфере экономики вообще не отвечают даже чисто правовым принципам. И пока эти принципы не будут восстановлены, нельзя даже говорить о какой бы то ни было гуманизации. Надо просто восстановить правовые принципы уголовного преследования, которые действуют не только в сфере предпринимательской деятельности, но и в других сферах, для этой области. У нас они в этой области сейчас не работают. И в связи с этим мы имеем ситуацию, требующую решительного вмешательства в уголовное законодательство.

Я не могу согласиться с идеей, что Уголовный кодекс менялся так часто, что менять его больше не нужно, потому что он и так достаточно хорош, а меры, которые в направлении вроде бы либеральной реформы в сфере уголовного права осуществлены, объемны. Это не так с той точки зрения, что ряд правовых принципов в нынешнем уголовном законодательстве в сфере предпринимательства не соблюден. Говорить о гуманизации негуманного, говорить о либерализации того, что не имеет никакого отношения ни к каким либеральным идеям, даже просто к идеям формально правовым, по-моему, — досрочно.

Можно сказать о таких дефектах уголовного закона, на устранение которых должна быть направлена модернизированная, социально обусловленная уголовная политика. О каких именно дефектах? Криминализация в отсутствие общественной опасности деяния. Я уже говорила, что уголовное право перестало различать общественно опасное и общественно полезное. У нас в качестве преступления может выступать очень общественно полезная деятельность, не связанная ни с каким ущербом ни для общества, ни для конкретных лиц, а связанная с определенными дополнительными преимуществами, которые в результате этой деятельности могут быть освоены обществом. У нас до сих пор сохраняются принципы искусственного усиления уголовно-правовых способов реакции на бизнес, искусственного завышения тяжести уголовно-правовых деяний в сфере бизнеса. Это связано в том числе с тем, что уголовный закон формулирует составы преступлений,

дважды устанавливающие наказания за одно и то же. Это связано с тем, что в уголовном законе формулируются такие квалифицирующие признаки, отягощающие уголовную ответственность, которые на самом деле не могут рассматриваться как квалифицирующие признаки. Ярким примером может служить признание преступной организацией любой деятельности любого юридического лица в сфере бизнеса. Это делается на раз-два-три, причем с разными по тяжести правовыми последствиями и для различных случаев, практически, в реальной жизни не отличимых друг от друга, но все равно это приводит к разной оценке тяжести деяния, совершенно произвольно. И значит, к произволу при привлечении к уголовной ответственности.

У нас до сих пор распространено признание уголовно наказуемыми совершенно допустимых, правомерных, гражданско-правовых действий, чего тоже никак не должно быть, если мы хотим иметь уголовное законодательство и уголовную политику, соответствующие требованиям правового государства. У нас, на основе нашего уголовного законодательства, сложилось такое положение, когда нормальная дозволительная система, которая признается признаком правового государства, когда дозволено все, что не запрещено, заменяется системой разрешений, причем эта система распространяется не только на занятие правомерной законной деятельностью (на что не надо было бы испрашивать разрешения), но и на разрешение нарушения, что превращает уголовную политику в нечто противоположное ее сути, потому что она перестает бороться с уголовно наказуемыми, общественно опасными действиями, и ориентирована в том числе на то, чтобы индивидуально разрешать нарушение закона.

Устранение всех этих дефектов уголовной политики никак, с моей точки зрения, нельзя признать либеральным развитием, даже гуманизацией уголовного законодательства. Это есть просто восстановление правовых характеристик, которые любое государство, следующее принципам права, должно признавать, когда оно формулирует основания уголовной ответственности. К этому должно возвращаться уголовное право, и не надо пугать людей страшными рассказами о том, что в результате либерализации получат свободу действий насильники, убийцы, педофилы. На примере уголовной ответственности в отношении экономических преступлений это очень хорошо видно. Иначе уголовное законодательство никогда не будет выполнять охранительную функцию по отношению к тем правоотношениям, которые должны

нормально складываться на основе не уголовного, а других отраслей законодательства в сфере предпринимательства.

Поскольку мы имеем такую уголовную политику и она реализуется в таком виде уже давно, нужно отдельно подумать о поиске вариантов модернизации уголовной политики, о необходимых мерах, которые могли бы помочь преодолеть негативные последствия такого применения уголовного права в сфере бизнеса, которое мы имели до сих пор. Прежде всего эти меры должны быть направлены не только на реформирование уголовного закона но и на изменение правоприменительной практики, которая может существенно влиять на сами уголовно-правовые понятия, искажая их сущность. И ориентированными на будущее должны быть не только нормы уголовного права, но и нормы процедурные, такие, которые исключали бы дальнейшее применение уголовного права в целях подавления экономики и бизнеса. Можно сказать, что необходимость устранения произвола в сфере уголовного преследования уже давно поставлена на повестку дня.

При бесконтрольности органов, которые возбуждают уголовное преследование, ведут его, обеспечивают направление его результатов, мы не исключим произвола в уголовном преследовании. Здесь срабатывают другие факторы, факторы ложные, факторы антипрофессиональной мотивации этой деятельности. Они могут быть связаны и с конфликтом интересов органов, ведущих уголовное преследование при решении вопроса о конкретной уголовной ответственности конкретных субъектов. Они могут быть связаны с общей организацией этих элементов правоохранительной системы, потому что пока ни ее показатели, ни ее карьерные лифты не отвечают требованиям, которые могли бы способствовать объективному решению задач борьбы с реальной преступностью, с подлинными общественно опасными деяниями. Как известно, найти действительных преступников гораздо труднее, чем просто их выдумать. Выдумать для отчета.

Мы имеем ситуацию, в которой при преследовании лиц, обвиняемых в совершении уголовных правонарушений в сфере бизнеса, отсутствуют стандарты доказывания. Они и по другим видам преступлений не очень высоки. Но в сфере бизнеса — просто минимальны, потому что за доказательство может выдаваться практически любая документация коммерческих организаций, не говоря уже о том, что за доказательство иногда может выдаваться не содержащая никакой информации макулатура, приобщаемая к многим томам уголовных дел. Естественно, что при этом

существует явно выраженный обвинительный уклон. Средством борьбы с ним могут быть процедурные новшества, которые нужно вводить. Прежде всего, здесь надо говорить о том, что обвинение по экономическим делам не может возникать на пустом месте, когда нет ни ущерба, ни потерпевших, и независимо от обращения в правоохранительные органы тех субъектов, которые просили бы о восстановлении их прав, нарушенных при совершении уголовно наказуемых действий в сфере экономики. Кроме того, необходимым противоядием от того произвола, который имеет место в сфере уголовного преследования, должно стать расширение коллегиальных начал правосудия, распространение на дела об экономических преступлениях такой формы суда, как суд с участием коллегии присяжных, которая хоть сколько-то сдерживает необоснованные обвинительные тенденции.

Если мы вносим изменения в законодательство, мы в основном думаем о будущем, но необходимо думать и об исправлении ошибок прошлого. Что я имею в виду? Это очень понятная и три薇альная проблема. Есть массовые случаи привлечения к уголовной ответственности людей, занимающихся предпринимательством, или действующих в сферах, которые официально по закону не признаются предпринимательской сферой, но таковой являются. Представители Санкт-Петербургского университета провели очень выразительное исследование, привели цифры, согласно которым наша преступность в сфере экономики только на 30 процентов совпадает с теми описанными в УК составами, которые относятся к экономическим преступлениям. Все остальное, за что несет уголовную ответственность наш предприниматель, квалифицируется по другим статьям УК, которые гораздо легче использовать для привлечения к ответственности, по таким простым, как мошенничество, присвоение имущества (его денежного эквивалента). Или, например, злоупотребление служебным положением, что выходит за пределы главы 22-й УК. Но именно эти нормы, лежащие за пределами названной главы, являются основанием для уголовно-правового распятия бизнеса. Если взять в качестве наглядного примера норму о злоупотреблении служебным положением в целях имущественного обогащения какого-то лица, предусмотренную главой о преступлениях против интересов службы в коммерческих организациях, то она широко применяется по отношению к представителям бизнеса. Хотя, по замыслу законодателя, была направлена на то, чтобы к ответственности привлекался человек, находящийся именно на службе, не собственник бизнеса,

а тот, который может принести своими действиями ущерб имущественному положению владельца бизнеса. Однако применяется она с точностью до наоборот — не к этим лицам, а к самим предпринимателям, к самим владельцам имущества. Это яркий пример, позволяющий объяснить, как серьезно правоохранительная практика (хотя я склонна называть ее правонарушительной) влияет на содержание уголовно-правовых запретов.

Нужно исправлять допущенные ошибки. В обществе назрело такое представление о степени ошибочных процессов в ходе привлечения к уголовной ответственности представителей бизнеса, что это является вполне достаточным основанием для того, чтобы мы разрабатывали какие-то меры, которые в европейской юрисдикции называются мерами в порядке осуществления общих мероприятий. Практически по всем делам, которые завершились вынесением приговора, и где эти судебные акты исполняются, средства индивидуального исправления ошибок уже давно исчерпаны. Государство должно принять меры по линии проведения таких общих мероприятий, если хотите, в порядке искупления своей ответственности за организацию уголовного преследования. Здесь, безусловно, нужна широкая общественная поддержка такой политики государства, если, конечно, оно решится на нее. В числе неотложных мер должна быть названа амнистия, хотя здесь прозвучали некоторые возражения, вызванные некоторой терминологической некорректностью, которую иногда юристы себе позволяют. Речь идет только о лицах, которые уже подвергнуты уголовной репрессии, о лицах, которые отбывают наказание. Наиболее активные слои населения, которые могли бы служить развитию экономики и общественному развитию, дисквалифицированы или лишены средств, с помощью которых они могли это производить. Я не говорю, что они должны получать индульгенцию за любые нарушения, которые допускали в сфере предпринимательства. Я говорю о том, что это часто не те нарушения, за которые должна наступать уголовная ответственность, связанная с уничтожением бизнеса в том числе.

Если мы хотим экономического развития, те, кто могут его обеспечивать, должны иметь ясное представление о позитивных намерениях государства в этой области. В этом смысле амнистия могла бы послужить таким сигналом для бизнеса, что его положение в стране будет изменяться адекватным образом. Это должно быть сигналом и правоохранительной системе, которая должна услышать, что многие ее действия носят неправовой характер

и государство не намерено мириться с этим. Когда мы начинаем критиковать правоохранительную систему, то должны отдавать себе отчет, что эта критика из уст государства, из официальных государственных источников, как правило, не звучит. Взять хотя бы последнюю встречу президента Российской Федерации с представителями следственных органов, прокуратуры. Звучали только победные реляции, были выданы всякие заверения в поддержке на будущее. Амнистия может запустить какие-то процессы внутри правоохранительной системы, которые показали бы, что система их прежних незаконных практик должна быть прекращена.

Общественные усилия должны быть направлены на выявление и конкретных случаев, и общей массы, если хотите, несчастных случаев с предпринимательством, когда предприниматели незаконно привлекаются к уголовной ответственности. В связи с этим я хотела бы подчеркнуть значение такой инициативы, которая принадлежит Совету при Президенте Российской Федерации по развитию институтов гражданского общества и правам человека и которая состоит в проведении научной и общественной экспертизы по уголовным делам. Эта инициатива не должна ограничиваться отдельными, очень редкими, находящимися на слуху у общественности, уголовными делами. И в реальности она не ограничивается такими делами. Общественность должна рассчитывать на серьезность такого общественного контроля. В ближайшее время должны быть представлены результаты экспертизы по делу Ходорковского и Лебедева. Она может свидетельствовать о том, что наши утверждения о массовых нарушениях в деятельности правоохранительных органов отнюдь не безосновательны. Поэтому принятие мер общего характера для изменения уголовной политики в сфере бизнеса совершенно необходимо.

Есть и другие, более специфические правовые способы исправления допущенных ошибок или ликвидации безусловной социальной несправедливости. Прежде всего, нужно развивать такие правовые институты, которые у нас сейчас в праве не закреплены, но имеют конституционный абрис, то есть они не противоречат положениям Конституции. Речь идет об условно-досрочном освобождении от наказания, которое неконституционным образом увязывается в законодательстве с обязательным признанием своей вины в совершении преступления и с добровольным возмещением ущерба. И то и другое нельзя возлагать на лиц, ошибочно осужденных нашей системой уголовной юстиции. В таком же ракурсе надо рассматривать и конституционно существующий институт

помилования, который мало того, что он почти увял на практике, но еще и содержит нормативные положения, противоречащие в своей основе абсолютному характеру права каждого обратиться с ходатайством о помиловании.

Не стану повторять, что без независимой судебной системы возможность принятия вышеназванных мер более чем затруднена.

ЖУЙКОВ В.М.:

— Ремарка по поводу последнего — что исключены способы индивидуального исправления ошибок. Эта направленность усиливается в будущем, с 1 января 2013 года вступают в действие нормы УПК, которыми устанавливается срок обжалования приговора, вступившего в законную силу, до одного года. Это будет означать, что если человек год отсидел, у него нет права дальнейшего обжалования, он будет сидеть 15, 25 лет — сколько назначил суд. Это что-то чудовищное. Надо понять, что цель наших действий — не призыв к милости законодателя, а требование о надлежащем исполнении своих конституционных обязанностей должным образом, без тех извращений, о которых мы сегодня говорили.

РАДЧЕНКО В.И.:

— Вопрос о либерализации (я этого слова не боюсь) уголовно-правовой политики в отношении представителей бизнеса — это не только рассуждения гуманистов, это сегодня насущная экономическая потребность. В экономически развитых государствах доля мелкого и среднего бизнеса растет. В Германии она составляет 50 процентов, в США еще выше. У нас в объеме ВВП за последние годы доля мелкого и среднего бизнеса стабильно держится в пределах 20 процентов. Наша российская особенность в том, что крупные компании и банки прочно связаны с госструктурами высокого уровня. Поэтому объектом коррупционного давления чиновников силовых структур становится мелкий и средний бизнес. И он же выступает основным фигурантом по уголовным делам экономической направленности. Такую практику надо менять. То, что мы сегодня имеем в России, получило определение уголовно-правовых способов управления экономикой. Все это крайне осложняет ведение предпринимательства в стране.

По данным МВД, за последние 10 лет в стране зарегистрировано более 3 миллионов преступлений экономической направленности. За 2010 год впервые сократилось количество индивидуальных предприятий, с 4 миллионов 611 тысяч до 4 миллионов 112 тысяч.

В том же году прекратили свою деятельность 45 процентов коммерческих организаций, число малых предприятий сократилось на 4 процента. Ежегодно возбуждается до 130 тысяч дел экономической направленности. Как показал социологический опрос предпринимателей, подвергшихся уголовной ответственности, примерно в 2/3 случаев возбуждение дел заканчивается разорением бизнеса. Каратальная политика государства существенно влияет на деловой климат, наносит ущерб ВВП, сокращает поступления в бюджет. Это не может не сказаться и на социальном климате. В среднем при каждом разорении теряется свыше 30 рабочих мест. Умножая 60—70 тысяч разорений на 30, мы дополнительно получаем больше 2 миллионов безработных ежегодно. Бегут капиталы, вслед за капиталами бегут люди. Благодаря «чуткому, внимательному» отношению к нашему бизнесу со стороны чиновников и правоохранителей, да и законодателей тоже, мы формируем за рубежом интеллектуальную и материальную базу.

Если говорить конкретно о модернизации уголовного законодательства, то проблемы здесь следующие. Первое — это криминализация деяний, не представляющих общественной опасности. Второе — наличие статей, которые устанавливают повторную уголовную ответственность за совершение преступлений, предусмотренных другими статьями УК, что в нарушение Конституции приводит к двойному наказанию за одно и то же действие. Третье — это завышение карательных санкций, не соответствующих степени общественной опасности деяний. Четвертое — криминализация деяний, которые другими законами не запрещены. Наличие в диспозициях ряда статей бланкетных норм, которые отсылают к нормативным актам уровня ниже федерального закона. Складывается ситуация, когда в ряде случаев, в зависимости от актов субъектов Федерации, уголовная ответственность для предпринимателя может либо вводиться, либо упраздняться. Неопределенность ряда составов преступлений является общей болезнью кодекса, но особенно это касается экономических преступлений, когда правоприменитель получает возможность произвольно трактовать закон и подгонять под состав преступления любые действия. В качестве примера можно сказать о мошенничестве. Мошенничеством является деяние, когда умысел на завладение имуществом имеется изначально, то есть лицо совершает какую-то операцию и не собирается возвращать имущество. У нас пошли по другому пути: к уголовной ответственности за мошенничество стали привлекать предпринимателей, которые неудачно повели бизнес и не

смогли рассчитаться с долгами. В отношении предпринимателей неоправданно используется в качестве квалифицирующего признака совершение преступлений группой лиц по предварительному сговору, или организованной группой. Юридические лица создаются для уставных целей, пребывание в юридической группе не может само по себе давать этот квалифицирующий признак.

Если говорить о криминализации деяний, которые не представляют общественной опасности, то эту группу деяний можно систематизировать. Первая группа, — те, где отсутствует серьезный ущерб, вред от таких деяний легко устраним в гражданско-правовом порядке. Вторая группа — это деяния, относящиеся к категории нормального хозяйственного риска. Бизнес — это предпринимательство на свой страх и риск. Не могут рассматриваться в качестве преступных деяний те, которые совершены с нарушением некоторых формальных правил, но не причинили никому ущерба, и единственным последствием этих деяний является то, что лицо получило доход.

У меня есть замечания по новому уголовному законодательству. Первое — когда на предпринимателей распространяется применение принудительных работ как альтернативы лишению свободы. Профессор Селиверстов на парламентских слушаниях сказал про принудительные работы, что появляется новый вид лишения свободы. Думаю, что он прав. В их лице появляется более жесткий аналог колоний-поселений. Применение этой санкции к предпринимателям повлечет за собой то, что его заберут, вышлют, и в результате произойдет крушение бизнеса.

Нашу уголовно-правовую политику надо выставлять так, что если предприниматель осуждается к наказанию, не связанному с лишением свободы, то надо избирать такую меру наказания, чтобы можно было сохранить бизнес. И делаться это должно не ради него самого, а ради тех людей, которые у него работают, ради устойчивости экономики в целом. В свое время Пленум Верховного Суда по делам, связанным с защитой чести и достоинства, определил в отношении средств массовой информации правило, согласно которому возмещение морального ущерба не должно вести к разорению средства массовой информации. Такой же подход должен быть применен и к предприятиям бизнеса, особенно малого и среднего бизнеса.

Второе — это кратные штрафы, которыми помимо возмещения ущерба, можно откупиться от уголовной ответственности. Есть данные Комитета по развитию потребительского рынка за

2010 год: 20 процентов малых предприятий сработали с чистым убытком. Если они что-то без лицензии выпускали, то, чтобы откупиться от уголовной ответственности, им надо найти пятикратную сумму против заработанного, потому что, благодаря постановлению Пленума Верховного Суда, размер дохода исчисляется не по полученной прибыли, а от денежной выручки.

РИВКИН К.Е.:

— Вопрос Тамаре Георгиевне. Из того, что мы услышали, и того, что мы все понимаем, вытекает, что большинство предпринимателей привлекаются к уголовной ответственности незаконно. Не кажется ли Вам, что в этой ситуации амнистия предпринимателя была бы паллиативом, то есть его привлекли к уголовной ответственности, посадили в тюрьму, отобрали бизнес, и государство ему говорит: «Родной, я тебя прощаю». Не представляется ли Вам, что с точки зрения общих подходов, о которых Вы говорили, и исправления огрехов уголовной политики, правильно было бы поставить вопрос о пересмотре уголовных дел, как это делалось по результатам сталинских репрессий. Тогда это будет в большей степени соответствовать тому пониманию амнистии, которое есть в Конституции, а с другой стороны, это будет иметь превентивную направленность по отношению к тем, кто занимается правонарушительской практикой.

МОРЩАКОВА Т.Г.:

— Это такой вопрос, который для меня как бальзам на душу, потому что я тоже хотела бы быть сторонницей такого рода более решительных мер, чем амнистия. Дело в том, что амнистия в этом случае действительно имеет паллиативное значение. Но мы должны применить амнистию фактически не как акт государственной милости, а как акт, который позволил бы в наиболее экономном и быстром режиме освободить людей от тяжких правовых последствий, судебных ошибок. Хотя это не подлинно то значение, которое с точки зрения конституционных норм и законодательства должны иметь акты амнистии. Мне нравится идея реабилитации, и я ее стала бы поддерживать. Но мы с вами пока не накопили общественной поддержки даже для такого простого акта, как амнистия. Когда был принят единственный в новой России закон о реабилитации жертв политических репрессий, общество высказалось в поддержку этого. Поэтому мне кажется важным разъяснить идеи амнистии по делам, связанным с предпринимательством, чтобы

гражданское общество поняло: речь идет о том, что оно тоже ответственно за искаженные судьбы представителей бизнеса, искаженный путь общественного развития страны. Идея такого реабилитационного закона была бы правильной.

ЖУЙКОВ В.М.:

— Реабилитация жертв политических репрессий произошла после смены строя, а реабилитация жертв экономических репрессий, по этой логике, когда должна происходить? Чтобы власть признала свою роль в этом, я в этом сильно сомневаюсь. Поэтому мы исходим из того, что пусть лучше невиновный человек будет на свободе, пусть даже без реабилитации, чем он будет продолжать гордо сидеть в лагере. К сожалению, мы в нашей жизни выбираем не между хорошим и очень хорошим, а между плохим и еще более плохим.

НОВИКОВ И.А.:

— Я открыл перед собой работу интересного автора и нашел очень вписывающуюся в наш диалог мысль: «По мере смягчения наказаний милосердие и прощение становятся менее необходимыми. Счастлива нация, в которой они считаются вредными! Милосердие — эта добродетель, являющаяся иногда дополнением обязанности законодателя, должна быть исключена из хорошего законодательства, при котором наказания должны быть краткими, а суд правильным и скорым. Эта истина покажется суворой тому, кто живет при беспорядочной уголовной системе, когда прощение и милость тем более необходимы, чем нелепее законы и чем жестче осуждение». По-моему, лучше не скажешь. Эта фраза — выдержка из работы Чезаре Беккариа, которой больше 200 лет, но она все еще является очень актуальной. Написана она была в 1754 году, когда Беккариа было около 26 лет. Ему удалось сформулировать те основы построения уголовной политики государства, которые оказались в центре событий нескольких столетий и были восприняты в правовых системах целого ряда государств. Я не случайно обратился к работе именно этого автора. Она называется «Преступление и наказание», большая ее часть посвящена вопросам личной свободы человека и вопросам подавления этой свободы различными уголовно-правовыми методами. Интересно его рассуждение о разделении властей, о независимости судебной власти. Написана эта работа в те годы, когда на 120 тысяч населения Милана в течение 20 лет было 70 тысяч смертных казней. Ростки свободы пробивались в очень сложной обстановке, и, рассуждая

о свободе, человек думал о том, каким образом организовать систему, уголовную политику, суд так, чтобы они способствовали тому, что люди воспитывались бы в соответствующей обстановке и с соответствующим пониманием проблематики.

Интересно его рассуждение в отношении буквального применения права. Мысль состоит в следующем: «По поводу каждого преступления судья должен построить одно правильное умозаключение. Большая посылка — общий закон, малая — деяние, противное и согласное с законом; заключение — свобода или наказание. Если судья по принуждению или по своей воле сделает вместо одного хотя бы только два умозаключения, то ни в чем нельзя быть уверенным». Посмотрите, какая глубина мысли. И дальше: «Нет ничего опаснее общепринятой аксиомы, что следует руководствоваться духом закона. Это все равно, что уничтожить плотину, сдерживающую бурный поток произвольных мнений. У каждого человека своя точка зрения, причем у каждого в разное время она различна. Дух закона зависел бы, следовательно, от хорошей или дурной логики судьи, от хорошего или дурного его пищеварения, от силы его страстей, от его слабостей, от его отношения к потерпевшему и от всех малейших причин, изменяющих в непостоянном уме человека образ каждого предмета».

Есть рассуждения о вопросах равного применения законодательства и к богатым, и к бедным, независимо от занимаемого положения человека в обществе. Есть вопросы о жестокости наказания, о предотвращении преступления, то есть все те вопросы, которые составляют обсуждаемую нами тему. Это система приоритетов уголовной политики, на что она должна быть направлена и в каком направлении следует ее совершенствовать.

Недавно мы вернулись из поездки в Канаду, где встречались с председателем Верховного суда. Выслушав мнение о ситуации в стране, в том числе о количестве лиц, привлекаемых к уголовной ответственности в сфере бизнеса, председатель оценила это очень просто — как атаку на капитализм. Для страны, где случаи привлечения предпринимателей к уголовной ответственности по провинции составляют 7 человек в год, наши тысячи и десятки тысяч выглядят просто дикостью, особенно в контексте озвученной задачи построения в России рыночной экономики.

Самая большая проблема состоит в том, что только через формирование критической массы мы сможем получить того законопослушного бизнесмена, который и нужен нашему обществу. Поэтому единственным выходом в этой ситуации является создание

условий, в которых бы и создавалась эта критическая масса бизнеса, критическая масса среднего класса. Это бы очень могло помочь стране решать те задачи, которыми озабочены цивилизованные государства, и которыми в свое время был озабочен Чезаре Беккариа.

НАУМОВ А.В.:

— Касательно предложений о принятии новой редакции УК или о разработке нового УК. Экономисты могут спросить, что за спор о словах, какая разница между этим и другим? В этом случае различие — методологическое. Есть большая разница между новой редакцией и новым кодексом. Новый кодекс принимается тогда, когда созрели новые принципы. Новый кодекс принимается тогда, когда меняется социально-политический строй. Обрушить на законодателя новый кодекс и новую редакцию? Тактически гораздо лучше, выгоднее — новую редакцию.

Сдвинуть с места репрессивные органы, МВД, ФСБ — легче, а судебную систему очень трудно. Нужна политическая воля. А далее — самое сложное. Здесь дело за экономистами, за их убедительностью. Вряд ли власть будет прислушиваться к юристам — они сами все юристы. Именно экономисты должны убедить власть в том, что если не будет изменений в области уголовной политики в сфере экономики, то будет плохо всем.

ФЕДОТОВ А.Г.:

— Почему наша уголовная политика выглядит так, как выглядит? И почему она не меняется? Те оценки, которые здесь даются и с которыми большинство из нас согласны, в некоторых аудиториях, особенно там, где сидят правоохранители, встречают совершенно другую реакцию, реакцию отрицания того, что такая ситуация существует. Почему появились экономические оценки и цифры, с которыми вас ознакомили?¹ Потому что если мы говорим о состоянии уголовной политики в сфере экономики в неких общих оценках, то нам правоохранители тут же отвечают, что это все неправда, все на самом деле хорошо и замечательно. Объективные показатели уголовного пресса крайне велики, они велики не только в отношении давления на бизнес, но и в отношении всех других категорий населения. Если брать такие цифры, как количество возбужденных уголовных дел к количеству населения, то у нас

¹ Имеется в виду доклад Центра правовых и экономических исследований (см. приложение С настоящего издания).

в среднем более 2 процентов в год, а в Казахстане — 0,7 процента, и мы понимаем, что у нас даже по сравнению с Казахстаном это давление в три раза сильнее.

Я не соглашусь с теми, кто говорит, что основной мотив правоохранителя не коррупционный. Это — смотря что под коррупцией понимать. Если под ней понимать взятку, она давно уже никому не интересна. Чиновник занимается рентоориентированной экономикой имени соловья-разбойника. Сел на перекресток, мимо едешь — заплати. Не заплатил — не проехал. Почему платят? Потому что никто не хочет садиться. Мы давно уже перестали говорить о проблемах права, мы стали говорить с экономистами, понятно, что это абсолютно экономическая проблема.

В результате у нас сложился определенный тип экономики, экономическая модель, где определяющим типом поведения является рентоориентированное поведение. Когда говорят, что все хотят быть госслужащими, — почему? Потому что заниматься бизнесом тяжело и страшно, могут всё отнять. Быть чиновником и бизнесменом — это самое оно. Это — хорошо, это никто не отнимет, и сам еще отнимешь. Но как выясняется, при такой парадигме экономика неэффективна. Никто не желает производить новую стоимость, все желают отбирать чужую собственность, потому что это проще.

Когда мы говорим о правоохранительной системе негативные слова, это не означает, что там нет достойных людей. Мы говорим о том, как работает система. Она работает как палка для выколачивания административно-политической ренты. Она является инструментом передела собственности. Назовите мне хоть одно уголовное дело в отношении предпринимателя, которое закончилось на той или иной стадии, где предприниматель собственность не потерял. Такого не бывает. Он теряет либо в виде взятки, либо теряет бизнес. Эти последствия законом никак не описаны. Это происходит по факту. Предприниматели, конечно, далеко не ангелы, но если мы говорим о формальной оценке преступного и не преступного, то правоохранители, которые разоряют предпринимателя, совершают значительно более тяжкие уголовные преступления, просто они за это не несут ответственности, норма о заведомо незаконном привлечении к уголовной ответственности является мертвой.

НОВИКОВА Е.В.:

— Как только мы пытаемся оценить ситуацию, дать предложения по ее изменению, у нас спрашивают экономическое

обоснование. А ведь для организации такой масштабной репрессии предпринимателей ни экономического, ни социального, ни демографического обоснования никто не дает.

Сейчас очень обостренный политический момент, и я все больше убеждаюсь в том, что общество надо вернуть в сторону поиска взаимного доверия, в том числе с помощью такого шага, как амнистия. Нужны гуманизация уголовного законодательства и снижение уровня уголовной репрессии.

Новый УК, безусловно, нужен, но сказать, что он явится характеристикой смены режима, вряд ли будет правильным. Давайте вернемся на 20 лет назад и вспомним: при переходе от социалистического на рыночный путь развития были ли изменены подходы законодательного регулирования в сфере уголовной политики? Нет. Мы изменили подходы к формированию приоритетов и целей уголовной политики? Нет. Мы должны воспринимать это как невыученный урок.

Очень важным является инструмент общественного контроля. Нет лучшего способа его стимулировать, чем экспертиза по знаковым делам. Мы имеем пример такой экспертизы по делу Ходорковского и Лебедева, которая завершена, и результаты которой будут опубликованы. Очень важно, чтобы этот шаг получил максимально широкую известность и был поддержан обществом, чтобы общество осознало свою ответственность за то, что с ним происходит.

НИКИТИНСКИЙ Л.В.:

— Правоохранительные органы не только крышуют бизнес, но сами им занимаются. Не могу не рассказать историю. Я получил письмо от одного человека, который сейчас отбывает наказание в Рыбинске. История такая. Он каратист. Встретил своего друга милиционера и говорит: «Я каратист. С молодежью занимаюсь. Это такое хорошее патриотическое дело, а мне никто не дает на это денег». Милиционер говорит: «А какие проблемы? Вот газета. Вот список публичных домов. Пойдем, тряханем публичный дом и заработаем денег». Каратист взял игрушечный автомат, второй взял удостоверение сотрудника милиции. Пришли. Тряхнули. Очень хорошо им дали денег. Пошли во второй, а там их накрыли настоящие менты, которые крышуют этот публичный дом. В результате их посадили. Самое интересное в этой истории, что в ней нет добра и зла. Этот каратист говорит: «Я не понимаю, за что я сижу, ведь те, другие милиционеры, делают то же самое, а посадили почему-то меня». Все разговоры о морали, о правах человека

становятся на этом фоне бессмысленными. Просто это бизнес. Вот так получилось. Просто залез на чужую территорию и получил. Абсолютно ничего личного.

СУББОТИН М.А.:

— К разговору о том, что очень неверно коррупцию сводить только к взяткам. Антимонопольщики подсчитали простую вещь: 50 процентов антимонопольных дел связаны с незаконными действиями администрации, высших чиновников. Например, Аман Тулеев в Кемерово просто запретил строительство завода, потому что аналогичный завод есть у его сына. Еще 40 процентов антимонопольных дел вызваны деятельностью так называемых государственных естественных монополий. Только 10 процентов — реальные проблемы монополизма в рыночной экономике.

Мы недавно были в Университете МакГилл в Канаде, где канадцы страшно опечалились по поводу того, что страна вышла из Индекса восприятия коррупции Transparency International из первой пятерки и оказалась в первой десятке. От того, что мы в этом рейтинге сначала упали до 154-го места, а потом вернулись где-то на 143-е, прямо скажем, ничего не меняется.

Известно, каким образом проходил тот же тендер по «ЮКОСу», когда практически все досталось одной компании. Это — к вопросу о доступе государственных структур к частным активам. Использование надзорных органов в конкурентной борьбе является устойчивой практикой. Выдача лицензий без конкурса также не редкость, достаточно посмотреть на историю последних нефтегазовых тендеров. Это фактически раздача лицензий без конкурса различным государственным компаниям. Одним словом, у нас на сегодня сформировалось два инвестиционных климата в стране. Один (благоприятный) для государственных компаний и другой, неблагоприятный — для частных. Происходит деформация бизнес-среды, потому что те компании, которые получают патерналистскую поддержку от государства, развращаются, теряют свою конкурентоспособность, а те компании, на которые оказывается давление и за счет которых жирует вторая часть, оказываются в положении деформированной карликовой березы, которая не может развернуться в полную мощь.

Три года назад на очередном Петербургском форуме тогдашний руководитель ВР высказался, что для увеличения объема инвестиций необходимо решить три основные задачи: 1) создание эффективной фискальной системы; 2) уважение прав собственности;

3) уважение верховенства права. Это чрезвычайно редкое заявление. К сожалению, бизнес категорически отказывается обсуждать уважение прав собственности и уважение верховенства права на серьезном уровне с правительственные структурами. Максимум, что обсуждается, это благоприятный налоговый режим, какой-то специальный налоговый режим, какие-то налоговые льготы — не более того. В переводе на русский язык то, что прозвучало от руководителя ВР, это три инвестиционные заповеди, которые должно соблюдать государство: не сажать; не грабить; дать заработать. В них умещается вся проблема создания в стране благоприятного инвестиционного климата.

Хочу процитировать заявление Путина на совещании по трансфертному ценообразованию. Он сказал, что мы не знаем, что такая рыночная цена, что такое аффилированные структуры, трансфертное ценообразование законом урегулировано недостаточно¹. Но по этим «неопределенным» категориям посажены десятки тысяч людей! С моей точки зрения, это заявление экономически абсолютно правильное. И оно автоматически предполагает обсуждение вопроса об экономической амнистии. Когда мы сами признаем, что непонятно, на каких принципах пересажали кучу людей, когда неграмотные в экономическом отношении юристы определяют рыночные отношения по своим понятиям и на основе того законодательства, которое досталось от Советского Союза.

ЯКОБАШВИЛИ Д.М.:

— Если мы не создадим нормальные условия для развития бизнеса, если не дадим ему возможность развиваться, с чем мы останемся? В принципе, ни с чем. Капитал бежит. Бегут люди. Народ сконцентрирован только на том, как бы дотянуться до государственных потоков, распилить их и убежать. Это, конечно, очень печально и удручающее. Если мы как-то не разрешим эти вопросы и не создадим условия для привлекательных инвестиций, то перспектива понятна. Страна должна быть налоговым раем. Она должна быть административным раем. Есть же примеры того, что можно победить коррупцию, хотя бы внизу. Коррупцию в высших эшелонах победить очень тяжело. Перечисление крупными компаниями денег на выборы — это та же самая взятка, только в другом виде. Потом исполняются определенные обязательства, данные во время избирательной компании. Это нормально. Наверное,

¹ <http://premier.gov.ru/events/news/15225/>.

на то оно и человеческое общество, чтобы совершать какие-то грехи. Но когда это идет поголовно, когда берутся деньги и ничего не исполняется, и берутся в больших размерах, чем бизнес может выдержать, то это плохо.

Единственное, что может дать деньги, это малый и средний бизнес. Если посмотреть на европейские страны и Америку, то вы увидите, что все первые этажи жилых и нежилых домов заняты малыми предприятиями. Основной доход в казну идет от малых предприятий. В наш бюджет сегодня от малых предприятий поступает всего 10—15 процентов от общего объема бюджета. Не понятно, о чем думают власть и те, кто принимает какие-то решения. Мы много раз объясняли, что ожидать экономической отдачи можно, только создав условия и правила игры, которые дают определенную стабильность. У всех есть один общий интерес — это мораторий на изменения налогового законодательства и снятие административных барьеров.

Надо понимать, что на 10 процентах территории России проживают более 25 процентов населения. Во всей восточной части, что ближе к Китаю, проживают всего 30 процентов населения. Нужно создавать условия для нашего бизнеса или для привлечения иностранного бизнеса, хотя бы на условиях Канады, есть еще примеры, то есть привлекать качественного мигранта, создав ему благоприятные условия для развития бизнеса, для ведения дел, тем самым создавая прибавочную стоимость для государства. Если мы всего этого не сделаем в скором времени, то у нас возникнет огромная проблема. Почему? Потому что, во-первых, у нас происходит сокращение трудоспособного населения, и это проявится уже к 30-му году. На фоне значительного сокращения воспроизводителей произойдет резкое увеличение стареющего населения. Обеспечивать это высоковозрастное население денежными потоками будет некому, если не будет принята правильная миграционная политика и политика воссоздания семьи. В последние годы были предприняты некоторые шаги, которые были связаны с помощью семье, но небольшой рост населения за последние годы — это какой-то призрак, а не реальность.

НОВИКОВА Е.В.:

— Давид Михайлович, просьба ответить на вопрос относительно того, что уголовная политика в сфере экономики со сменой фактически строя по-прежнему осталась в руках уголовной юстиции, которая была несовместима со свободой предпринимательства.

Не считаете ли Вы, что и бизнес-сообществу, и экономическому блоку правительства необходимо, наконец, стать фильтром, барьером для того, чтобы определять цели и приоритеты уголовной политики в сфере экономики, поскольку они несут ответственность за эту сферу и потому должны определять суть происходящего в ней. Между тем, ни один представитель бизнес-сообщества не откликнулся на наше приглашение принять участие в сегодняшнем обсуждении. В ходе подготовки «Стратегии-2020» Министерством экономического развития было высказано предложение чтобы бизнес-ассоциациям стать фильтром при одобрении тех или иных правовых актов, которые могут влиять на самочувствие бизнеса. Как Вы к этому относитесь? Можно ли как-то изменить ситуацию, включив организованные ассоциации в законопроектный процесс?

ЯКОБАШВИЛИ Д.М.:

— Бизнес — это очень хрупкое создание. В нашем государстве его можно разрушить за несколько часов. Поэтому бизнес и не выступает. Все стараются не выходить за определенные барьеры и не ругать власть и правоохранительные органы. В целом участие в рабочих группах и в выработке правил, законов, законопроектов, конечно, интересно. Но кто нас позовет? Или кто прислушается?

ЯСИН Е.Г.:

— Бизнес вряд ли будет вступать в этот диалог. Страшно. Бизнес боится вкладывать, боится с кем бы то ни было иметь дело, потому что само предприятие все время под угрозой. В таких условиях мы не будем иметь никакого экономического роста.

НОВИКОВА Е.В.:

— Евгений Григорьевич, а если мы сместим акцент на их роль в определении приоритетов уголовной политики в сфере экономики, хотя бы через законопроектные инициативы. Если Министерство экономики само это предложило, как можно ответить отрицательно на это предложение?

ЯСИН Е.Г.:

— Если вы подготовите предложения и покажете бизнесмену, он может высказать суждения, но заменить вас, юристов, в профессиональной работе по подготовке законодательных актов он не сможет.

КОЗЛОВ А.А.:

— Все более или менее крупные компании (да и у меня была некрупная) имеют конечных бенефициаров за рубежом не только потому, что там дешевле платить налоги, но и потому, что там существует право. Именно эти юрисдикции получают наши налоги, наши инвестиции. Нашей компании удалось выиграть в Арбитражном суде Великобритании дело по акциям, за «хищение» которых меня привлекли к уголовной ответственности, только потому, что в договоре купли-продажи именно английский суд был указан в качестве арбитра для рассмотрения спора. И в ближайшее время я не буду менять эту практику. Мне кажется, это опасная тенденция, потому что фактически происходит то, что люди, зарабатывая здесь, думают, как захеджировать риски. Я могу привести еще один пример в этой связи. Давид Михайлович говорил о том, что бизнес неактивен, он пытается не высовываться, чтобы защитить свои права. Последние выборы показали очень интересную тенденцию. Практически все мои знакомые предприниматели, которые с 1996 года не ходили на избирательные участки, пошли и проголосовали за коммунистов. Это бизнесмены. То есть они проголосовали, в принципе, за ту партию, против которой они голосовали в 1996 году. Это тоже очень нехорошая тенденция. Мне кажется, диалог должен быть двухсторонний. Ведь это определенного рода чемоданное настроение, с одной стороны, а с другой стороны, — уже определенного рода протестное. Необходим диалог.

РОМАНОВА О.Е.:

— Редкий случай, когда я не соглашусь со своим мужем, особенно по поводу прелестей Лондонского международного арбитражного суда. Хорошо, мы выиграли. Только Пресненскому суду наплевать на это с высокой колокольни. И он снова сидет, несмотря ни на что.

МАКАРОВ А.:

— Я сегодня буду выступать в двух ипостасях: как представитель российского бизнеса и как человек, более 25 лет проработавший в ФСБ на одной из руководящих должностей в Департаменте экономической безопасности. Как представитель бизнеса я хочу сказать, что, на мой взгляд, любой человек в России, решивший заняться бизнесом, изначально входит в группу риска и становится потенциальным объектом устремления спецслужб,

правоохранительных органов, налоговых, финансовых структур, пожарной охраны и других разрешительных организаций. Сегодня немало говорилось о том, что необходимо дать руководству страны предложения по улучшению положения бизнеса в стране, принять новые законы и ряд других мер. Мне кажется, что все эти проблемы находятся в более глубинной плоскости. Меры, которые сегодня принимаются, хороши, прекрасны, но вся беда в том, что, какие бы законы мы сегодня ни принимали, эти законы не действуют. Бюрократический аппарат тормозит развитие общества, он воспринимает эти законы и трактует их так, как считает нужным и выгодным для себя.

Касаясь истории репрессий, в том числе и в правоохранительных органах современной России, я бы разделил это на два периода. Первый период, когда у власти был Борис Николаевич Ельцин. Тогда начался период вхождения России в бизнес, когда у нас пошел процесс приватизации. К сожалению, в это время шла в большей мере не приватизация, а прихватизация той государственной собственности, которая имелась. Ведь не зря у крупных бизнесменов, олигархов, была такая своеобразная бравада и спортивное соревнование, кто из них заплатит меньше государству налогов. Когда пришел к власти и стал президентом Путин, он решил провести ревизию того государства, которое ему досталось. Результаты были крайне удручающими.

Приведу два небольших характерных примера. Первый — когда в очередной раз хотели приватизировать нефтяную государственную компанию «Роснефть». Главный критерий оценки предложений сводился к тому, что «Роснефть» является нерентабельной компанией и ее надо отдать частному бизнесу. Приблизительно по такому же пути шли приватизации ликероводочных заводов. Касаясь непосредственно «Роснефти», когда стали разбираться, выяснилось, что на местах большая часть активов была просто-напросто незаконно захвачена криминалитетом.

Второй пример того, как делался наш бизнес, откуда брались средства, откуда появлялись олигархи, это компания «Газпром». Она отдала определенный пакет акций в залог под объемы строительства трубопроводного транспорта. Сумма была порядка 300 млн долларов, потом все забыли, что эти акции заложены. Прошло время, процент вырос до 500 млн, «Газпром» сказал, что у него нет денег заплатить за работу, и он готов отдать эти акции. На тот период времени эти акции стоили 2 млрд 300 млн. Я не хочу называть фамилии тех, кому отошел этот пакет акций,

они — из ближайшего окружения Бориса Николаевича. О чём мы ведем речь? В тот период времени серьезных репрессивных мер в отношении крупного бизнеса не было.

Для того чтобы государство и наш бизнес в целом цивильно и мирно жили друг с другом, во-первых, надо добиться, чтобы государство соблюдало то законодательство, которое сегодня имеется. Потому что иначе бизнес работать не может. Второе. Надо, чтобы наш государственный бюрократический аппарат выполнял то, что ему предназначается, и тогда законы будут работать. И третий основной момент — общество должно контролировать как высшие органы государственной власти, так и непосредственно правоохранительные органы.

ЯКОБАШВИЛИ Д.М.:

— Я бы хотел одну вещь сказать. Может, она крамольная. Есть чиновники, у которых денег намного больше, чем у олигархов. И мы их все знаем. Но с этих денег вовсе не уплачено никаких налогов. Именно деньги чиновников уходят за рубеж. Поэтому мы, некоторая группа лиц, выступаем за амнистию, чтобы чиновник привез эти деньги обратно, заплатил налог и жил дальше. Зато деньги придут назад. Если деньги будут уходить из страны, мы ни к чему хорошему не приедем.

НОВИКОВА Е.В.:

— Давид Михайлович, для того чтобы осуществить амнистию капитала, которой толком в России не было, мы готовы оказать нашу скромную экспертную поддержку, если только первым этапом пройдет амнистия предпринимателей. Иначе капитал не вернется. Самый ключевой вопрос, который препятствует проведению амнистии капитала (как учит опыт стран, где были проведены удачные амнистии капитала), это обеспечение анонимности и безопасности — и денег, и их владельцев.

НОВИКОВ И.А.:

— Я понял так, что представителей правоохранительных органов в зале нет, что не очень радует, потому что столь интересная дискуссия, глубокое обсуждение и высказанные мысли должны были бы интересовать органы власти для решения существующих проблем. Отсутствие интереса к мнению представительного экспертного сообщества, мне кажется, очень показательно, оно говорит об уровне востребованности в органах государственной

власти тех идей, которые могли бы помочь решить существующие проблемы. Это же можно сказать и об экспертизе законодательства и реалий правоприменительной практики.

Состояние правоприменительной практики — важнейший элемент уголовной политики, собственно говоря, то, через что она реализуется. Этот же элемент является чрезвычайно важной частью государственной политики. В зависимости от того, как реализуется, из чего состоит уголовная политика, во многом зависит, в каком направлении государство движется, в каком направлении оно развивается, насколько успешно оно существует, насколько свободно чувствуют себя граждане, бизнес в государстве. Правоприменение является публичной функцией власти, реализуемой через ряд государственных органов и институтов, где термин «публичное» является синонимом термина «общественное», что означает, что оно должно осуществляться в интересах как общества в целом, так и каждого его члена в частности. Синонимом термина «репрессивное правоприменение», как это отмечается в докладе уважаемого Альфреда Эрнестовича Жалинского, является скорее термин «антиобщественное правоприменение».

Когда мы говорим о правоприменении, мы должны вести речь о деятельности целого ряда органов. В первую очередь, я хотел бы сказать про контролирующие органы, которые осуществляют проверки. Именно по результатам этих проверок чаще всего начинаются различного рода притеснения, преследования, возбуждаются уголовные дела. Кроме них существуют органы дознания, предварительного следствия, прокуратура, суд, учреждения, где содержатся задержанные, арестованные. Кому приходилось с этим сталкиваться, наверное, согласятся, что проблема правоприменения — это не только проблема коррумпированности или вопиющей коммерциализации государственных органов и отдельных должностных лиц. Проблемы возникают на концептуальном уровне, на уровне определения функций и полномочий государственных органов, а также способов и методов их работы.

О чем я говорю? Таможенные и налоговые органы традиционно выполняют исключительно фискальные функции. Никакому российскому предпринимателю не придет в голову идти советоваться с налоговыми органами по поводу того, как организовать бизнес, чтобы не платить лишних налогов и вместе с тем не оказаться в сложной ситуации. А если и придет в голову, то никакого ответа он не получит. Это в лучшем случае. А в худшем случае он окажется под очередной проверкой. Соответствует ли такой

подход конвенциальным положениям, соответствует ли он наилучшей практике? Конечно, нет. Мне известна практика в Нидерландах, где ни один бизнес не начинается без того, чтобы бизнесмен не пришел в налоговый орган и не согласовал схему своей работы, включая даже движение финансовых потоков. Пожалуй, ни в одной стране мира с рыночной экономикой нет такой малочисленной группы предпринимателей в пересчете на количество населения. И одновременно нет такой многочисленной армии проверяющих чиновников по сравнению с численностью предпринимателей. Известны случаи, когда количество проверок исчисляется десятком в течение месяца. Похоже, что проверки бизнеса не дают большого результата. Чаще всего они завершаются ничем. В случае возбуждения уголовных дел весьма малая их доля доходит до суда. Это говорит прежде всего о том, что кроме создания условий, способствующих коррупционным правонарушениям, этим ничего не достигается.

За рубежом государственные органы имеют четко обозначенный спектр интересов, направлений деятельности. В значительной (если не в подавляющей) степени это связано с публичным интересом, с контролем за расходованием бюджетных средств, то есть средств налогоплательщика из казны, за различными тендерами на проведение работ, за прямой или опосредованной аффилированностью чиновников с бизнесом, за конфликтом интересов и (что особенно важно) за пожертвованиями политическим партиям, прежде всего тем, которые находятся у власти. Это те моменты, когда отсутствие контроля создает нарастающие проблемы коррупции и организованной преступности. Все это делается в условиях полной транспарентности эффективными и постоянно совершенствующимися инструментами общественного контроля. У нас есть зачатки такого рода института, который называется общественное расследование, общественная экспертиза. Но насколько они эффективны, пока неясно. Хотелось бы, чтобы этот институт заработал в полную меру.

Похоже, ни в одной стране мира не привлекается к ответственности такое количество предпринимателей, как в России. Это ужасающие цифры, которые приводят в недоумение всех, с кем мы пытались обсуждать эту тему. Но и этого мало. Почему? Потому что постоянно муссируется вопрос не только об уголовной ответственности предпринимателей, но и о привлечении к уголовной ответственности юридических лиц. То есть звучат призывы к реализации совершенно чуждого института, не вписывающегося

концептуально в систему нашего права. Каковы побудительные мотивы этого — стоит только догадываться. Наверное, привлечение к уголовной ответственности юридических лиц в определенных обстоятельствах может создавать дополнительные условия для совершения тех же самых коррупционных правонарушений.

ЗИНОВЬЕВ Р.Ю.:

— Экономика сейчас пронизывает все сферы жизни общества и государства, все виды деятельности, в том числе правоприменительную и нашу адвокатскую. Потому что есть даже понятие бизнес-адвокатуры. Более того, адвокатура настолько срослась с экономикой, бизнесом, что порой мы уже возводимся правоприменителями в ранг подельников преступников из числа бизнесменов.

Касаясь нашей профессиональной деятельности, хотелось бы затронуть большую тему: жертвами неправильной правоприменительной практики, к сожалению, сейчас становятся не только бизнесмены, намеченные в качестве мишени, то есть те, в отношении кого выполняется заказ, но это касается и адвокатов. В наше время адвокат становится профессией героической. Я состою в Адвокатской палате Москвы. Там должности — выборные. У нас очень демократическая организация. Это, наверное, один из последних оплотов демократии. Я возглавляю Комиссию по защите профессиональных и социальных прав адвокатов. Применительно к этой деятельности и в связи с обслуживанием в том числе и бизнеса, хочу привести несколько примеров.

Наверное, все согласятся, что ненормально, когда фигурантами уголовных дел становятся наряду с бизнесменами и адвокаты. Но сейчас такая порочная практика намечается. Это один из эффективнейших способов недобросовестных правоприменителей противодействовать эффективной адвокатской деятельности, самих адвокатов посадить на одну скамью подсудимых вместе с их подзащитными. Анализ показал, что в рамках только уголовного дела, связанного с «ЮКОСом», мы на сегодняшний день имеем в качестве привлеченных или привлекавшихся к уголовной ответственности целый ряд замечательных адвокатов, которые занимались своей профессиональной деятельностью, а не воровали нефть. Привлекали их по статьям, связанным с экономическими преступлениями. Адвокат Ивлев сейчас проживает в США. Адвокат Гололобов — тоже вынужденный изгнаник, находится в Лондоне. Всем известен умерший Алексанян, который тоже имел адвокатский статус. Известный адвокат Аграновская

в рамках расследования этого дела задерживалась. Адвокат Николаев-Полыновский вместе с семьей вынужден уже долгое время находиться за границей. Судьба Светланы Бахминой всем известна. Эта грустная статистика, конечно, удручет.

Что самое печальное, нечистоплотные методы противодействия адвокатской деятельности, которые, безусловно, сказываются и на эффективности защиты, в том числе и бизнеса, продолжают развиваться и совершенствоваться.

Я поддерживаю выдвинутые предложения, но не все. Мне кажется, нет необходимости готовить новый УК. У нас, в общем-то, очень неплохие законы, если их выполнять надлежащим образом и соблюдать. Но, к сожалению, мы очень часто сталкиваемся с фактами откровенного пренебрежения законами и саботажем разумных законодательных инициатив. Очень многое зависит от человеческого фактора. В системе правоприменения первостепенное значение имеет деятельность судов. От того, кто вершит правосудие, во многом зависит и сама уголовно-правовая политика.

Если возвращаться к образованию, то все наши силовые ведомства обзавелись своими академиями. Есть Академия правосудия, у Генеральной прокуратуры есть свой вуз, у Следственного комитета. Но уровень преподавания оставляет желать лучшего. Все с печалью отметили, что в этом году в рейтинге мировых государственных вузов МГУ оказался более чем на сотом месте. Это первое — качество образования. Второе, это — профессиональный отбор, потому что при отборе тех же судей предпочтение отдается прежде всего сотрудникам прокуратуры, бывшим полицейским, у которых уже произошла определенная профессиональная деформация и выработан обвинительный уклон.

ПАНЕЯХ Э.Л.:

— Мы в Институте проблем правоприменения на протяжении двух с половиной лет изучаем, как устроен обвинительный уклон. Я вкратце расскажу, к каким результатам нам удалось прийти. У ситуации с предпринимателями есть всего несколько отличий от ситуации с общеуголовными делами в том, как устроен обвинительный уклон для них. В первую очередь, предприниматель имеет гораздо больший шанс, чем среднестатистический уголовник, оказаться в предварительном заключении. Шанс почти наравне с рецидивистом. Почему? Потому что он человек обеспеченный, у него есть деньги, ресурсы, у него, наверное, есть загранпаспорт. Он воспринимается следователем как человек, способный

к сопротивлению. С другой стороны, поскольку большинство предпринимательских дел возбуждается не без каких-то корыстных оснований, этого сопротивления очень хочется избежать. Если у кого-то другого (не предпринимателя) увидят способность к сопротивлению, просто решат его не сажать, а вместо него посадить простого, бедного, без связей, а предпринимателя будут цепенаправленно давить и сажать.

Второе отличие, наоборот, в пользу предпринимателей. Если говорить не о заказных делах, а о делах, где правоохранитель либо борется с тем, что считает преступностью, либо речь идет только об отъеме бизнеса, судьи не любят их сажать. Короче говоря, если специальные интересы не нацелены на то, чтобы человек сидел, судьи гораздо больше, чем в половине случаев, дают условный срок. Они понимают, что перед ними шитое дело. Судьи боятся прокуроров, оправдывать они не могут, но когда судьи понимают, что перед ними человек, вина которого как минимум не доказана, они стараются сделать что-то такое, что заменяет оправдание. Если нет интересов, которые требуют непременно обвинить, то суды стараются прекратить дело за примирением сторон или по какому-то иному основанию. Если есть, то стараются дать условный срок, дать столько, сколько уже отсижено в СИЗО. Это все, что в России заменяет судебную дискрецию. Это то, что делают судьи вместо того, чтобы оправдывать человека, когда видят, что сажать его не за что.

Как, по нашим представлениям, устроен обвинительный уклон в российских судах вообще? Он не укоренен в каком-то одном ведомстве. Он устроен как бюрократическое взаимодействие трех бюрократических ведомств: следственные органы, прокуратура и суд. Суд, это очень важно понимать, организационно тоже устроен как ведомство. Формально, по закону, это отдельная ветвь власти, организационно и бюрократически это такое же ведомство, как прокуратура и следственные органы. У судьи есть начальство в лице председателя суда, между ним и начальством стоит бюрократический аппарат, у которого бюрократические способы оценки деятельности судьи. Это такой же бюрократ, с таким же планом, с такими же наказаниями и разборками на совещаниях.

На вершине этого треугольника (следствие, суд, прокуратура), вопреки тому, что должно быть по Конституции, находится прокуратура. Она фактически принимает экзамен у следователя. Следователь, формируя дела, ориентируется на то, согласится с ним прокурор или нет, устраивает ли его обвинительное заключение, с которым он пойдет в суд. Низкий стандарт доказательств следствия,

который мы видим, обусловлен тем, что прокурор прощает следствию ошибки. Почему это происходит? Потому что он: а) обоснованно надеется даже очень слабое обвинение протащить через суд (суд его боится); б) потому что прокурор находится в ситуации — вас много, а я один, и я большой, а вы очень маленькие. У прокурора, который занимается надзором над следствием и утверждает обвинительное заключение, много-много следователей, которые приходят к нему с однотипными бумажками десятков видов, эти бумажки проходят через него сотнями в неделю. Сосредоточиваться на них невозможно. Он смотрит по форме, вроде бы почерк хороший — и подписал. Ничего, я потом посмотрю это дело, когда оно будет готово, то есть надзора прокуратуры над следствием практически не существует. Но в процессе этого формального надзора прокурор уже начинает набирать ответственность за то, что происходит во время следствия, и потом ему уже очень не хочется осознавать, что он этой ответственности не соответствует, если отказывается нести это дело в суд. Один работник прокуратуры принимает обвинительное заключение; другой работник прокуратуры, у которого общий начальник с этим первым (то есть это другой помощник того же прокурора) получает у своего начальника это уголовное дело со словами: «Иди с ним в суд». У него никакой власти над тем, как велось следствие, нет. Это чиновник, он может либо подвести своего начальника и своего сослуживца, либо продавить суд. Он приходит в суд, и у государственного обвинителя нет права на ошибку. Потому что этот реальный человек приходит в суд покрывать ошибки своих сослуживцев. Возможности это предотвратить у него нет, он на равных с тем, кто принял никудышно расследованное дело от следователя. Что происходит на следующем этапе? Он приходит и делает все, чтобы суд ни при каких обстоятельствах не вынес оправдательный приговор. Суд, таким образом, под давлением прокуратуры помогает следствию.

Суд фактически штампует решения о заключении под стражу и решения о продлении срока содержания под стражей, в результате чего мы видим эти кошмарные истории про то, как предприниматели сидят годами, пока на них шьются дела. Это тоже предпринимательская антипривилегия, потому что стандартное общеголовное дело простого человека прокуратура и следствие хотят скинуть намного быстрее. Там люди, как правило, не сидят годами. Это бывает, но это необычная ситуация. Для предпринимателя это обычная ситуация, потому что его надо поддержать подольше, надавить на него, потому что он сопротивляется и его надо

продавить. Простого человека поведут в суд и будут продавливать судью. Приведу один пример от адвокатов. Суды не принимают новые аргументы защиты, то есть, когда защита приходит в суд и говорит: «У нас еще есть такой-то аргумент». А судья отвечает: «Почему вы не сказали об этом следователю во время расследования? Вы хотели ввести в заблуждение следствие? Или вы считаете, что это неважно? Если это неважно, то это и для суда неважно». И на этом основании суд не принимает вполне заслуживающие внимания аргументы защиты. Все эти красивые поединки между защитой и обвинением, которые мы видим в западном кино, когда адвокат пришел опровергать аргументы прокурора с помощью новых доказательств, новых свидетелей, — это у нас не работает. Суд считает, что сторона защиты должна разоружиться перед следствием полностью и быть с ним откровенной. При этом формально следствие никакого влияния на суд не имеет. Следователь по сравнению с судьей никто.

НИКИТИНСКИЙ Л.В.:

— Элла, а как вы проводили исследование? Какой материал? Вы могли бы рассказать?

ПАНЕЯХ Э.Л.:

— Я, к сожалению, не все наши источники могу раскрыть. Как вы понимаете, люди из этой системы не очень любят, когда выясняется, что они нам рассказывают. Но, в частности, мы просто интервьюируем людей. Мы находим людей, которые там работают и которые готовы рассказать, как они работают. Мы просим рассказать об их практиках, как устроена их работа. Нам прокурор рассказывает, например, совершенно не видя в этом ничего плохого (действительно, в этом нет ничего незаконного): «Да, мы стараемся, чтобы к одному и тому же судье по уголовным делам все время ходил один и тот же прокурор, с которым у них хороший общий язык, с которым они видятся каждый день. И, естественно, судье не хочется скандалить и ссориться ради какого-то адвоката, которого он видит третий раз в жизни, ради какого-то подсудимого, которого он вообще никогда не увидит». И таких историй, на которых держится эта смычка между судом и прокуратурой, я могу рассказать много.

ЗАЙЦЕВ П.В.:

— Прокурор, поддерживающий обвинение в суде, если он считает, что человек не виноват, не вправе на основании своего

внутреннего убеждения отказаться от поддержания обвинения. Он должен сначала согласовать свою позицию с руководством, и только после того, как ему разрешат, он может это сделать. В противном случае он будет подвергнут наказанию вплоть до увольнения.

ТИТАЕВ К.Д.:

— Интересно, что практически любой разговор об уголовном преследовании предпринимателей очень часто идет тем путем, когда предлагается, что и как нужно поменять в уголовном, уголовно-процессуальном и уголовно-исполнительном законодательстве. Притом что мы сегодня уже слышали много раз, что ни следователь, ни прокурор, ни судья закон не соблюдают.

Я хотел бы подчеркнуть относительно большее давление на правоприменительную практику процессуального, нежели материального права. Соответственно, роль изменений в УПК значительно больше, но на примере поправок в УПК о том, что предпринимателей нельзя заключать под стражу, мы видим, что запреты легко обходятся.

Теперь о том, что, к моему удивлению, не сказал практически никто на сегодняшнем круглом столе. 80 процентов дел в отношении предпринимателей возбуждаются на основании рапорта сотрудника ОБЭП или других подобных подразделений. Один из самых простых выходов, который оставит нам практически только заказные дела, уберет палочные дела против предпринимателей (а заказных дел существенно меньше, все же это достаточно дорогая услуга), будет просто ликвидация ОБЭП. Удаление одной строчки из Закона «О полиции», которая выявление экономических преступлений делает функцией полиции, приведет к сокращению от 40 до 80 тысяч (по разным оценкам) полицейских, которые составляют оперативный состав отделов и департаментов по борьбе с экономическими преступлениями. Возможно, очень небольшое количество реальной экономической преступности, которое они сейчас раскрывают, останется нераскрытым. Но весь этот пресс будет просто уничтожен. Это будет просто сокращение и ликвидация этих функций. Там, где есть какая-то содержательная часть, основанная на работе ведется не оперативником, который «выявил» и шантажирует, что этот рапорт завтра ляжет на стол следователю и станет основанием для возбуждения уголовного дела. Реальная работа делается следователем, потому что, если это, например, серьезное налоговое дело, письмо из налоговой службы идет следователю для разрешения вопроса о возбуждении

уголовного дела. Ликвидация оперативного состава — это простое, достаточно штатное мероприятие. Это то, что могло бы очень сильно снизить давление на бизнес.

Другая проблема сложнее: никакой разницы между коррупционным, то есть возбужденным по заказу, и палочным делом вообще-то нет. Вопрос в том, что технология работы с этими делами на всех стадиях, начиная от вынесения постановления о возбуждении уголовного дела, заканчивая вынесением приговора, совершенно не соответствует даже российскому законодательству, даже законодательству на уровне подзаконных актов, их собственным внутренним инструкциям и методикам. Это не злой умысел. Это неумение работать по-другому. Их так научили. В какой-то мере здесь есть *path dependence*, потому что все эти подразделения на-прямую наследуют ментальность ОБХСС, это до сих пор кадры оттуда. Проблема в том, что, как бы дело ни возбуждалось, оно расследуется исходя из презумпции виновности, к которой полностью присоединяется суд, в том числе с позиции уголовно-правовой трактовки гражданско-правовых отношений.

САЛЫГИН Е.Н.:

— Проблема, которую мы рассматриваем, носит комплексный характер. Если бы у нас действительно был независимый суд и достаточно квалифицированный судейский корпус, это в определенной мере препятствовало бы тому силовому давлению, которое испытывает наш бизнес. Поэтому надо ставить вопросы о дальнейшем реформировании судебной системы и обеспечении независимости судей. Кроме всего прочего, это также вопрос отчетности, вопрос формального статуса судей, сотрудников МВД, следственного комитета и прокуратуры.

Только что говорили о палочной статистике, которая существует в МВД. Совсем недавно в МВД был принят приказ, который вступит в силу 1 января 2012 года «Показатели оценки деятельности территориальных органов МВД России». Действительно, произошли некоторые изменения в оценке деятельности органов внутренних дел. На первое место были поставлены социологизированные критерии деятельности, а именно общественное мнение о работе органов внутренних дел на основе использования внешнедомственных источников, социологической информации. Но если читать документ дальше, то мы вновь встречаем то, что называется палочной статистикой. Скажем, в пункте об эффективности деятельности полиции в качестве показателей, в частности,

установлено: количество выявленных сотрудниками полиции преступлений экономической направленности, совершенных в крупном или особо крупном размере либо причинивших крупный ущерб. Индикатор положительный, если в том или ином регионе будет выявлено преступлений чуть больше среднестатистического по стране. Это говорит о том, что есть прямая заинтересованность сотрудников полиции выявлять как можно больше преступлений экономической направленности, особенно в крупном или особо крупном размере. Сколько бы мы ни говорили о людях честных, порядочных, если они поставлены в подобного рода условия, то они, конечно, будут действовать так, чтобы выдавать результат, а этот результат в том числе оценивается и по таким показателям. Есть несколько противоречивых показателей, которые можно толковать по-разному. Например, количество уголовных дел, расследованных дознавателями полиции, направленных прокурором в суд с обвинительным актом, постановлением для получения согласия на прекращение уголовного расследования и.т.д. С одной стороны, можно положительно оценить, что количество расследованных дел, которые завершились соответствующим актом, это показатель, который характеризует эффективность борьбы с преступностью, поскольку дело доведено до логического конца на стадии дознания. С другой стороны, здесь опять фигурирует пресловутое количество, хотя можно использовать и другие показатели, в частности взять за основу некий алгоритм действий работников правоохранительных органов в целом и оценивать качество не по результату, а по самой процедуре, по самому процессу. Если все сделано правильно, но не было какого-то обвинительного акта, то значит, так оно и должно было быть. И подобного рода оценки должны конечно же меняться. Так же как и следующий показатель на стадии дознания — количество оправданных, а также лиц, уголовные дела которых прекращены за отсутствием событий или состава преступления, а также в связи с непричастностью. Здесь оценка отрицательная, то есть получается, что если у сотрудника полиции будет больше нуля таких дел, это уже будет минусом. Понятно, что работник должен выполнять свою работу качественно и формировать дело таким образом, чтобы оно не развалилось в суде, но, с другой стороны, очевидно, что если есть целая система, когда тебе нужно количество и чтобы это количество еще и перешло от тебя непосредственно в суд, то выстраивается вполне ясная картина того, как у нас выглядит деятельность правоохранительных органов, которая касается не только бизнеса,

но и других организаций и граждан. Особенно показателен пункт об исполнении административного законодательства, где в качестве оценки указывается сумма взысканных административных штрафов в доле от общей суммы, наложенной сотрудниками полиции. Если выше среднего, оценка — положительная. Это пример конкретного документа, который, безусловно, связан с повседневной практикой.

ЗАЙЦЕВ П.В.:

— Я хочу добавить, что в случае прекращения уголовного дела, которое расследовал следователь, по реабилитирующему основанию, как правило, это воспринимается как брак в работе.

ФАЙЕРСТОУН Т.:

— Я проработал несколько лет федеральным прокурором в США. Могу сказать, что у нас нет таких острых проблем, как рейдерство, но злоупотребления могут быть в любой системе. И я хотел бы сказать несколько слов о том, как мы с ними боремся. Сегодня много было сказано о мошенничестве, о необоснованных обвинениях в мошенничестве. У нас этого по уголовным делам нет, или этого очень мало, но бывает, что заявляются необоснованные иски. Предприниматели их используют друг против друга как способ конкуренции. Для того чтобы решить этот вопрос, у нас в общем праве разработаны признаки мошенничества. И в самом первом заявлении о мошенничестве истец должен представить доказательства по каждому признаку. Это следующие признаки: ложные сведения, которые предоставил ответчик, что он знал о том, что это ложные сведения, что он имел умысел на это, что истец полагался на эти сведения, что был нанесен ущерб истцу. Если заявитель не предоставляет доказательств каждого признака в самом первом иске, то судья имеет право отклонить этот иск с самого начала, без рассмотрения. По другим гражданским делам таких требований в нашем праве нет. Суды понимают, что мошенничество — это деньги, это статья, которой можно злоупотребить, поэтому у нас такие специальные требования к искам о мошенничестве.

Сегодня было высказано предложение, что дела о мошенничестве должны возбуждаться только по заявлению потерпевшего. Мне кажется, что это очень разумное предложение. Такого требования у нас в США нет, но как бывший прокурор я могу сказать, что я никогда не ходил в суд с делом о мошенничестве без

потерпевшего. Это просто абсурд. Как можно доказать в суде, что кто-то пострадал от мошенничества без самого потерпевшего?

В США первые законы о легализации преступных доходов были приняты в 1980-е годы в целях борьбы с наркоторговлей. У нас также были проблемы с этими статьями. Они распространяются не только на наркоторговлю, но и на другие категории преступлений. Появилась такая практика, что прокурор применял их для давления на обвиняемого. Например, обвинял в мошенничестве, а потом добавлял отмывание. По нашему законодательству наказание за отмывание было очень большое, до 20 лет, намного большее, чем наказание за предикатное преступление. И прокурор предлагал обвиняемым признать себя виновными в предикатном преступлении и обещал не обвинять их в легализации. Это превратилось в рычаг давления прокуроров на обвиняемых. Поэтому были приняты поправки в законодательство, и сейчас наказание за предикатное преступление и за отмывание одно и то же. Наказание за предикатное преступление почти полностью поглощает наказание за отмывание. Так что такая практика уже не имеет смысла. Но это показывает, что существует общая проблема злоупотребления статьей о легализации. Было выдвинуто предложение ограничить отмывание только определенным списком предикатных преступлений. Мне кажется, что это тоже очень разумное предложение. У нас действует такой же подход: легализация относится не к любому предикатному преступлению, а только к самым серьезным, чтобы не было злоупотреблений.

В США есть озабоченность тем, что могут иметь место злоупотребления при обвинениях в легализации, что почти по каждому делу о легализации прокурор должен получить разрешение на предъявление такого обвинения в специальном отделе Министерства юстиции в Вашингтоне. Этот отдел занимается исключительно этими статьями уголовного закона, отслеживает их применение, чтобы не было необоснованных обвинений в легализации.

Я хочу сказать буквально два слова о судебном произволе. У нас в 1987 году был принят новый закон о назначении наказаний. Он устанавливает шкалу наказания. Сейчас на основании этой системы судья, назначая наказание, должен вычислять размер наказания по сложной математической системе. Каждому преступлению присваивается определенное количество баллов, например ограбление — 20 баллов. Потом добавляется или убирается количество баллов за отягчающие и смягчающие обстоятельства. Если было 10 потерпевших, то добавляется 2 очка, если 20, то 4 очка. Если

размер ущерба составляет 100 тысяч долларов, то это 2 очка, если 200 тысяч, то 4 очка. Я считаю, что эта система очень хорошая, потому что заставляет судью обосновывать каждый аспект любого срока наказания. Он не может просто прийти в суд и объявить 20 лет. Нет, он должен обосновать каждый месяц этого срока через эту математическую формулу. Это дает обвиняемому возможность обжаловать приговор. Я думаю, это придает прозрачность назначению наказания, создавая для обвиняемого реальную возможность защититься от произвольных сроков наказаний.

Мне кажется, в Америке существуют сильные способы защиты от прокурорского и судебного произвола, в том числе — суд присяжных, который у нас существует с самого начала Американской Республики. Конечно, в XVII веке не было рейдерства, не было заказных дел в современном смысле этих слов, но были необоснованные, сфабрикованные дела. Если читать то, что писали авторы нашей Конституции, видно, что они были озабочены возможностью заказных дел. Это было не рейдерство, это были дела, связанные с ведьмами. Кто-то хотел отнять у соседа корову и обвинял жену соседа в том, что она ведьма, и начиналась вся эта процедура. Наши авторы писали, что самая хорошая защита от такого необоснованного или сфабрикованного обвинения — это суд присяжных, потому что купить 12 присяжных намного сложнее, чем подкупить одного профессионального судью. Суд присяжных — это самый независимый суд. Это независимые люди, которые не зависят от государственных структур. Я могу сказать, что, когда я работал прокурором, по каждому делу, когда мы готовили обвинение, когда мы собирали доказательства, мы всегда думали о том, как это представить в суде присяжных, как их убедить. Если нам казалось, что присяжные не согласятся с обвинением, потому что им покажется, что доказательства слабые, в этом случае мы вообще не предъявляли обвинение. Я считаю, что это самый действенный способ контроля общества за правоохранительными органами, самый надежный и сильный способ защиты от судебного произвола.

ПИКУРОВ Н.И.:

— Я представитель тех самых правоохранительных органов, о которых сегодня так много «хорошего» было сказано. Постараюсь очень коротко донести нашу позицию. Когда случается какая-то беда, тут же начинают задавать вопросы о том, кто виноват и что делать. Я сегодня внимательно слушал и много перерпнул. Очень интересная дискуссия. Приводились факты, по поводу

которых нельзя не переживать. Но вопрос не только в сопереживании. Я попытался сопоставить два факта — что больше влияет на злоупотребления уголовным правом в сфере бизнеса, собственно закон или правоприменительная практика. В адрес уголовного закона было высказано меньше упреков. Говорят, что некоторые статьи уголовного закона бланкетные, да они все там бланкетные. Состав преступления как юридический факт включает в себя в качестве непременного элемента юридический факт из другой отрасли, например гражданского права. Есть множество интересных и одиозных примеров, когда признак незаконности изъятия отсутствовал, потому что отсутствовало нарушение норм гражданского права. Например, когда неправильно посчитали пеню и штрафы, и это выдается за приготовление к хищению. Это дело арбитражного суда, то есть вопрос не в уголовном законе, как правило. Если соблюдать даже это несовершенное законодательство, ни один случай, о котором сегодня рассказывали, не произошел бы.

Далее. Связка уголовного материального права с процессуальным. Все вопросы в основном вокруг того, что суды не хотят принимать доказательства стороны защиты или были ненадлежащие доказательства, то есть здесь уголовный закон ни при чем. Вторая составляющая, которая тоже очевидна: пока не изменится извращенная мотивация правоприменения, пока не будут устраниены «посторонние» условия, до тех пор эта проблема будет существовать. И только с помощью уголовного права ее не решить.

Что делать? Очень коротко, что можно сделать уже сегодня. Первое. УстраниТЬ практику принятия изменений в УК в отрыве от изменений в гражданском законодательстве, которое с ним связано. Только пакетный метод. Иногда это делается, но часто нарушается. Второе — это профессионализм следователей, судей. Во-первых, должна осуществляться специальная подготовка для тех, кто занят экономической проблематикой. Это очевидно. Во-вторых, и те, кто надзирает, должны разбираться в этих отношениях. И должна быть предоставлена возможность максимально объективной экспертизы, в том числе и экономической. Потому что в основе всех экономических преступлений лежит причинение ущерба собственнику. По большому счету, рапорт, в котором написано, что есть признаки мошенничества, но при этом нет заявления потерпевшего и нет данных о том, что потерпевший понес ущерб, не должен иметь юридического значения и служить основанием для возбуждения уголовного дела. Конечно, самое главное, — это устранение условий для извращенной мотивации

правоприменителя. Это возможно осуществить не только с помощью права, но при наличии в первую очередь политической воли.

ЯСИН Е.Г.:

— Я хорошо знаю по своей практике, что часто законы пишутся так, чтобы оставлять возможность для толкования в соответствии с каким-то указаниями. Как говорил при мне Николай Иванович Рыжков своему помощнику: «Ты пиши закон, но только оставь форточку». Мы должны с законом что-то делать, но что-то надо делать и с практикой. У меня такое ощущение, что есть писанные законы, а есть какие-то свои правила игры, которые используются в правоохранительных органах. Я даже не осуждаю их за это, потому что это наследие эпохи. Но тогда мы должны обратить на это внимание. Потому что для российской не только юстиции, но и для всей жизни характерно, что у нас есть формальные нормы, закон, и есть неформальные. Это азы институциональной теории, но имеются различия. Одно дело обычаи, другое дело, когда у вас есть оставшаяся от старого порядка система правил, которых придерживается аппарат, несмотря на то, что есть закон. И при этом имеется возможность трактовать закон так, чтобы не отклоняться от этих правил. Есть ощущение, что такой порядок представляет интерес для осуществляющих власть. И поэтому они даже ничего не говорят об этом, умалчивают. Но люди это видят.

ПИКУРОВ Н.И.:

— Здесь уже говорилось о механизмах формирования такого поведения правоприменителя, когда главным является не применение закона по справедливости, как положено, а стремление отчитаться либо получить деньги. Здесь — целый комплекс мер, который выходит за правовые рамки. Как это устраниТЬ? Уже есть положительный опыт, есть подразделения, в практике которых вы не найдете заказных дел. Во многом влияет человеческий фактор.

Прозвучала мысль, что коррупция не является основным фактором, препятствующим правильному применению закона. Я все-таки считаю, что она остается основным фактором. Если ту задачу, которая была поставлена, хотя бы частично выполнить, добиться сдвигов, это дало бы серьезный эффект. Сдвиги есть. У меня знакомый адвокат жалуется: «Какой-то беспредел творится». Я спрашиваю: «А что такое?» Он говорит: «Раньше как? 10 тысяч долларов отдал судье — и все спокойно. Любое дело решил.

А сейчас не берут — боятся». Сдвиги, несомненно, есть. Есть изменения на уровне районных судов. Но они не могут быть быстрыми.

ФЕДОТОВ А.Г.:

— Я хочу вернуться к теме нашего симпозиума, которая звучит как «Уголовная политика и бизнес», и хочу сказать: то, о чем мы сегодня говорили, демонстрирует, что уголовная политика у нас складывается скорее снизу, чем сверху. Вряд ли она формируется государством — объемно, однозначно и в общеполезных целях. Скорее, она формируется снизу, разово, конкретными правоизменителями в конкретных ситуациях, в самых различных целях, в том числе в коррупционных. В этой связи мы можем говорить о том, что тот реальный правопорядок, который складывается, вряд ли комфортен для бизнеса, скорее он для него агрессивен. Агрессивен в химическом смысле, безотносительно к мотивам, как факт. Есть объективные показатели, которые это подтверждают.

Мы также видим, что существуют некие негласные принципы преследования бизнеса: произвольность, непрозрачность и безответственность. Произвольность — преследую кого хочу и на основании чего хочу. Есть закон или нет — мы разберемся. Желательно, чтобы общественность об этом не знала и публичным это не стало. Что касается безответственности, то это абсолютно понятно. Нам известно множество фактов. Вопрос в другом — хоть один человек, который выносил эти неправосудные решения, незаконно возбуждал уголовные дела, ответил как-то за это? Никто и никогда не ответил. При этом в смысле уголовной тяжести то, что они делают, это страшнее, чем то преступление, в котором они кого-то безосновательно обвинили. Здесь существует абсолютная диспропорция.

МОРЩАКОВА Т.Г.:

— Без общественной поддержки никакие меры и в борьбе за независимость суда, и в борьбе за лучшие законы, и в борьбе за амнистию мы ничего сделать не сможем. Это нужно четко понимать.

ЯСИН Е.Г.:

— Я считаю, что ту задачу, которую была поставлена, мы в основном выполнили. Правда, пока диалог гражданского общества и бизнеса с правоохранительными органами не получается. У меня есть ощущение, что настроение у работников этих органов и судей примерно такое же, как и у предпринимателей. Они

боятся. У них есть свои взгляды, было бы интересно их услышать, но они все боятся.

Хочу напомнить мысль, с которой я начал свое выступление сегодня. У нас не будет никакого подъема если не прекратится безосновательное уголовное преследование бизнеса. Это я заявляю ответственно. Единственный двигатель, который сегодня есть в российской экономике, это бизнес. Другого выбора у нас нет. И если мы будем иметь такое законодательство, и самое главное, такую практику правоприменения, то никакого движения не будет. Эта мысль должна дойти до работников правосудия. Они, по существу, сегодня являются главным тормозом. Не только они, но и те, кто занимает соответствующие посты, это касается и тех, кто находится во главе государства.

РАЗДЕЛ IV

ПРАВОВЫЕ СТАНДАРТЫ И ПУБЛИЧНЫЕ ФОРМЫ КОНТРОЛЯ

ГЛАВА 17

О ЗНАЧЕНИИ И ИСТОЧНИКАХ СТАНДАРТОВ ПРАВОСУДИЯ

Т.Г. Морщакова, заместитель председателя Конституционного Суда Российской Федерации в отставке, доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации, заслуженный юрист Российской Федерации

Стандарты справедливого правосудия являются необходимой составной частью идеологии прав человека, которая в современном демократическом обществе не может не определять его основные нравственные, философские, социальные, политические и правовые ценности. Известная триада составляющих правового государства — подчинение государства праву, признание личности, ее прав и свобод высшей ценностью и независимая судебная власть — также с очевидностью исходит из неразрывной связи прав человека и правосудия. При этом признание и защита прав и свобод в качестве цели правового государства и судебная власть как основное правовое средство их эффективной защиты служат именноциальному ограничению государства в интересах личности и общества. Они ориентируют государственную власть на исполнение той ее функции, которая, собственно, обуславливает ее учреждение и является основой общественного консенсуса в отношении организации и самоограничения власти. Словами российской Конституции (статья 18), «права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими... определяют смысл, содержание и применение законов, деятельности законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием».

Правосудие как основной правозащитный механизм может выполнять эту свою роль именно благодаря общепризнанным его стандартам. Стандартам, которые исходят из того, что определение прав и свобод каждого в судебном процессе осуществляется на основе справедливых процедур, заканчивается вынесением обязательных судебных решений, исполнение которых обеспечивает не только компенсацию причиненного ущерба, но и восстановление в нарушенных правах. Само право на справедливое правосудие также рассматривается как непременная часть каталога

общепризнанных прав и свобод, — без судебного механизма защита всех других прав не могла бы быть реализована.

В системе взаимоотношений, сложившихся в международном сообществе, права и свободы человека относятся к тематике международного характера. Если говорить о правовых основах такого положения, то оно является результатом развития не только международного права, то есть производно не только от сложившихся общепризнанных принципов и норм международного права и заключаемых государствами международных договоров. Международный характер тематики прав и свобод в современном мире получает все большее признание на национальном уровне путем их включения в конституционные внутригосударственные акты в качестве именно международных обязательств государства. Примером этому могут служить практически все конституционные акты государств на европейском континенте, взаимоотношения которых дают образцы наибольшей межгосударственной интеграции — такие, как Совет Европы и Европейский союз.

Однако международная приверженность идеологии основных прав и свобод выражается не только в том, что их признание на национальном уровне обеспечивается согласием на приоритет международно-правовых норм в ситуации, когда национальное законодательство им противоречит, как это закреплено в статье 15, ч. 4 Конституции РФ. Эта приверженность находит выражение также в том, что национальные конституции во многих странах рассматривают международные нормы о правах и свободах как свою вторую конституцию, как часть своей конституции или как имеющие силу внутригосударственных конституционных стандартов. Многие страны признают приоритет международных норм о правах и свободах перед своими конституционными нормами¹. В России эта тенденция выражена в ее Конституции в особой, не менее впечатляющей форме: российский конституционный законодатель обязуется гарантировать права и свободы в Основном законе страны в соответствии с тем, как они отражены в общем международном праве (статья 17, ч. 1 Конституции РФ).

Таким образом, международные стандарты прав и свобод в силу волеизъявления, выраженного в российской Конституции, рассматриваются как база действующего конституционного регулирования, включены тем самым в российскую конституционную

¹ См.: Единое правовое пространство Европы и практика конституционного правосудия. М.: Ин-т права и публичной политики, 2007. С. 256 и др.

систему и признаны масштабом для правотворчества и правоприменения¹. Такое конституционное развитие подтверждает существование наднационального конституционного права в сфере стандартов прав и свобод². Это, в частности, означает, что понимание роли стандартов справедливого правосудия в национальной правовой системе России не может быть сведено к тому, чтобы они рассматривались только как образцы для подражания — по своей значимости они приравниваются к нормативным правилам. Как и все международно признанные права и свободы, право на справедливое правосудие должно обеспечиваться государством, оно не подлежит отчуждению законодателем. Государство не может ссыльаться в оправдание каких бы то ни было отступлений от гарантий справедливого правосудия ни на национальные особенности, ни на отсутствие внутреннего закона.

Признание такого уровня обязательности стандартов справедливого правосудия базируется не только на авторитете международных принципов и норм и внешнеполитической ориентации страны на международное сотрудничество. Этого было бы недостаточно, тем более что не исключены и попытки отступления от этой ориентации. Но право каждого на обращение за судебной защитой, закрепленное в российской Конституции (статья 46), является абсолютным, то есть не подлежит ограничению: «...право на судебную защиту отнесено согласно статье 56 (часть 3) Конституции РФ к таким правам и свободам, которые не могут быть ограничены ни при каких обстоятельствах»³.

Логико-юридическое объяснение абсолютного характера права на судебную защиту вытекает, однако, не только из упомянутой в приведенном постановлении Конституционного Суда РФ статьи 56 Конституции — статьи, запрещающей — даже в условиях военного или чрезвычайного положения в стране — ограничивать это право (в числе других неограничимых прав, таких как право на жизнь, уважение человеческого достоинства, презумпция невиновности и др.). Право каждого на доступ к суду, справедливые

¹ См.: Эбзеев Б.С. Глобализация, общепризнанные принципы и нормы международного права и правовое опосредование Конституцией России тенденций гуманитарного сотрудничества // Российское правосудие. 2007. № 4 (12). С. 11.

² См.: Морщакова Т.Г. Доктринальные основы имплементации международных стандартов прав и свобод средствами конституционного правосудия // Право. 2008. № 1. С. 3—4.

³ Постановление Конституционного Суда РФ № 4-П от 3 мая 1995 года // СЗ РФ. 1995. № 19. Ст. 1764.

процедуры правосудия и эффективную судебную защиту не может быть ограничено в силу самой его природы. В силу того что оно никогда не могло бы представлять собой препятствие для достижения таких целей, как защита прав и законных интересов других лиц или тем более защита таких общественных благ, как основы конституционного строя, нравственность, безопасность и оборона государства. Только эти цели, согласно Конституции РФ (статья 55, ч. 3), могут оправдывать соразмерные ограничения прав и свобод, но ни одна из них никогда не могла бы ни потребовать ограничения права на справедливое правосудие, ни, соответственно, оправдать такое ограничение. Надлежащая, то есть эффективная, судебная защита ни в какой ее форме не может представлять угрозу названным индивидуальным и общественным интересам, но, напротив, служит их охране. Также и отступление от международных стандартов справедливого правосудия невозможно было бы объяснить какими-либо внутригосударственными целями или, например, охраной национального суверенитета.

Конституционным признанием обязательности для России международных стандартов справедливого правосудия служит также прямое закрепление в Конституции РФ права каждого обращаться в межгосударственные органы по защите прав и свобод человека, если все имеющиеся внутри страны средства правовой защиты, к которым он вынужден был прибегнуть, оказались для него безрезультатными. Речь идет о том, что каждый в такой ситуации может рассчитывать на применение к нему международных стандартов защиты непосредственно наднациональными межгосударственными структурами. Среди них особое место — как наиболее востребованный и наделенный правом принимать обязательные решения — занимает Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ, Страсбургский суд). Он представляет собой специальную надгосударственную судебную юрисдикцию, защищающую от нарушения на национальном уровне права каждого, предусмотренные Европейской конвенцией о защите прав человека и основных свобод (Рим, 1950)¹. Россия, как и другие государства — участники этого договора, признает без каких бы то ни было дополнительных соглашений и оговорок обязательность решений Европейского суда по всем вопросам толкования и применения Конвенции в случаях предполагаемых ее нарушений со стороны Российской

¹ Полный текст на русском языке см: www.echr.europa.eu/documents/doc/2440800/2440800-001.htm.

Федерации. Это предусмотрено Федеральным законом «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней» от 5 мая 1998 года. Юридическая обязательность решений Европейского суда для всех государств-участников, ратифицировавших Конвенцию, реально означает, что вырабатываемые им позиции по вопросам применения данного международного договора приобретают значение актуальных международных стандартов, а сам Суд действует как уникальный механизм поддержания этих стандартов в национальных практиках.

Защищаемые Европейской конвенцией и Европейским судом представления и договоренности об обеспечении прав и свобод являются наиболее концентрированным выражением общепризнанных в мировом сообществе принципов и норм международного гуманитарного права в его широком понимании. При этом они выступают как его часть и транслируют на региональном европейском уровне такие универсальные международные принципы и нормы, которые закреплены во Всеобщей декларации прав и свобод 1948 года и Международном пакте о гражданских и политических правах 1966 года. В этом отношении юриспруденция Страсбургского суда развивается в едином согласованном направлении с практикой других наднациональных органов, таких как Комиссия по правам человека ООН¹, действующая с 1946 года в качестве вспомогательного органа Экономического и Социального Совета ООН (ЭКОСОС), и Комитет по правам человека, созданный в соответствии с Международным пактом о гражданских и политических правах². Благодаря обширной практике ЕСПЧ позиции названных органов относительно международно признанных прав человека могут не только получать свое дальнейшее содержательное развитие, но приобретают также действенный инструмент защиты от нарушений, включая восстановление таких прав в каждом случае рассмотрения жалобы Европейским судом — благодаря обязательности исполнения его решений национальными властями. При этом реальное восстановление нарушенных прав в идеологии Европейского суда неизменно рассматривается как необходимое основание для признания внутригосударственных

¹ Комиссия вправе рассматривать индивидуальные и коллективные обращения о массовых и серьезных нарушениях прав человека во всех странах — членах ООН.

² Рассматривает индивидуальные жалобы на нарушения Пакта и сообщает о своих рекомендациях в связи с ними государству-участнику, а также представляет отчет по результатам рассмотрения жалоб в ежегодном докладе Генеральной Ассамблеи ООН.

защитных механизмов эффективным средством правовой защиты. Теоретическое и практическое значение данной правовой позиции выражается в том, что она воспринимается в качестве одного из существенных импульсов развития национального законодательства, как это имело место, например, при принятии в Российской Федерации Федерального закона «О компенсации за нарушение разумных сроков судебного разбирательства и исполнения судебных решений»¹.

С другой стороны, обобщенное в международном опыте понимание стандартов прав и свобод рождается в юриспруденции Европейского суда на базе оценки национального правового развития в разных странах. Ни одно его решение не может быть принято без исследования и учета особенностей правового регулирования и правоприменительной практики государства, действия которого обжалует заявитель, защищая свои права. Нередко ЕСПЧ анализирует разные правовые инструменты, имеющиеся на внутригосударственном уровне, и ставит вопрос об изменении сложившихся правонарушающих практик с учетом уже пройденного другими странами пути. В результате практика ЕСПЧ расширяет также возможности изучения зарубежного опыта формирования правовых стандартов, в том числе связанного с исполнением решений наднациональной Страсбургской юрисдикции в целях предупреждения в дальнейшем нарушений в области защищаемых на международном уровне прав и свобод.

Соответственно, представления о стандартах правосудия складываются на основе детального исследования не только международных норм в области защиты прав человека, но и обширной наднациональной и национальной (не только европейской) практики их применения. Обращение к изучению стандартов правосудия, сложившихся и развивающихся в общечеловеческой практике, расширяет возможности доступа к информации, существенной как минимум для поиска решений, которые должны способствовать развитию и использованию внутригосударственных правозащитных механизмов. Это безусловно касается российской правоприменительной практики, но, кроме того, позволяет увидеть, какие положения действующего законодательства рождают или провоцируют правонарушающие действия и решения со стороны

¹ Федеральный закон от 30 апреля 2010 г. № 68-ФЗ «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок» // СЗ РФ. 2010. № 18. Ст. 2144.

власти. Выявить проблемы, которые в других странах привели уже к признанию нарушенными международных стандартов прав человека. Понять, какие внутригосударственные практики и процедуры судопроизводства, исходя из прецедентов Страсбургского суда, сложившихся по жалобам против России и других стран, дают основание для успешного обращения к этой международной инстанции. Рассмотреть, наконец, какие правовые механизмы и инструменты могут быть использованы государством, чтобы исключить основания для оспаривания его действий как нарушающих международные обязательства в области прав человека.

Таким образом, ориентация на стандарты справедливого правосудия позволяет оценить и показать, *что* в России не соответствует им, в чем заключается разница в подходах к гарантиям судебной защиты на международном и национальном уровне, а также — как развиваются правовые позиции ЕСПЧ и национальных судов в этой области.

Во многих случаях в основе актуальных, имеющих практическое значение международных и национальных стандартов лежат принятые международными структурами документы, содержащие нормы рекомендательного характера. Эти документы, с одной стороны, показывают, как формируются требования к стандартам правосудия, в том числе через восприятие рекомендательных норм в практике отдельных стран. С другой стороны, рекомендательные документы, во многом разъясняя и конкретизируя стандарты защиты прав человека, могут способствовать определению национальных перспектив развития в таких вопросах, которые еще не получили достаточного внимания или удовлетворительного решения, как это имеет место, например, относительно таких гарантий в сфере правосудия, как обеспечение доступа к правосудию путем предоставления квалифицированной юридической помощи, в том числе субсидируемой государством, как развитие транспарентности в судопроизводстве или реформирование правил и практик управления внутри судебной системы. Введение рекомендательных документов, содержащих решения по этим вопросам, в научный и практический оборот может определять варианты современного развития в соответствующих направлениях.

Адекватное понимание содержания конкретных стандартов требует изучения не только тенденций их развития, но и прецедентов применения, в том числе в связи с обстоятельствами конкретных дел, особенностями позиций его участников и аргументации, использованной международной юрисдикцией при вынесении

решения. Это должно предостерегать от упрощенного понимания соответствующего стандарта, который, как правило, вбирает в себя всю конкретику разных практических ситуаций и к тому же постоянно развивается, дополняется, может приобретать новые содержательные черты, распространяться на более широкий круг ситуаций. С этой точки зрения необходимо постоянное отслеживание развития соответствующих стандартов, что востребует как юридические исследования в данном направлении, так и расширение публикаций международной судебной практики. Естественно, полезна и необходима систематизация прецедентов и лежащих в их основе конкретных дел. В научном обороте они могут быть представлены и как продолжающиеся издания, и как хрестоматии, всегда остающиеся определенным дефицитом для пользователей, прежде всего практических работников в сфере права, представителей государственной власти и общественных правозащитных институтов, тем более в связи с тем, что официальные публикации источников международных прецедентов и стандартов, складывающихся, например, на основе решений ЕСПЧ и других международных юрисдикций, не имеют официального и полно-го русского перевода.

Международные представления о справедливом правосудии не могут быть реализованы на национальном уровне без воплощения в устройстве суда целого ряда характеристик, касающихся его институционального оформления. Речь идет о том, что в качестве органа правосудия может выступать только организационно и финансово независимая от других властей инстанция. Что суд как таковой создается и действует на основании закона, а не по собственному или чужому произволу. Что суд не вправе сам определять свою компетенцию по рассмотрению отдельных дел или каких-либо их категорий; те, кто обращается к судебной защите, должны иметь компетентный суд по любому вопросу и знать из законодательных установлений, в каком именно суде могут быть защищены их интересы в конкретном правовом конфликте. Никаким другим органам — не судам — не могут передаваться функции правосудия, запрещено создание чрезвычайных судов, то есть органов с псевдосудебными функциями.

Эти стандарты часто освещаются в литературе и известны как первооснова судебной организации (судоустройства). Кажущиеся иногда в современном мире азбучными истинами, они относятся в основном к институциональной базе судебной деятельности в ее статике. Однако необходим особый акцент на содержании и

развитии стандартов судебных процедур, в которых осуществляется правосудие. Такой подход представляет особый интерес, так как судебные процедуры не только отличают правосудие от любых других форм деятельности, но и делают его наиболее эффективным средством правовой защиты. Он может быть реализован через анализ конкретных нарушений процедуры и отступлений от требований процессуальной формы при исследовании обстоятельств правовых конфликтов на этапах досудебной подготовки и судебного разбирательства дел в национальных практиках, анализируемых международной юрисдикцией. Это дополняет имеющиеся исследования стандартов правосудия и создает объективную основу для новых подходов к оценке национальных практик. Благодаря такому анализу материалов из международных и зарубежных юрисдикций становится наглядным сущностный процессуальный характер справедливого правосудия. Согласно правовым позициям ЕСПЧ его основной задачей в области стандартов правосудия является обеспечение для каждого именно *процессуальной* справедливости в судебной защите. Эти стандарты далеко еще не освоены российской системой правосудия.

Требования к справедливому судебному разбирательству во многих случаях адресованы любому из видов судопроизводства. Вместе с тем процедурными особенностями правосудия по гражданским и уголовным делам обусловлены определенные различия в содержании и степени строгости этих требований по названным категориям дел. Естественно, говоря об общих параметрах справедливого правосудия, таких как состязательность в судопроизводстве, равноправие в процессуальных возможностях его участников по отстаиванию своих прав, их обеспечение квалифицированной юридической помощью и право обратиться в открытом судебном разбирательстве к форуму общественности, необходимо учитывать специфику реализации этих стандартов в уголовном и гражданском судопроизводстве.

Анализ международных стандартов правосудия как определенного критерия оценки национальных практик позволяет в то же время выявить общее правовое содержание в принципах и институтах правосудия разных стран. Собственно, это является непременным условием и в деятельности межгосударственных инстанций по защите прав и свобод, поскольку иначе во многих случаях было бы невозможно ни сформулировать, ни понять, ни применить общие требования к многовариантным национальным системам правосудия. Системам, специфика которых объективно

существует и никогда не отрицалась и не отрицается также на наднациональном уровне. Тем важнее решаемая межгосударственными органами по защите прав и свобод задача обозначить обще значимые подходы и к обязательным стандартам в области правосудия, и к используемым для раскрытия их содержания понятиям.

Возможность решения этой задачи, как показывает обширная практика ЕСПЧ и других наднациональных органов, связана, с одной стороны, с обязанностью и возможностями представления национальными участниками международных судебных процедур информации о конкретных обстоятельствах обжалуемых нарушений и о ходе национальных разбирательств по делу в полном объеме, а с другой — с применением международными инстанциями автономных (по отношению к национальным) понятий для квалификации общепринятых характеристик правосудия и его принципов. Без усвоения содержания таких понятий, непосредственно связанных с формированием стандартов судебной деятельности, последние не могут быть адекватно реализованы. Это должно определять соответствующие задачи и научных исследований, и переводческой деятельности, и издательского дела.

Перспективы развития в сфере российского правосудия, очевидно, не могут не соотноситься с воплощением международных стандартов, в том числе на основе опыта других стран, также ищащих пути согласования национальных практик с общепризнанными принципами и нормами международного права¹. С учетом таких тенденций развития важно обсуждать некоторые возможные варианты решения внутригосударственных проблем, на которые уже было обращено внимание международной юрисдикцией как по российским делам, так и по делам в отношении других стран в связи с необходимостью исключить отступления от требований справедливого правосудия. Это может иметь значение для выработки национальных мер общего характера, в том числе для принятия законодательных парламентских решений, вытекающих из международных обязательств Российской Федерации, а также для ориентации судов на применение решений и учет правовых позиций Европейского суда. Изучение стандартов справедливого правосудия имеет также непосредственное практическое значение для

¹ См.: Рекомендации Всероссийского совещания «Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации в практике конституционного правосудия» // Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры в практике конституционного правосудия. М.: Международные отношения, 2004. С. 528—530.

повышения эффективности чисто юридической работы по содержательной подготовке обращений — как в межгосударственные правозащитные инстанции, так и в национальную судебную систему. В частности, в порядке конституционного судопроизводства, где достаточно активно используются международные подходы к защите прав и свобод.

Актуальные задачи реформы российского правосудия не могут быть ни определены, ни решены без освоения стандартов справедливого правосудия в теоретических разработках, в законопроектной работе, в реальном законотворчестве и судебной деятельности.

ГЛАВА 18

ПРИНЦИП ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА И ПРАВОВЫЕ СТАНДАРТЫ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ ПРАВОСУДИЯ: ПРОБЛЕМЫ ИХ РЕАЛИЗАЦИИ В РОССИИ

В.М. Жуйков, заместитель Председателя Верховного Суда РФ в отставке, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, главный эксперт Центра правовых и экономических исследований

«Верховенство права», «правовое государство», «правовые стандарты (выделено мной. — *В.Ж.*) — эти понятия (с обязательным акцентом на «право») имеют большую историю, однако у нас до недавнего времени они были известны лишь узким специалистам.

О построении правового государства в СССР было впервые официально заявлено в конце 1980-х годов. Очень значимыми для того времени шагами в создании правовых основ такого государства были:

- принятие Верховным Советом СССР 6 марта 1990 года и введение в действие с 1 июля 1990 года «Закона о собственности в СССР»;
- принятие Съездом народных депутатов СССР 5 сентября 1991 года и введение в действие с 17 сентября 1991 года Декларации прав и свобод человека (в качестве акта, имеющего обязательную силу для всех государственных органов, должностных лиц, граждан и организаций).

Названная Декларация впервые предоставила каждому человеку не подлежащее никаким ограничениям право на судебную защиту прав, свобод и законных интересов, в том числе и в случаях их нарушения государством (его органами, должностными лицами и др.). Соответственно, с введением в действие Декларации кардинальным образом повысилась роль суда.

Закон о собственности также впервые в СССР, по сути, признал частную собственность, установил, что всем собственникам обеспечиваются равные условия защиты права собственности (позднее этот принцип был воспринят в ст. 8 Конституции РФ, предусматривающей, что все формы собственности — частная, го-

сударственная, муниципальная и иные — защищаются равным образом) и предоставил им (более, чем за год до принятия названной Декларации) право оспаривать в суде акты государственных органов, нарушающие право собственности (ст.ст. 3, 31, 34).

После распада СССР и провозглашения России в качестве суверенного государства интерес к указанным понятиям и потребность в их исследовании — в юридическом плане — связаны с двумя событиями, имеющими как для самой Российской Федерации в целом, так и для ее граждан (а также и для находящихся на ее территории иностранных граждан и лиц без гражданства), огромное правовое значение:

1) принятие 12 декабря 1993 года новой Конституции РФ (вступила в силу 25 декабря 1993 года), в которой Россия впервые была провозглашена правовым социальным государством. Также впервые для нашей Конституции было установлено, что общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы и имеют приоритет над федеральными законами; а также закреплено право каждого человека обращаться в межгосударственные органы по защите прав и свобод человека (ст. ст. 1,7, 15, 46);

2) вступление Российской Федерации в Совет Европы и ратификация Конвенции о защите прав человека и основных свобод (стала для России обязательной с 5 мая 1998 года), что означало признание положений названной Конвенции действующими на территории Российской Федерации и имеющими большую юридическую силу, чем федеральные законы, а также признание юрисдикции Европейского Суда по правам человека (который в своей деятельности последовательно «исповедует» принцип верховенства права), осуществляющего свои полномочия на основе Конвенции, имеющего право давать ее толкования и являющегося для граждан России межгосударственным органом по защите их прав и свобод, указанным в ст. 46 Конституции РФ (в связи с этим Пленум Верховного Суда в п. 4 постановления от 19 декабря 2003 г. № 23 «О судебном решении» разъяснил, что судам при вынесении решения следует учитывать постановления Европейского Суда по правам человека, в которых дано толкование положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод, подлежащих применению в данном деле).

Таким образом, понятия «правовое государство» и «верховенство права» (они теснейшим образом связаны друг с другом)

легально заняли место не только в теории, как это было раньше, но и в правовой системе России. Между тем эти понятия и вытекающие из них правовые стандарты осуществления правосудия, а также правила поведения судей (если судьи призваны осуществлять именно правосудие, а не творить произвол) вызывают много вопросов.

Начну с главного, как представляется, вопроса: «правовое государство», «верховенство» права — это красивые слова, мечты многих поколений оторванных от жизни теоретиков, не имеющие никаких реальных перспектив либо — основы, на которых должны создаваться конституционный строй государства и его правовая система, определяться статус личности в государстве (права и свободы человека и гражданина), а также осуществляться деятельность всех ветвей государственной власти? Короче говоря: эти понятия остаются в мечтах, в теории или должны воплощаться в реальность?

На эту тему имеется немало серьезных научных исследований. Например, Концепция правового государства («в аспекте иллюзий и реальностей») с изучением опыта зарубежных государств, провозгласивших себя правовыми (ФРГ и др.), обстоятельно (с приоритетом на иллюзии) рассмотрена в коллективной монографии «Российское государство и правовая система: современное развитие, проблемы и перспективы»¹.

Считаю, что, отвечая на указанный вопрос, надо исходить из следующего. Признаки правового государства очень многообразны. В качестве самых важных, определяющих все остальные, следовало бы выделить три:

- 1) приоритет прав и интересов личности над правами и интересами государства (естественно, в разумном балансе);
- 2) связанность государства правом;
- 3) приоритет права над законом.

Первый признак достаточно четко выражен в Конституции РФ, в положениях о том, что человек, его права и свободы являются высшей ценностью, а признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина — обязанность государства (ст. 2), что в Российской Федерации признаются и гарантируются права

¹ См.: Российское государство и правовая система: современное развитие, проблемы и перспективы / под ред. Ю.Н. Старицова. Воронеж: Изд-во Воронеж. ун-та, 1999. С. 54—109.

и свободы человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права и в соответствии с Конституцией (ч. 1 ст. 17), что права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими, они определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием (ст. 18).

Содержание этих конституционных положений, безусловно, свидетельствует о том, что Конституция РФ отдает человеку, его правам и свободам приоритет перед государством, обязывает государство служить интересам человека (отсюда — одна из важнейших проблем современности: поиск оптимального баланса частных и публичных интересов).

Что касается двух других признаков правового государства, основанных на разграничении закона и права, то они так прямо, как первый, в Конституции РФ не обозначены. Однако это во-все не означает, что Конституция РФ не признает необходимости разграничивать закон и право. Это признание логически вытекает из положений ее статей 2, 15, 18, 55. Ясно, что не любой закон может быть признан правовым, то есть отвечающим интересам людей. Законы могут и противоречить им, быть крайне жестокими, несправедливыми, неоправданно ограничивать, а то и отменять права и свободы человека и гражданина. В государстве, провозгласившем себя правовым, такие законы не должны издаваться. Запрет на издание законов, отменяющих, умаляющих права и свободы человека и гражданина или неоправданно их ограничивающих, установлен в Конституции РФ (ч. 2 и 3 ст. 55).

Таким образом, толкование приведенных положений Конституции РФ позволяет сделать вывод о том, что она обязывает законодателя издавать, а суды — применять только правовые законы. Правовым законом может признаваться только такой закон, который отвечает целям и задачам, определенным Конституцией РФ. Правовой закон — это закон, возведенный в степень нравственности, разумности и справедливости. Законы (равно как и другие нормативные акты), не отвечающие целям и задачам Конституции РФ, не могут признаваться источниками права.

Конечно, указание в Конституции РФ на то, что Россия — правовое государство, скорее — цель, к которой надо стремиться («декларация о намерениях»), чем констатация факта. Правовое государство не может быть создано одним лишь голосованием по поводу принятия Конституции РФ, поскольку для этого недостаточно

самых хороших и справедливых законов, а необходимо обеспечить соответствующий уровень правопорядка, жизни людей и реальное соблюдение их прав и свобод. Однако это обстоятельство вовсе не лишает указанное положение практического значения и необходимости основывать на нем, соизмерять с ним законодательные и правоприменительные акты.

Конституционное положение «Россия — правовое государство» при всей его декларативности не только может, но и должно реально действовать, как должны действовать и применяться все другие положения Конституции РФ. Его практическое значение должно проявляться в том, чтобы:

- 1) деятельность всех органов государственной власти и их должностных лиц была подчинена праву;
- 2) принимаемые в Российской Федерации законы, указы и другие нормативные акты не противоречили праву;
- 3) правоприменительная практика судов обеспечивала защиту нарушенных прав, пресечение неправомерных действий и решений государственных органов и должностных лиц, юридических и физических лиц, а также исключала возможность применения противоречащих праву законов, указов и других нормативных актов.

Принципы и критерии, на основе которых суды в необходимых случаях могут и должны разграничивать право и закон, обеспечивать действие права и его верховенство над законом, создавать правовую основу для разрешения тех или иных дел, содержатся в ст. ст. 1, 2, 7, 17, 18, 55 и некоторых других статьях Конституции РФ, а также — в общепризнанных принципах и нормах международного права.

Таким образом, указание в Конституции РФ на то, что Россия — правовое государство, не следует рассматривать только как цель; оно, во-первых, определяет границы поля, на котором могут действовать органы государственной власти, их должностные лица и которые они не вправе переходить, это — границы правового поля, во-вторых, создает критерии, по которым должна оцениваться деятельность органов государственной власти, качество и содержание законов, правоприменительная практика (особенно судебная).

На формирование такой практики в судах общей юрисдикции Российской Федерации были направлены разъяснения Пленума Верховного Суда РФ (они, как известно, даются на основании ст. 126 Конституции РФ), содержащиеся в постановлениях «О не-

которых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия» (от 31 октября 1995 г. № 8) и «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации» (от 19 октября 2003 г. № 5).

Важнейшее из этих разъяснений содержится в п. 2 постановления от 31 октября 1995 г. № 8. Согласно высказанной в нем правовой позиции Верховного Суда РФ, суд общей юрисдикции при разрешении дела, прияя к выводу о том, что федеральный закон (принятый как до, так и после вступления в силу Конституции) находится в противоречии с положениями Конституции, применяет непосредственно Конституцию как имеющую на территории Российской Федерации высшую юридическую силу и прямое действие, то есть отказывает в применении в конкретном деле данного федерального закона, обеспечивая таким способом защиту прав человека от законодательной власти, которая, приняв такой закон, нарушила его конституционные права.

Таким же образом, согласно указанным постановлениям Пленума Верховного Суда РФ, суды общей юрисдикции должны разрешать коллизии между федеральными законами (естественно, и подзаконными актами), с одной стороны, и общепризнанными принципами и нормами международного права, международными договорами Российской Федерации — с другой.

В судебной практике имеется немало примеров разрешения судами дел на основе прямого применения положений Конституции РФ, общепризнанных принципов и норм международного права, международных договоров Российской Федерации, то есть положительного подхода судов к реализации принципа верховенства права при осуществлении правосудия¹.

Таким образом, берусь утверждать, что в Российской Федерации на конституционном уровне созданы юридические основы для деятельности судов на основе принципа верховенства права. Согласно ч. 1 ст. 120 Конституции РФ суды независимы и подчиняются только Конституции и федеральному закону. Это положение, с учетом изложенного выше, требует уточнения: суды подчиняются не

¹ Судебная практика в этой сфере (к сожалению, она знает и отрицательные примеры) исследовалась в различных научных работах. См., например: Верховенство права и проблемы его обеспечения в правоприменительной практике. М., 2009; Комментарий к постановлениям Пленума Верховного Суда Российской Федерации по гражданским делам / под ред. В.М. Жукова. М., 2008; Судебная практика как источник права. М., 2000.

любому федеральному закону, а только тому, который не противоречит Конституции РФ, общепризнанным принципам и нормам международного права, международным договорам Российской Федерации. Суд не может слепо, бездумно и бездушно применять любой закон; его важнейшая задача, вытекающая из Конституции РФ (ст.ст. 1, 2, 7, 10, 11, 15, 17, 18, 46, 55 и др.), защитить человека от произвола, от ошибок, глупостей, злонамерений законодателя (не говоря уже о защите от других властей).

В связи с этим требуется серьезная корректировка в понимании принципа законности в судопроизводстве (ст. 6 АПК, ст. 195 ГПК, ст. 7 УПК, ст. 1.6 КоАП РФ). «Законность» бывает очень разная.

Одновременно с приведенным выше оптимистическим выводом должен, основываясь на реалиях нашего времени, признать, что с реализацией принципа верховенства права проблем у нас очень много. Как показывает жизнь, одних только самых совершенных юридических основ (даже на конституционном уровне) явно недостаточно для того, чтобы суды действительно стали носителями судебной власти, способными осуществлять подлинное правосудие, а не оставались второстепенными государственными органами, какими они были в прежние времена; чтобы суды стали подлинно независимыми и подчиненными только Конституции РФ и законам (при указанном выше условии), то есть чтобы суды и судьи повсеместно и реально могли основывать свою деятельность на принципе верховенства права.

Основные проблемы с реализацией принципа верховенства права проявляются в двух сферах:

- 1) законодательной (состояние законодательства России);
- 2) правоприменительной (состояние практики применения законодательства, особое значение здесь имеет судебная практика).

Рассмотрим их. Общая оценка действующего законодательства, по моему глубокому убеждению, состоит в следующем: в его развитии отсутствует системный, концептуальный подход; законы очень часто принимаются непродуманно, исходя из сиюминутных желаний отдельных лиц или их групп, без серьезных экспертных оценок.

При некоторой гуманизации уголовного законодательства наблюдается общее расширение и ужесточение уголовной и административной ответственности. Например, в УК и КоАП РФ в качестве наказания введены огромнейшие — миллионные — штрафы,

которые для подавляющего большинства граждан невозможно выплатить. Но ведь совершенно очевидно, что любое наказание, даже самое строгое, должно быть разумным (в соотношении с содеянным) и исполнимым. У нас же получилось, что отбыть самое строгое уголовное наказание (пожизненное заключение) — возможно, а самое мягкое (штраф) — нет.

Другой пример. УК РФ предусматривал уголовную ответственность за клевету (ст. 129). Федеральным законом от 7 декабря 2011 г. № 420-ФЗ она была исключена из УК в связи с декриминализацией и переводом этого деяния в разряд административных правонарушений. Однако, спустя всего лишь несколько месяцев, Федеральным законом от 28 июля 2012 г. № 141-ФЗ — она была восстановлена в УК (в новой статье 128.1) без каких-либо объективных причин. Как показывала практика, ст. 129 УК РФ применялась (естественно, до исключения из УК) в последние годы довольно часто, в том числе и к журналистам за публикации своих материалов (это становится вполне возможным и после ее восстановления в УК).

Такое явление вызывает по меньшей мере недоумение. Уголовная ответственность за клевету была установлена и в СССР — в ст. 130 УК РСФСР 1960 г., которая считалась мертворожденной (практически не применялась) по следующей причине. Диспозиции ст. 130 УК РСФСР и ст. 129 (128.1) УК РФ по сути одинаковы: клеветой признается распространение *заведомо* (выделено мной. — В.Ж.) ложных сведений, порочащих честь и достоинство другого лица или его репутацию. Следовательно, лицо, распространившее сведения, порочащие честь, достоинство или деловую репутацию другого лица, может нести уголовную ответственность за клевету только в том случае, если будет доказано, что оно знало или сознательно допускало, что распространяемые им сведения являются ложными. Доказать же это практически невозможно, как и опровергнуть утверждение обвиняемого в том, что он был убежден в достоверности указанных сведений либо добросовестно заблуждался в этом.

В таких случаях была и остается только гражданская ответственность: ранее — ст. 7 ГК РСФСР, в настоящее время — ст. 152 ГК РФ (опровержение сведений, порочащих честь, достоинство или деловую репутацию, возмещение убытков и морального вреда, причиненных их распространением). Таким образом, «возвращение» ст. 129 в УК РФ — если строго соблюдать ее диспозицию — просто бессмысленно, однако какую-то цель (какую?) преследовало.

Многие законы содержат очень неопределенные формулировки, что порождает большие сложности в их толковании и применении, а также создает почву для злоупотреблений. Особенно опасно это — с учетом значимости последствий применения таких законов в отношении граждан — в уголовном законодательстве. Так, например, в УК РФ установлена уголовная ответственность за «экстремистскую деятельность», за преступления «экстремистской направленности»: публичные призывы к осуществлению такой деятельности (ст. 280), организацию «экстремистского сообщества» (ст. 282¹). Из-за крайней неопределенности указанных понятий к уголовной ответственности за экстремизм можно — при желании — привлечь любого, кто критикует власть, общественные и религиозные организации, определенные социальные группы людей и т.д.

Перечень проблем в законодательной сфере и примеров крайне неудачного законодательного регулирования можно долго продолжать, однако, учитывая объем данного исследования, необходимо перейти к проблемам другого рода.

Представляется, что еще больше проблем с реализацией принципа верховенства права имеется в сфере правоприменения. Именно в этой сфере выявляются и недостатки в деятельности законодателя, и недостатки в деятельности правоприменителей. Среди них можно выделить два вида:

- 1) ошибки в толковании и применении законодательства, вызванные его недостатками (в определенной мере это положение является естественным и присуще любому государству, поскольку создать идеальные законы, не вызывающие никаких вопросов, невозможно);
- 2) злоупотребления со стороны правоприменителей (использование законодательства в противоречии с его назначением, в личных интересах или в интересах других лиц).

Последнее, естественно, представляет особую опасность.

В принципе, правоприменитель (особенно суд, поскольку он является носителем государственной власти) может как «угробить» самый совершенный закон, так и не допустить или хотя бы минимизировать негативные последствия самого несовершенного закона.

Остановимся на указанных проблемах в сфере правоприменительной деятельности судов (судебной практики). Главное

в деятельности судов, как отмечалось выше, — осуществление правосудия, в ходе которого каждому заинтересованному лицу должно быть обеспечено право на судебную защиту (на доступ к правосудию). Это право обеспечивается комплексом законодательных, правоприменительных, экономических, организационных, кадровых и других мер в основном в трех сферах:

- 1) в сфере, относящейся к самому суду и судьям (их статусу, роли в обществе и государстве, полномочиям, устройству судебной системы, гарантиям независимого и эффективного функционирования);
- 2) в сфере осуществления правосудия, то есть деятельности суда по рассмотрению находящихся в его производстве дел (установление надлежащей процедуры рассмотрения дел, обеспечивающей доступность суда для всех заинтересованных лиц, возможность равноправного участия сторон в состязательном процессе, вынесение законных и обоснованных решений, их обжалование и исполнение);
- 3) в сфере обеспечения каждому нуждающемуся в этом лицу получения квалифицированной юридической помощи при ведении дела в суде.

Из указанных проблем наиболее близкими к теме данного исследования являются:

- 1) положение суда и судей в Российской Федерации;
- 2) устройство ее судебной системы;
- 3) порядок судопроизводства.

Остановимся на самом главном — положении суда и судей, поскольку именно оно (в значительно большей степени, чем судоустройство и судопроизводство) определяет характер судебной деятельности и именно его最难нее всего реформировать. Устройство судебной системы и порядок судопроизводства можно весьма просто изменить принятием соответствующих законов. Для изменения положения суда и судей одних законов недостаточно. Более того, законы играют здесь менее значимую (хотя и очень важную) роль по сравнению с другими факторами: мировоззрением самих судей (его изменить в однозначно невозможно); наличием или отсутствием гражданского общества, независимых средств массовой информации и других его институтов; незыблемостью или сменяемостью власти (если

власть ощущает себя вечной, она не заинтересована в независимом суде) и др.¹

Итак: суд и судьи. С положением суда в Российской Федерации (с юридической стороны) все обстоит хорошо, просто и ясно: он провозглашен в качестве органа, осуществляющего судебную власть и действующего самостоятельно в системе разделения государственной власти на законодательную, исполнительную и судебную (ст.ст. 10 и 11 Конституции РФ). Что может быть лучше? Конституционные основы осуществления судебной власти определены в главе 7 Конституции РФ («Судебная власть»), что тоже великолепно. Эти положения Конституции РФ создают прочный фундамент для эффективной деятельности судов и реализации ими принципа верховенства права, в связи с чем ни в каких изменениях не нуждаются.

Более важным является положение судей, поскольку именно оно определяет характер деятельности судов (какие судьи — такие и суды!). Юридическое положение судей, на первый взгляд, также представляется высоким (с позиций юридических гарантит их независимости, включающих в себя и их неприкословенность — особый порядок привлечения к уголовной, административной и дисциплинарной ответственности), однако в нем наблюдается очень тревожная тенденция — снижение уровня этих гарантит, что свидетельствует о незаинтересованности государства в независимости судей. Фактическое же положение судей (именно оно определяет характер судебной деятельности) разительно (в худшую сторону) отличается от юридического, что и является главным препятствием реализации принципа верховенства права при осуществлении правосудия.

Здесь необходимо остановиться на выработанных мировым сообществом правовых основах осуществления правосудия и принципах поведения судей, которые должны учитываться в России, если она стремится стать правовым государством и признает принцип верховенства права.

Основами осуществления правосудия при разбирательстве судами гражданских, уголовных и иных дел являются:

- справедливость разбирательства;
- публичность (гласность) разбирательства;
- беспристрастность, независимость, компетентность и законность создания суда, осуществляющего разбирательство;

¹ О проблемах, связанных с судоустройством и судопроизводством, см., например: Концепция развития российского законодательства. М., 2010. С. 583—704; Жуйков В.М. Проблемы доступа к правосудию. М., 2006.

— разумные сроки разбирательства (ст. 14 Международного пакта ООН о гражданских и политических правах, ратифицированного СССР, ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, ратифицированной Российской Федерацией).

Относительно судей выработаны так называемые «Бангалорские принципы поведения судей», утвержденные 25—26 ноября 2002 года Комиссией ООН по правам человека¹. Эти принципы разработаны на основе Всеобщей декларации прав человека и Международного пакта о гражданских и политических правах в качестве этических стандартов поведения судей; руководства для судей; норм, которые судебная власть может применять для регулирования поведения судей. В Пreamble документа отмечается, что компетентная, независимая и беспристрастная судебная власть необходима для «поддержания судами верховенства конституции и правления права». В нем определены шесть принципов («ценности»), которыми должны руководствоваться судьи:

- 1) независимость;
- 2) беспристрастность;
- 3) честность;
- 4) соответствие;
- 5) равенство;
- 6) компетентность и добросовестность.

Наибольшее значение для темы данного исследования имеет первая ценность — независимость судей, поэтому остановимся только на ней. Ее содержание состоит в следующем.

1. Судья — в общем плане — должен осуществлять судейскую функцию независимо, на основе собственной оценки фактов и в соответствии со своей совестью, без каких-либо ограничений, ненадлежащего влияния, воздействия, давления, угроз либо вмешательства, прямого или косвенного, от кого бы и по каким причинам они ни исходили.
2. Судья — более конкретно — должен быть независим от:
 - 1) общества в целом (это очень важно, поскольку, как известно, «общество» нередко требует казни невиновных людей);

¹ Переведенный на русский язык полный текст документа см.: Бангалорские принципы поведения судей (пер. В.И. Лафитского) // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2005. Вып. 3. С. 153—155.

- 2) отдельных сторон, участвующих в деле, которое находится на его рассмотрении;
- 3) влияния со стороны исполнительной и законодательной ветвей власти;
- 4) других судей.

По поводу первой составляющей этого принципа уместно вспомнить высказывание одного из видных деятелей английской правовой системы, лорда Деннинга, относительно ответственности судей (она связана с их независимостью): «Ни один судья не должен перелистывать страницы своих книг дрожащими пальцами, спрашивая себя: «Если я поступлю таким вот образом, то буду ли я нести ответственность за убытки?» До тех пор, пока он выполняет свою работу искренне уверенный, что она находится в пределах его юрисдикции, он не отвечает по иску. Он может ошибаться в отношении фактов. Он может недостаточно знать закон. То, что он делает, может быть вне его юрисдикции, фактически или по праву, но до тех пор, пока он честно верит в то, что он действует в пределах своей юрисдикции, он не должен нести ответственности... Ничто не может заставить его нести ответственность, если только не будет доказано, что он действовал незаконно, заранее зная, что не имеет полномочий»¹.

Это высказывание имеет очень важное значение и в полной мере согласуется с Бангалорскими принципами поведения судей, поскольку страх очень сильно мешает судьям осуществлять правосудие (как и дрожащие от страха пальцы хирурга мешают ему делать операцию). Вместе с этим необходимо иметь в виду, что независимость судей не может вести к судебному произволу.

Независимость судей является не самоцелью, а одной из важнейших гарантий эффективности правосудия. Она должна служить не столько судьям (судам), сколько обществу, когда речь идет о правосудии в целом, и участникам судебного разбирательства, когда речь о конкретном деле; она должна создавать условия для объективного рассмотрения судом каждого дела, а не для произвола суда, действующего по принципу абсолютной независимости — «что хочу, то и ворочу».

Поэтому независимость судей (судов) не может быть абсолютной и пониматься в отрыве от другого конституционного положения — подчинения судей Конституции РФ и федеральному закону

¹ См: Уолкер Р. Английская судебная система. М., 1980. С. 263.

(с соблюдением приведенного выше условия относительно закона), которое не только не препятствует, но во многом способствует реализации в судебной практике принципа верховенства права. Не случайно положения о независимости судей и подчинении их Конституции РФ сформулированы в одном предложении (ч. 1 ст. 120) и требуют их восприятия в неразрывной связи.

В определенной мере судьи — самые зависимые от права люди: они не могут, руководствуясь личными воззрениями, симпатиями или антипатиями, игнорировать подлежащие применению в рассматриваемом ими деле положения Конституции РФ, общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации и принимать, сознавая это, противоречащие им решения. Если же судья не согласен с этими положениями, имеющими высшую юридическую силу, он вправе использовать одну из гарантий своей независимости, установленной ст. 9 Закона «О статусе судей в Российской Федерации», — уйти в отставку. В результате обеспечиваются и право судьи на его убеждения, и конституционные права других лиц, которые могли бы пострадать от таких убеждений судьи.

Имел место случай, когда уже в период запрета применения в России смертной казни областной суд — в угоду общественному мнению, требовавшему «растерзать убийцу», и, очевидно, собственным убеждениям судьи, в противоречие с Конституцией РФ назначил такое наказание одному из подсудимых (оно, естественно, было изменено Верховным Судом РФ). В такой ситуации судья, если он считал для себя необязательным соблюдение Конституции РФ, должен был, «не подчиняясь» ей и сохраняя свою «независимость» от нее, подать в отставку.

Возвращаясь к Бангалорским принципам поведения судей и приведенному выше высказыванию лорда Деннинга, полагаю необходимым акцентировать внимание на следующем: судья имеет право на принятие решения по своему собственному, независимому от кого-либо убеждению, не опасаясь привлечения к ответственности за это решение (будучи свободным от всякого страха), но при условии, что он честно и добросовестно исполняет свой долг.

Представляется, в настоящее время «свобода от всяких страхов» стала важнейшим фактором обеспечения независимости, как каждого судьи в отдельности, так и формирования судебной власти в целом. Это вызвано тем, что в последние годы создается обстановка тотального недоверия, подозрительности к судьям, вызывающая у них естественный страх быть обвиненными

в коррупции, при понимании того, что их никто, в том числе и сама судебная система, защищать не будет, более того, эта система постарается от них избавиться. На это неоднократно указывалось в юридической литературе и в средствах массовой информации.

Известный юрист, один из разработчиков Концепции судебной реформы в Российской Федерации, судья в отставке С.А. Пашин по этому поводу писал: «Судебная власть как самостоятельная влиятельная сила, выступающая одной из ветвей системы сдержек и противовесов в государстве, устроенном по канонам теории разделения властей, в России отсутствует... Суды продолжают оставаться придатками правоохранительных органов, с которыми действуют согласованно, как близкие звенья одной технологической цепочки. Судьи боятся оправдывать, чтобы не прослыть взяточниками и не быть истощенными из системы с формулировкой “странный мягкий принимаемых решений” (в кавычках приведена фраза из одного решения квалификационной коллегии судей г. Москвы, которым были прекращены полномочия судьи районного суда)»¹.

К сожалению, с этим мнением нельзя не согласиться. У нас очень много честных, добросовестных, порядочных судей (утверждаю это на основе собственного многолетнего опыта общения с судьями), но все вместе они при сложившемся положении не в состоянии образовать самостоятельную, независимую ветвь государственной власти.

Мне уже приходилось обращать внимание на парадоксальность судебной власти². Очень коротко напомню. С одной стороны, судебная власть очень сильная, поскольку обладает огромными полномочиями. Еще в древние времена говорили: «Судья, да убейся могущества своей власти». С другой стороны, она — очень слабая, поскольку судья (при всем его «могуществе»), по сути, не имеет никаких средств для защиты самого себя от незаконных, несправедливых обвинений, не говоря о реальных угрозах, и сам нуждается в защите (к сожалению, органы судебского сообщества, призванные защищать судей от необоснованных обвинений, эту функцию не выполняют).

Юридические гарантии независимости судей работают очень слабо (указанный выше фактор безоговорочно преобладает над

¹ Пашин С.А. Виктимность лиц из группы «позитивного» риска // Жирафы, зебры и темные лошадки: Блокирующая роль силовых структур и неправового суда на пути модернизационного развития России / сост. Л.В. Никитинский. М., 2011. С. 25.

² См.: Судебная реформа в прошлом и настоящем. М., 2007. С. 7—8.

ними), поэтому судьи и судебная власть в целом могут рассчитывать на защиту лишь со стороны гражданского общества (его институтов, включая средства массовой информации, которые, по большому счету, заинтересованы в существовании в государстве независимого суда, поскольку они сами и отдельные граждане в любое время могут оказаться нуждающимися в нем).

Для развития таких отношений суды должны быть максимально открытыми перед обществом, обеспечивая всем интересующимся деятельностью судов лицам свободный доступ к информации о ней. Речь идет о неукоснительном соблюдении принципа гласности при осуществлении правосудия, закрепленного в Конституции РФ (ч. 1 ст. 123), нормах международного права (ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод) и процессуальном законодательстве, а также — Федерального закона «Об обеспечении доступа к информации о деятельности судов в Российской Федерации» от 22 декабря 2008 г. № 263-ФЗ.

Важную роль в создании подлинно независимой судебной власти играет заинтересованность в ней у других ветвей государственной власти. Эта заинтересованность может появиться только в том случае, когда они («эти ветви») станут сменяемыми и подконтрольными обществу.

В настоящее время подлинное отношение «других ветвей государственной власти» к судам можно проследить по тенденции развития российского законодательства, которая, естественно, повлияла на реальное положение суда и судей в России¹.

Начало было замечательным. 26 июня 1992 года был принят, без всяких преувеличений, великолепный Закон «О статусе судей в Российской Федерации», положивший начало второй (после 1864 года) судебной реформы в России (в 2000-е годы в него будет внесено много ухудшающих его изменений). Федеральным законом от 10 января 1996 г. № 6-ФЗ были установлены дополнительные гарантии социальной защиты судей и работников аппаратов судов. В целях привлечения на судебные должности опытных специалистов им также было установлено, что в стаж работы судьи, дающий право на серьезные социальные льготы, включается время работы по некоторым другим юридическим специальностям (в том числе — время работы адвокатом). Затем аналогичные

¹ Очень обстоятельно и интересно это исследовано в работе: *Горбуз А.К., Краснов М.А., Мишина Е.А., Сатаров Г.А. Трансформация российской судебной власти. Опыт комплексного анализа.* М., СПб., 2010.

основы статуса судей были закреплены на более высоком уровне — в Федеральном конституционном законе «О судебной системе Российской Федерации». На этом позитив в данной сфере правоотношений закончился.

В 2001 году началась судебная контрреформа (в этом обнаруживается сходство с судебной реформой в России 1864 года — через некоторое время после ее блестящего начала была проведена контрреформа. Как показывает история, независимая судебная власть для других ветвей власти зачастую — «кость в горле», от которой необходимо избавиться). В декабре 2001 года была введена дисциплинарная ответственность судей (ее отсутствие ранее вообще не делало их безнаказанными, так как за совершение судьей проступка, порочащего честь и достоинство судьи, его полномочия подлежали прекращению), а также изменен порядок наделения полномочиями председателей и заместителей председателей судов: ранее они назначались на свои должности, как и другие судьи, пожизненно, теперь — на шесть лет и не более двух раз подряд, что значительно ослабило их независимость (для того чтобы быть переназначенным на второй срок председатель, заместитель председателя суда должен «хорошо» себя вести).

Федеральным законом от 25 декабря 2008 г. № 274-ФЗ внесены изменения в упомянутый выше ФЗ № 6 от 10 января 1996 г. Предоставленные последним законом в интересах судебной системы и людей, которым приходится с ней общаться, социальные льготы для адвокатов (и некоторых других профессий) при их назначении на судебные должности были отменены: время работы адвокатом перестало включаться в стаж работы судьи, дающий право на социальные льготы. Естественно, после этого многие опытные адвокаты (а их переход на судебные должности представляется очень полезным для правосудия) утратили интерес к работе в суде.

Также в 2008 году внесены изменения в УПК РФ, сократившие перечень категорий уголовных дел, рассматриваемых с участием присяжных заседателей (введение суда присяжных было серьезным вкладом в судебную реформу и положительно себя зарекомендовало).

В 2009 году изменен Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации» и установлено, что Председатель Конституционного Суда и его заместители назначаются на свои должности Советом Федерации по представлению Президента РФ. Ранее они избирались судьями Конституционного Суда РФ. Таким образом, судей лишили права решать,

кто в суде, который они образуют, будет председателем, заместителем председателя; отныне за них это решат Президент РФ и Совет Федерации. Как себя должны вести судьи, которые хотят занять эти должности? Риторический вопрос.

В 2010 году в названный Федеральный конституционный закон внесены новые изменения: для Председателя Конституционного Суда РФ отменен предельный возраст пребывания в должности (70 лет); для остальных судей этот предел сохранен. В 2012 году это же ограничение отменено для Председателя Верховного Суда РФ. Кроме того, для Председателя Верховного Суда РФ и его заместителей отменен запрет на занятие этих должностей более двух раз (для всех остальных председателей и заместителей председателей судов он сохранен). Высший Арбитражный Суд РФ эти изменения не затронули. Чем же он их не заслужил?

Все это не может не вызывать недоумения и вопроса: зачем были произведены эти новации? Совершенно очевидно, что изменения, касающиеся председателей Конституционного Суда РФ и Верховного Суда РФ, а также заместителей Председателя Верховного Суда РФ, противоречат основам статуса судей в Российской Федерации, установленным Федеральным конституционным законом «О судебной системе Российской Федерации». Согласно его ст. 12 все судьи в Российской Федерации обладают единым статусом и различаются между собой только полномочиями и компетенцией.

Для любого юриста ясно, что норма должна соответствовать принципам (основам) права. Здесь — все наоборот. Норма по воле законодателя проигнорировала основы: для нескольких судей (и то — в неравной степени) сделаны существеннейшие отступления от этих основ, поставившие всех других судей Российской Федерации в неравное с ними положение.

Во всем этом имеется определенный смысл и просматриваются определенные цели. Указанные изменения совершенно ясно характеризуют тенденцию развития законодательства о статусе судей: она направлена на подчинение судебной системы, в том числе через подбор угодных и освобождение от неугодных руководителей судов, которые обладают большими полномочиями по отношению к судьям и по формированию судебной практики, от которой зависит, будет ли соблюдаться при осуществлении правосудия принцип верховенства права или нет.

Важнейшим фактором, влияющим на реализацию принципа верховенства права при осуществлении правосудия, является личность судьи: его мировоззрение, интеллектуальные, нравственные,

психологические и другие качества, его отношение к людям, умение их услышать и понять. Если судья, в силу своего мировоззрения, не воспринимает принцип верховенства права или по другим своим качествам (зависимость от настроения, вспыльчивость и т.п.) при рассмотрении конкретного дела забывает либо вообще не помнит о нем, то жизни этого принципа угрожает серьезная опасность (смогут ли этот принцип в рассмотренном таким судьей деле возродить вышестоящие судебные инстанции? есть ли другие судьи, свободные от таких недостатков? — серьезнейшие вопросы).

Для формирования правового мировоззрения у судей требуется много времени — долгая жизнь в правовом пространстве, в котором с уважением относятся к человеку (эта жизнь начинается с детства, а пространство — с отношения государства к человеку). Двадцати лет нашей судебной «реформы» явно недостаточно для возникновения у власти (в том числе — у судей) и большинства нашего общества такого мировоззрения. И это естественно. В других государствах этот процесс длился веками («через тернии к звездам»), продолжается до настоящего времени и никогда не будет завершен (по правилу выращивания английского газона, которое кажется очень простым: «двести лет газон стричь и поливать»). Однако нельзя ждать «двести лет», когда такое мировоззрение сформируется; надо каждый день «стричь и поливать».

Тяжелейшее бремя в этом деле несет Российская академия правосудия, которая занимается не только обучением студентов, но и подготовкой кандидатов в судьи и повышением квалификации действующих судей.

Кроме мировоззрения судей большое значение для их правомерной деятельности имеет умение судей противостоять так называемой профессиональной деформации, которая представляет опасность для людей, чьи дела рассматривают судьи. Это явление, по наблюдению специалистов (психологов и др.), присуще многим профессиям.

Представляется интересным привести наблюдение выдающегося писателя (к тому же врача по образованию): «Люди, имеющие служебное, деловое отношение к чужому страданию, например судьи, полицейские, врачи, с течением времени, *в силу привычки* (выделено мной. — В.Ж.), закаляются до такой степени, что хотели бы, да не могут относиться к своим подопечным иначе как формально»¹.

¹ Чехов А.П. Палата № 6.

Судья, сколько бы лет он ни проработал в этой должности, должен помнить об этом негативном явлении и всеми силами противостоять ему, иначе профессиональная деформация перерастет в профессиональную деградацию, и человек для такого «судьи-профессионала» просто перестанет существовать. Тогда о правосудии можно забыть, ибо правосудие «без души» (без разумности, нравственности, душевности) не существует.

В завершение данной работы полагаю сделать следующие выводы.

Главными условиями реализации в российском правосудии принципа верховенства права (они же — проблемы его реализации) являются:

- 1) независимость суда;
- 2) мировоззрение судей;
- 3) соблюдение судьями общепризнанных принципов поведения судей;
- 4) замещение освобождающихся судебных должностей достойными профессионалами (особенно полезно привлечение адвокатов, для чего необходимо вернуть им прежние, указанные выше преимущества);
- 5) реформирование системы судов общей юрисдикции (преобразование ее в четырехзвенную систему);
- 6) изменения в сфере судопроизводства (унификация гражданского и арбитражного процессов и реформирование порядка проверки судебных постановлений судов общей юрисдикции)¹.

¹ По последним двум предложениям, как указано выше, имеются отдельные исследования.

ГЛАВА 19

ПРЕЮДИЦИЯ В СИСТЕМЕ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА

*«Если не ограждена невиновность граждан,
то не ограждена и свобода»*

Ш.-Л. Монтескье

Г.М. Резник, президент Адвокатской палаты г. Москвы, кандидат юридических наук, заслуженный юрист Российской Федерации

Верховенство права реально обеспечено тогда когда приговоры и решения независимого и справедливого суда, вступившие в законную силу, неукоснительно исполняются всеми органами, организациями и физическими лицами на всей территории страны. Удовлетворяющие требованиям *res judicata* (решенное дело) акты судебной власти презуммируются истинными. Для их пересмотра процессуальными кодексами предусмотрены специальные процедуры: надзорное производство и производство ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств.

Преюдициальность выступает предельным случаем презумпции истинности судебного постановления, обязывая органы предварительного расследования и суды по находящемуся в их производстве делу принимать обстоятельства, установленные состоявшимся ранее решением (приговором), в качестве доказанных и не проводить их нового исследования.

Последовательное применение преюдиции затруднено, поскольку принцип общеобязательности судебных актов может вступить в противоречие с принципом оценки доказательств по внутреннему убеждению¹.

¹ Именно с принципом оценки доказательств по внутреннему убеждению, а не с принципом независимости судей и их подчинением только Конституции и закону. Принцип судейской независимости состоит в создании для судей таких гарантий, которые ограждают их при осуществлении правосудия от какого-либо давления извне. Связывать судейскую независимость со степенью правовой регламентации принятия конкретных решений, в частности с установленными процессуальными законами правилами оценки доказательств, той же преюдицией, — значит исказить суть этого конституционного принципа. Выскажу парадокс: судейская независимость не только не пострадала бы, но и укрепилась при возврате к средневековой системе формальных доказательств, когда значение и

Преюдиция может быть как межотраслевой, так и внутриотраслевой. Советский уголовно-процессуальный закон, не употребляя термин «преюдиция», закреплял преюдициальное значение решений и определений гражданского суда для разрешения уголовных дел. Согласно статье 28 УПК РСФСР вступившее в законную силу решение, определение и постановление суда по гражданскому делу было обязательным для суда, прокурора, следователя и лица, производящего дознание, при производстве по уголовному делу, но только по вопросу, имело ли место событие или действие, а не в отношении виновности обвиняемого.

Однако как поступать уголовному суду, если у него складывается убеждение, что событие или действие, установленное гражданским судом, в действительности места не имело, процессуальное законодательство не указывало. Не выработали по данному вопросу единого мнения и высшие судебные инстанции. Верховный суд СССР в одних указаниях подчеркивал необходимость точного соблюдения преюдициального начала¹, в других — ориентировал на ограничительное толкование соответствующих норм закона о преюдиции².

Такая неоднозначность отражала различия во взглядах на данную проблему среди теоретиков: одни процессуалисты полагали, что факты, установленные вступившим в законную силу решением суда, не входят в предмет доказывания при рассмотрении уголовного дела и должны приниматься как уже истинные положения³; другие настаивали на том, что в формировании своих выводов суд не связан никакими ранее состоявшимися судебными актами⁴. Последняя точка зрения среди процессуалистов-кrimиналистов постепенно стала доминировать⁵. И возобладала при

вес конкретного вида доказательств заранее определялись в законе. Справедливость правосудия, конечно, пострадала бы, но надавить на суд с целью принудить нарушить неразумный закон стало бы практически невозможно.

¹ См.: Судебная практика Верховного Суда СССР. 1952. № 3. С. 44—45; № 11. С. 35.

² См.: Сборник постановлений Пленума Верховного Суда СССР, 1924—1973. М., 1974. С. 627.

³ Арсеньев В.Д. Вопросы общей теории судебных доказательств. М., 1964. С. 104.

⁴ Петрухин И.Л. Внутреннее убеждение суда и правовые презумпции // Советское государство и право. 1964. № 3. С. 65; Рахунов Р.Д. О юридических гарантиях независимости судей в советском уголовном процессе // Советское государство и право. 1968. № 4. С. 53.

⁵ См., например, один из наиболее авторитетных: Научно-практический комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу РСФСР / под ред. В.М. Лебедева, В.П. Божьева. М., 1995. С. 49.

разработке и принятии Уголовно-процессуального кодекса РФ 2002 года Статья 90 УПК, получившая название «Преюдиция», межотраслевую преюдицию ликвидировала, вообще не упомянутая о значении решений гражданского и арбитражного судов для рассмотрения уголовных дел. Вместо межотраслевой преюдиции в данной статье была сформулирована внутриотраслевая презумпция истинности приговора по другому делу, которая могла быть опровергнута при рассмотрении нового уголовного дела судом первой инстанции, если установленные первым приговором обстоятельства вызвали у суда сомнения. Так же как в статье 28 УПК РСФСР, статья 90 указывала на недопустимость предрещения виновности. Но уже в отношении приговора, а не решения по гражданскому делу.

И точно так же, как в советские времена¹, процессуалисты принялись обсуждать вопрос, каким образом следует разрешить коллизию двух противоречащих друг другу судебных актов, если обстоятельства, установленные более ранним приговором, не были признаны судом в более позднем производстве, исходя из того, что не может считаться нормальным положением, когда два противоположных судебных решения имеют одинаковую законную силу².

В декабре 2009 года статья 90 вновь подверглась кардинальной переработке: законодатель счел необходимым вернуться, по сути, к прежней (УПК РСФСР) формулировке преюдиции — в слегка измененном стилистически, но усиленном варианте она закреплена как в качестве межотраслевой, так и внутриотраслевой.

Что же побудило законодателя к столь радикальной перемене? В первую очередь обращает на себя внимание направление, в котором стала развиваться после отмены межотраслевой преюдиции следственная и судебная практика. Появление в стране частной собственности и предпринимательской деятельности породило сложнейшие экономические споры, разрешение которых требовало применения арбитражными судами норм корпоративного, финансового, банковского, налогового, таможенного

¹ Семенов В.М. Взаимная обязательность решений и приговоров в советском гражданском процессе // Вопросы советского гражданского права и процесса. Ученые записки. Т. 3. М., 1955. С. 170; Курылев С.В. Основы теории доказывания в советском правосудии. Минск. 1969. С. 91; Теория доказательств в советском уголовном процессе. М., 1973. С. 360—361; Резник Г.М. Внутреннее убеждение при оценке доказательств. М., 1977. С. 59.

² Смирнов А.В., Калиновский К.Б. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. М., 2009. С. 311.

права — причем не только отечественного, но и иностранного. В уголовном же судопроизводстве все более распространенный характер стали приобретать заведение в коррупционных целях уголовных дел на предпринимателей, их обвинение и последующее осуждение по статьям о мошенничестве, присвоении и легализации (отмывании) полученных преступным путем денежных средств или иного имущества. При этом органы следствия и суды абсолютно игнорировали вступившие в законную силу решения арбитражных судов, признававших во всех инстанциях сделки, вменяемые затем в качестве преступных, полностью законными.

Ропот, нараставший в бизнес-сообществе в связи с искусственной криминализацией правомерных действий, был услышан. Введение межотраслевой преюдиции в УПК мотивировалось депутатом Государственной думы А.М. Макаровым на слушании законопроекта¹ во втором чтении следующим образом: «Вопрос, который, мы считаем, необходимо решить, это вопрос о значении решений судов, то есть преюдиции, которые были вынесены, например, при рассмотрении в арбитражных судах. Представляете себе ситуацию — это не выдуманная ситуация, это конкретные дела, — когда налогоплательщик, выиграв спор у налоговой инспекции, выходит из арбитражного суда, а ОБЭП арестовывает его на ступеньках этого самого суда, и потом его судят и сажают в тюрьму за то, что он якобы совершил налоговое преступление, по которому арбитражный суд признал, что он абсолютно невиновен. Вот для того, чтобы исключить подобные ситуации, мы вносим в Уголовно-процессуальный кодекс правило преюдиции, которое устанавливает, что все решения судов, приговоры судов имеют обязательную силу до тех пор, пока они не отменены в установленном порядке»². Такая аргументация подкрепляла пояснительную записку к законопроекту, в которой декларировались следующие цели: «установление на законодательном уровне правовых ориентиров развития налоговой системы, неоднократно провозглашавшихся

¹ Законопроект № 224549-5, ставший 29 декабря 2009 г. Федеральным законом № 383-ФЗ, назывался «О внесении изменений в часть первую Налогового кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации».

² Стенограммы обсуждения законопроекта № 224549-5 «О внесении изменений в часть первую Налогового кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» об изменении условий привлечения к уголовной ответственности за налоговые правонарушения (<http://api.duma.gov.ru/api/transcript/224549-5>).

руководством страны, а именно — прекратить «налоговый террор», перестать «кошмарить» бизнес и т.п.»¹.

Однако более значимое для разрешения проблемы преюдиции событие произошло несколько раньше: 15 января 2008 года Конституционный Суд РФ вынес определение № 193-О-П по жалобе гражданина Сурикова Т.Р. на нарушение его конституционных прав статьей 90 УПК РФ². Конституционно-правовой смысл, в соответствии с которым должна применяться норма о преюдиции, выявленный этим определением, расходился с редакцией ст. 90 и требовал от законодателя ее изменения. Данное определение несомненно находилось в поле зрения депутатов Государственной думы, готовивших законопроект ко второму чтению, более того, учитывалось ими, о чем свидетельствует расхождение окончательного, проголосованного во втором и третьем чтениях варианта с первоначально предложенным³. Ссылок же на данное определение при принятии законопроекта не было, полагаю, по сугубо практическим соображениям, — доводы о необходимости борьбы с коррупцией в публичном выступлении перед массовой аудиторией более доходчивы, чем процессуальные рассуждения о преодолении противоречий между разными процессуальными нормами⁴. Конституционный Суд определил, что вопрос о преюдиции — общеправовой и довлевторительно решается взаимосвязанными положениями процессуального законодательства, регулирующими исполнение и пересмотр вступивших в законную силу судебных актов, и только в том случае, если они основаны на правовых нормах более высокого уровня, определяющих место и роль суда

¹ <http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28SpravkaNew%29?OpenAgent&RN=224549-5&02>.

² Определение Конституционного Суда РФ от 15.01.2008 № 193-О-П «По жалобе гражданина Сурикова Татевоса Романовича на нарушение его конституционных прав статьей 90 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 05.05.2008. № 18. Ст. 2090.

³ Данного расхождения автор коснется в дальнейшем изложении.

⁴ Вместе с тем, необходимо отметить, что замолчание при обсуждении законопроекта в Думе определения Конституционного Суда по жалобе Сурикова Т.Р. дало возможность критиковать введение межотраслевой преюдиции как непродуманную, чисто конъюнктурную акцию, вызванную исключительно стремлением побороть временные деформации отечественной правоприменительной практики. См.: *Скобликов П.А.* Преюдиция актов арбитражных судов в уголовном процессе: новое прочтение // Журнал российского права. 2009. № 2. С. 69—82; *Головко Л.В.* Три аксиомы применения института преюдиции в уголовном процессе // Доказывание и принятие решений в современном уголовном судопроизводстве. Сборник научных трудов. М., 2011. С. 55—57.

в правовой системе Российской Федерации, юридическую силу и значение его решений (статьи 10 и 118 Конституции РФ, статья 6 Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации»).

Определение по жалобе Сурикова Т.Р. явно обнаружило пробельность ст. 90, не учитывавшей конституционно-правовое значение института преюдиции. Конституционный Суд прямо указал, что как признание, так и отрицание преюдициального значения фактических обстоятельств, установленных окончательным судебным решением в порядке гражданского или арбитражного судопроизводства, не может основываться на статье 90 УПК, отсутствие в ней межотраслевой преюдиции не предполагает возможность при разрешении уголовного дела не принимать во внимание обстоятельства, установленные не отмененными решениями арбитражного суда по гражданскому делу, которые вступили в законную силу.

Коллизию между окончательностью вступивших в законную силу решений арбитражных или гражданских судов и внутренним убеждением судей, рассматривающих уголовное дело, по разъяснению КС, следует разрешать на основе конституционного принципа презумпции невиновности. Если решение арбитражного (гражданского) суда говорит в пользу обвиняемого, признает легальность его действий, то оно должно рассматриваться как неустранимое сомнение в виновности и может быть преодолено лишь после того, как вступивший в законную силу исполняемый судебный акт будет аннулирован в предусмотренных для этого процедурах — в порядке надзора либо новых или вновь открывшихся обстоятельств. Если же неблагоприятное для обвиняемого решение суда используется стороной обвинения как доказательство вины, то такое решение должно быть подвергнуто критической оценке в совокупности с другими доказательствами и может быть отвергнуто, поскольку механическое следование ему являлось бы попыткой опровержения презумпции невиновности не-надлежащим путем — вне установленной законом и единственно допустимой уголовно-процессуальной процедуры, гарантирующей защиту прав обвиняемого.

Эту свою позицию Конституционный Суд подтвердил, дав конституционно-правовое истолкование ст. 90 уже в нынешней редакции в постановлении от 21 декабря 2011 г. № 30-П по жалобе граждан В.Д. и Е.А. Власенко. По мнению Конституционного Суда, соблюдение баланса между такими конституционными

ценностями, как общеобязательность и непротиворечивость судебных решений, обеспечивающая действие принципа правовой определенности, с одной стороны, и принципами состязательности судопроизводства и внутреннего убеждения в оценке доказательств¹ — с другой, требует единого способа опровержения преюидии в процедуре пересмотра судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам, к числу оснований которого относится установление приговором суда совершенных при рассмотрении ранее оконченного дела преступлений против правосудия, включая фальсификацию доказательств. Что касается презумпции невиновности лица, обвиняемого в совершении преступления, то она может быть опровергнута только посредством процедур, предусмотренных уголовно-процессуальным законом и только в рамках уголовного судопроизводства (статья 49 и статья 118, часть 2 Конституции РФ).

Определение Конституционного Суда по жалобе Сурикова Т.Р. полностью сохраняет свою силу при измененной редакции статьи 90 УПК, и обращение к нему может понадобиться стороне защиты в конкретных уголовных делах для конституционно-правового истолкования внутриограслевой преюидии. Однако в связи с этим может возникнуть следующая проблема.

Первоначально ко второму чтению законопроекта «О внесении изменений в часть первую Налогового кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» было предложено статью 90 дополнить абз. 2 следующего содержания: «Подтвержденные вступившими в законную силу решениями арбитражных судов и судов общей юрисдикции, осуществляющими гражданское судопроизводство, обстоятельства, свидетельствующие в пользу обвиняемого, не могут быть отвергнуты до тех пор, пока указанные судебные акты не будут отменены или изменены в этой части в соответствии с арбитражным процессуальным и гражданским процессуальным законодательством Российской Федерации». Такая поправка, как выше отмечалось, говорит о том, что определение Конституционного Суда по жалобе Сурикова Т.Р. находилось в поле зрения разработчиков законопроекта, поскольку практически воспроизвело его текст: «Подтвержденные арбитражным судом обстоятельства, свидетельствующие

¹ Представляется, что Конституционный Суд грешит неточностью, употребляя применительно к оценке доказательств термин «независимость» как синоним внутреннего убеждения.

в пользу обвиняемого, могут быть отвергнуты лишь после того, как вступивший в законную силу исполняемый судебный акт арбитражного суда будет аннулирован в предусмотренных для этого процедурах».

Представляется, что такой вариант изменения ст. 90 был бы предпочтительней, поскольку принятая редакция может вызвать спор относительно признания без дополнительной проверки наличия преступного события при рассмотрении самостоятельного дела в отношении лица, привлеченного к уголовной ответственности в качестве соучастника данного преступления. Проблемность — в понятии «виновность», которую не может предрешить приговор. Процессуальная категория виновности складывается из двух компонентов: 1) причастность лица к совершению преступления; 2) уголовно-правовая вина в форме умысла или неосторожности, для некоторых составов дополнительно — мотива и цели. То есть при ограничительном толковании этого понятия само событие преступления им не охватывается и, получается, предрешаться может. Поэтому крайне важно, что Конституционный Суд в определении по жалобе Сурикова Т.Р. дал для целей доказывания распространительное толкование понятия «виновность», указав, что «презумпция невиновности диктует признание судом *всех фактов* (выделено мною. — Г.Р.), свидетельствующих в пользу обвиняемого, — пока они не опровергнуты стороной обвинения в должной процессуальной форме». Ни один факт, подкрепляющий обвинение, не может быть исключен из процедуры доказывания по уголовному делу.

Хотя введение в УПК института заключения досудебного заключения о сотрудничестве, безусловно, влечет за собой возрастание случаев разделения дел о соучастии в преступлениях, а преюдиция создается на основе особого порядка вынесения приговора, драматизировать эту ситуацию не следует. УПК содержит достаточные гарантии как против самооговора, так и против признания вины в более тяжком преступлении, чем действительно совершенное.

Часть вторая статьи 77 УПК устанавливает, что «признание обвиняемым своей вины в совершении преступления может быть положено в основу обвинения лишь при подтверждении его виновности совокупностью имеющихся по уголовному делу доказательств». В соответствии с частью 2 статьи 317.5 УПК, полноту и правдивость сведений, сообщенных обвиняемым, заключившим досудебное соглашение о сотрудничестве, удостоверяет прокурор.

Такое соглашение заключается при обязательном участии защитника, оказывающего обвиняемому необходимую юридическую помощь. Наконец, судья, не проводящий при особом порядке судебного заседания исследования и оценки доказательств, собранных по уголовному делу, тем не менее должен убедиться в том, что такие доказательства есть и что обвинение, с которым согласился подсудимый, этими доказательствами подтверждается (часть 7 статьи 316 УПК).

Ситуация выделения дел соучастников, заключивших досудебное соглашение (сделку) со следствием, давно обычна для многих правовых государств. Европейский Суд по правам человека (ЕС) признал неприемлемой жалобу гражданина Нидерландов Корнелиуса, признанного виновным в торговле наркотиками на основе показаний Z., заключившего соглашение с прокуратурой и представленных им дополнительных доказательств, указав: «Хотя использование в суде показаний свидетелей в обмен на предоставление им иммунитета от уголовного преследования может поднять вопрос относительно справедливости судебного разбирательства, в данном случае и заявитель, и судья страны знали о существующей договоренности и всесторонне допросили Z., чтобы проверить его надежность и правдивость. Нельзя поэтому говорить о том, что заявитель был осужден на основе доказательств, в отношении которых он не мог осуществить свои права на защиту»¹.

В своих решениях ЕС неоднократно формулировал, что «любые трудности, чинимые защите (а преюдиция, несомненно, к ним относится. — Г.Р.), должны быть в достаточной мере сбалансированы процессуальным порядком, которому следуют в суде. Такой порядок должен в максимальной степени отвечать требованиям состязательного судопроизводства и принципу равенства процессуальных возможностей сторон по делу и включать в себя соблюдение адекватных процессуальных гарантий» (дело Эдвардс и Льюис против Соединенного Королевства)².

Все доказательства виновности подсудимого из рассмотренного ранее уголовного дела, завершившегося обвинительным приговором о преступлении в порядке соучастия, должны быть

¹ Решение от 25.05.2004 по вопросу приемлемости жалобы № 994/03 по делу «Cornelis vs. Netherlands» // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. № 10/2004.

² Постановление ЕСПЧ от 27.10.2004 по делу «Edwards and Lewis vs. United Kingdom» (жалобы № 39647/98, 40461/98) // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. № 2/2005.

представлены в новом судебном процессе. Действительно беспристрастный суд должен при этом следовать строгим критериям и стандартам доказывания обвинения — постановлять обвинительный приговор на достоверных, «вне разумных сомнений», доказательствах виновности.

Таким стандартам не соответствуют ничем не подтвержденные показания сообвиняемого. В решении по делу «Владимир Романов против Российской Федерации» от 24 июля 2008 г.¹ ЕС напомнил, что «оценка показаний других обвиняемых требует более внимательного подхода, поскольку положение сообщников, дающих показания, отличается от положения обычных свидетелей... Для соблюдения гарантий статьи 6 Конвенции при решении вопроса о допустимости признания вины сообвиняемым *такое признание может быть принято только при установлении факта совершения преступления признающим свою вину лицом, но не заявителем*» (выделено мной. — Г.Р.).

Новая редакция статьи 90 УПК в конституционно-правовом толковании также не препятствует стороне защиты представлять в суд новые доказательства, опровергающие преюдицию и влекущие отмену ранее вынесенного приговора по вновь открывшимся обстоятельствам.

Все, таким образом, как и ранее, упирается в практику правоприменения. Если нынешний отечественный суд сойдет с обвинительного пути, по которому шествовал его советский предшественник, норма о преюдиции будет применяться в соответствии с ее конституционно-правовым смыслом без ущемления принципов презумпции невиновности и права обвиняемого на защиту.

И еще. В анализируемом определении Конституционный Суд затрагивает вопрос о различных стандартах доказанности для уголовных и гражданских дел, отмечая, что «уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации устанавливает более строгие требования именно к доказыванию виновности лица». В многолетней дискуссии по проблеме преюдиции этот вопрос даже не ставился. Препятствие состояло вот в чем. Чуть ли не главным завоеванием отечественной юридической науки до самого последнего времени считалось учение об объективной истине как цели, равно достижаемой и в уголовных, и в гражданских делах. Действовавшее

¹ Постановление ЕСПЧ от 24.07.2008 по делу «Vladimir Romanov vs. Russia» (жалоба № 41461/02) // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. № 3/2009 (<http://www.echr.cu/documents/doc/12067998/12067998-007.htm>).

тогда законодательство эту идею — ее и сейчас продолжают отстаивать немалое число ученых-процессуалистов — в значительной степени подкрепляло. Уголовный процесс носил выраженный неоинквизиционный (розвыскной) характер, следственное начало доминировало над состязательностью сторон и в гражданском процессе: как УПК, так и ГПК адресовали суду требование осуществлять всестороннее, полное и объективное исследование обстоятельств дела. И это несмотря на очевидные различия процедур доказывания в обоих видах судопроизводства. Стадия предварительного расследования уголовного дела, разные правила определения допустимости доказательств, правовые презумпции в гражданском процессе и презумпция невиновности в процессе уголовном, право на защиту от обвинения — все эти процессуальные институты по мере постепенного освобождения права от идеологической обертки неизбежно приводили к осознанию различных возможностей для достоверного установления фактов по уголовным и гражданским делам. С учетом разницы в стандартах доказанности следует задуматься о «встречном движении» — преюдициальном значении приговоров для разрешения гражданских дел.

Выводы приговора предрешают два вопроса: 1) имели место сами действия; 2) совершены ли они данным лицом. Оправдательный приговор за отсутствием события преступления или за непричастностью обвиняемого к его совершению устраниет для потерпевшего возможность предъявить впоследствии в порядке гражданского судопроизводства иск о возмещении вреда.

Но обоснована ли такая преюдиция? Несколько лет назад мы с удивлением узнали, что после оправдания судом присяжных бейсболиста и актера Д. Симпсона в двойном убийстве гражданский суд удовлетворил иск потерпевших (родственников убитых) к оправданному о возмещении вреда, нанесенного причинением смерти, взывав с него несколько миллионов долларов. В США такое возможно, поскольку само законодательство закрепляет разные стандарты доказанности для уголовных и гражданских дел — соответственно «практическая достоверность — вне разумных сомнений» и «конкуренция вероятностей — по большинству (50 процентов + 1) доказательств», в науке, и судебной практике даны многочисленные толкования этих правовых понятий¹.

¹ См.: Бернам У. Правовая система США. М., 2006. С. 201; Кипнис Н.М. Надзорное производство: «вещь в себе» или «вещь для нас» // Права человека. Практика Европейского Суда по правам человека. 2007. № 3 (12). С. 47. Оживленная полемика

Может быть, следует, по примеру США, отказаться от преюдициальной связи между оправдательным приговором и разрешением вопроса о возмещении вреда? Отвечая на этот вопрос положительно, Н.М. Кипнис справедливо указывает, что необходимость обращения к опыту США представляется оправданной еще и потому, что при рассмотрении уголовных дел с участием присяжных заседателей риск вынесения не обоснованного, но формально законного, а потому не подлежащего отмене приговора объективно возрастает¹.

Принцип *res judicata* не должен превращаться в препятствие для справедливого разрешения судебных дел в соответствии с присущими им процедурами доказывания.

по вопросу о том, должен ли быть гражданский суд связан решениями уголовного суда ведется в европейских странах. См.: Головко Л.В. Цит. соч. С. 51–53.

¹ Кипнис Н.М. Цит. соч. С. 48.

ГЛАВА 20

О СПЕЦИАЛЬНЫХ КОМИССИЯХ, НЕЗАВИСИМЫХ ПРОКУРОРАХ И ИММУНИТЕТЕ СВИДЕТЕЛЯ

И.А. Новиков, управляющий партнер юридической фирмы «Новиков энд Эдвайзерс» (Казахстан), эксперт Центра правовых и экономических исследований

История постоянно демонстрирует, насколько хрупкими являются демократические достижения, и как бесконтрольность и безнаказанность исполнительной власти могут быстро свести их на нет.

В распоряжении общества имеются различные инструменты контроля над властью. В ряде государств такими инструментами являются специальные комиссии (парламентские, королевские и т.д., осуществляющие так называемые парламентские расследования), и независимые прокуроры.

Специальная комиссия, несмотря на некоторые особенности, существующие в различных юрисдикциях, — это орган, возглавляемый специалистом (комиссаром), уполномоченным мандатом представительной (законодательной) ветви власти на профессиональное исследование и выработку предложений по устранению причин, обстоятельств и последствий резонансных происшествий, событий, явлений или принятых решений, независимо от того, чем они вызваны, кем совершены или приняты.

Независимый прокурор — это внештатное, но тем не менее процессуальное лицо, уполномоченное на проведение расследования любого уголовно наказуемого деяния, совершенного с участием или с заинтересованностью любых высокопоставленных лиц, когда имеются основания сомневаться, что расследование, проводимое в обычном порядке, будет объективным.

Разница между этими институтами состоит в том, что независимые прокуроры проводят полноценное, с точки зрения уголовного процесса, расследование уголовно наказуемых преступлений, а комиссии (комиссары) на такое расследование не уполномочены¹.

¹ Разница в предмете деятельности, случается, приводит, к одновременному назначению специального прокурора и комиссара, а иногда и нескольких комиссаров. Несмотря на возникающие в связи с этим сложные юридические вопросы,

Общим является то, что и те и другие действуют в случаях, когда в силу различных причин оценка резонансных событий сторонними лицами имеет большее доверие, чем оценка официальных властей. Общим является также и то, что комиссары и независимые прокуроры не состоят на государственной службе, не являются постоянно действующими органами (официальными лицами), назначаются в особом порядке, сводящем к минимуму возможное манипулирование со стороны кого бы то ни было при их назначении и осуществлении функций, финансируются из средств бюджета, имеют серьезные властные полномочия.

Их эффективность обеспечивается не только властными полномочиями. Успешная деятельность независимого прокурора и комиссий обеспечивается активным использованием чрезвычайно важного правового института, именуемого «иммунитетом свидетеля». В отсутствие сотрудничества со стороны лиц, вовлеченных, вольно или невольно, в расследуемые события, расследование затруднительно, зачастую невозможно. Институт иммунитета свидетеля основывается на конституционном праве лица не свидетельствовать против себя, и суть его состоит в том, что в случае дачи показаний о совершенных преступлениях такому лицу (свидетелю) предоставляется освобождение от уголовного преследования за участие в сообщенных им преступлениях, что является единственным побудительным мотивом для дачи показаний.

Условиями нормального функционирования названных инструментов общественного контроля являются наличие независимого суда, независимых средств массовой информации и гражданского общества. Очевидно, что имеет место и обратный процесс, в результате которого названные инструменты общественного контроля способствуют формированию независимого суда, независимых средств массовой информации, развитию законодательства и гражданского общества.

Чрезвычайно важным для нормального функционирования названных институтов является надлежащее законодательство, определяющее предмет, а также процедуры назначения и процедуры реализации результатов деятельности, исключающие какое-либо манипулирование.

касающиеся правил взаимного использования результатов, полученных в результате уголовного расследования и расследования, не носящего процессуальный характер, по своим общественно значимым целям они, скорее, не конфликтуют, а дополняют друг друга.

Различные эксперты в различных государствах неоднозначно оценивают эффективность специальных комиссий и в особенности независимых прокуроров. Но никто не отрицает позитивной роли, которую они сыграли в различных государствах в различное время. Таким образом, разные мнения экспертов, скорее всего, определяются несовпадающими точками зрения на процедуры назначения и реализации результатов их деятельности.

Представляется, что в настоящее время в Российской Федерации названные инструменты общественного контроля востребованы как никогда ранее, в условиях, когда стремительно утрачивается доверие к полиции, следствию, прокуратуре, суду и власти в целом¹.

Законодательство о парламентских комиссиях в России существует продолжительное время. Однако действующий Федеральный закон от 27.12.2005 № 196-ФЗ (ред. от 28.12.2010) «О парламентском расследовании Федерального Собрания Российской Федерации» нуждается в совершенствовании. В результате чрезмерной бюрократизации процесса создания, функционирования комиссий, порядка утверждения выводов и их реализации, а также чрезмерных ограничений предмета парламентских расследований названный закон скорее мертв, чем жив. Института независимых прокуроров, равно как института иммунитета свидетеля, в России нет. Законопроекты, инициируемые различными авторами, нуждаются в профессиональном обсуждении и совершенствовании, конечно, с учетом опыта стран, где эти институты сформировались и активно используются.

Ниже излагаются некоторые соображения относительно рассматриваемых институтов. В качестве примера зарубежного опыта в отношении независимых прокуроров использован опыт США. В концентрированном виде информацию о специальных прокурорах в США любезно предоставил представитель Министерства юстиции США Томас Файерстоун в своем сообщении на заседании группы экспертов Центра правовых и экономических

¹ В 2011–2012 годах средства массовой информации в России сообщали о прослушивании телефонных разговоров представителей оппозиционных партий, подлогах при подсчете итогов голосования при выборах депутатов в Государственную думу и президента, нарушениях порядка расходования бюджетных средств, об ограничениях права граждан на свободу информации, манипулировании судебными органами, пытках, осуществляемых работниками полиции и многих других негативных событиях, каждое из которых в силу общественного резонанса видится предметом самостоятельного независимого расследования, отсутствие которого формирует в обществе отрицательное отношение к нынешней власти, вплоть до отрицания ее легитимности.

исследований¹, которое в значительной мере цитируется. В качестве зарубежного опыта в отношении специальных комиссий использован опыт Канады, анализ которой любезно предоставлен юридическим факультетом Университета МакГилла, а также опыт Австралии — на основе отчета о расследовании, проведенном в 1987—1989 годах королевской комиссией под председательством Г.Е. Фитцджеральда.

1. Независимые прокуроры

(a) Зарубежный опыт

Когда говорится о независимых (специальных) прокурорах, имеется в виду опыт США, где этот институт впервые был практически реализован около 40 лет² тому назад.

История института специальных прокуроров в США может быть условно разделена на 3 этапа. Первый — до 1977 года, когда законодательного регулирования института не было вовсе, но тем не менее специальные прокуроры осуществляли свою деятельность. Второй — до 1999 года, когда деятельность специальных прокуроров регламентировалась особым законом — Актом об этике в правительстве 1977 года (Акт). И наконец, третий — с 1999 года по настоящее время, когда деятельность специальных прокуроров регулируется исключительно ведомственными директивами.

Пожалуй, наиболее разработанным, продуманным и интересным с точки зрения исследования и, возможно, использования опыта данный институт видится в период с 1977 по 1999 год, когда деятельность специальных прокуроров детально регламентировалась Актом³.

¹ Подробнее см. приложение G настоящего издания.

² В США имеются противники и сторонники института специальных прокуроров. Но бесспорными являются следующие исторические факты: (i) автором института является администрация президента Никсона, (ii) институт родился в обстановке растущего недоверия к администрации Никсона, вовлеченной в Уотергейтский скандал с прослушиванием телефонных разговоров представителей оппозиционной партии. Именно тогда возникло мнение, что к результатам расследования скандала сторонним лицом будет большая степень доверия, чем к расследованию, проведенному официальными властями; (iii) несмотря на попытки администрации Никсона сделать данный институт «послушным» инструментом в руках своей администрации, этого не произошло, напротив, независимое расследование «похоронило» создавшую его администрацию.

³ Существует мнение, что к 1999 году институт независимых прокуроров был серьезно дискредитирован в деле Уайтвотер — Левински, когда имело место нарушение

Специальный прокурор назначался, как правило, из числа бывших прокуроров, пользующихся доверием общества¹. Он наделялся всеми без исключения полномочиями прокурора и осуществлял свою деятельность независимо от каких-либо органов или должностных лиц. По необходимости ему предоставлялся требуемый персонал. Из бюджета выделялись средства для финансирования его деятельности. Отстранение специального прокурора или его замена были возможны в исключительных случаях, при совершении им дисциплинарных проступков или процессуальных нарушений, и только с ведома Конгресса.

Акт обязывал назначать специального прокурора применительно к двум категориям лиц: (1) прямо поименованным; и (2) определяемым по усмотрению. К прямо поименованным лицам (1) относились: президент, вице-президент, члены администрации президента, лица, занимающие руководящие должности в Департаменте юстиции, Центральном разведывательном управлении, Комиссии по выборам президента и некоторые другие. Акт требовал обязательного назначения независимого прокурора для проведения расследования в отношении прямо поименованных лиц. В отношении лиц, определяемых по усмотрению (2), генеральному прокурору (главе Департамента юстиции) предоставлялось право поручить расследование независимому прокурору при наличии убежденности в необходимости независимого расследования. Это было возможно в отношении членов Конгресса в том случае, когда назначение независимого прокурора отвечало публичным интересам, а также в отношении любого другого лица, если генеральный прокурор приходил к выводу, что обычное расследование Департаментом юстиции повлечет конфликт интересов личного, финансового или политического характера.

Генеральному прокурору самому надлежало немедленно устремиться от дела, когда подозрения падали прямо на генерального

основополагающих принципов: (i) беспристрастности (принадлежность к оппозиционной партии не позволила независимому прокурору сохранить беспристрастность), и (ii) ограничения предмета расследования исключительно уголовными преступлениями (уголовное расследование, касающееся финансовых сделок четы Клинтонов, перестало быть уголовным после того, как независимый прокурор сосредоточился на приключениях президента сексуального характера).

¹ Требовалось, чтобы специальный прокурор был юристом, не состоящим на государственной службе, имел хорошую репутацию честного и беспристрастного лица и требуемый опыт, свидетельствующий, что расследование будет осуществляться компетентно в соответствии с полным пониманием уголовного закона и процедурных правил.

прокурора или любое лицо, «с которым генеральный прокурор имел отношения личного или финансового характера». В случае самоустранныя генерального прокурора его функции надлежало осуществлять следующему по рангу лицу в Департаменте (Министерстве) юстиции, не имеющему конфликта интересов.

По получении генеральным прокурором информации о совершении преступления он был обязан решить два вопроса: (1) является ли информация определенной; и (2) является ли достоверным источник информации. В случае неопределенности информации или происхождения ее из источников, не вызывающих доверия, у генерального прокурора отсутствовали основания для назначения расследования. Во всех остальных случаях генеральный прокурор был обязан следовать процедурам, предусмотренным Актом.

После принятия решения относительно определенности информации и благонадежности источников информации, положенной в основу подозрений, Акт требовал от генерального прокурора провести первоначальное расследование с целью определить, имеются ли достаточные основания для продолжения дальнейшего расследования.

При наличии таких оснований генеральный прокурор был обязан обратиться к специальному органу — особым образом формируемой Специальной судебной коллегии (Special Division) из трех лиц, которая назначала независимого прокурора.

Акт предоставлял право Комитету юстиции обеих палат Конгресса и представителям партий в названном Комитете потребовать от генерального прокурора назначение независимого прокурора. Если генеральный прокурор отказался от обращения в Специальную судебную коллегию за назначением независимого прокурора, ему требовалось представить отчет Конгрессу с объяснением причин такого решения. В целях защиты прав подозреваемых Акт запрещал Конгрессу раскрытие любой информации, полученной в связи с расследованием.

Процесс назначения независимого прокурора начинался с подачи заявления генерального прокурора в Специальную коллегию. Требовалось, чтобы заявление содержало необходимую и достаточную информацию для помощи Специальной коллегии в выборе кандидатуры независимого прокурора и определении его полномочий в целях полного и всестороннего расследования.

Специальной коллегии надлежало определить предмет расследования независимого прокурора при условии, что такой предмет в обязательном порядке включал «предмет, который послужил

основанием для назначения независимого прокурора, и все другие, связанные с ним обстоятельства, и любое преступление, которое может быть вскрыто в ходе расследования». К последним относились такие деяния, как дача ложных показаний, неуважение к суду, сокрытие доказательств или воздействие на свидетелей.

В случае установления независимым прокурором обстоятельств преступления, не относящихся к предмету расследования, но требующих самостоятельного расследования, независимому прокурору предписывалось информировать об этом генеральному прокурору с предложением о расширении первоначально определенного предмета расследования. Генеральному прокурору предписывалось провести предварительное расследование в обычном порядке с целью принятия решения об обращении в Специальную коллегию с заявлением о расширении предмета расследования независимого прокурора.

Независимый прокурор — единоличный орган. Акт наделял независимого прокурора «всеми полномочиями и независимым статусом для полноценного расследования и поддержания обвинения», какими наделены Департамент юстиции и генеральный прокурор, включая право предоставления «свидетельского иммунитета»¹.

Акт предоставлял независимому прокурору самостоятельный и независимый от Департамента юстиции статус и требовал от Департамента юстиции прекратить любые расследования, связанные с предметом расследования независимого прокурора. Акт давал независимому прокурору право обращаться за помощью к Департаменту юстиции, в том числе за выделением требуемого персонала и за консультациями к штатным прокурорам.

Акт не устанавливал каких-либо ограничений по срокам расследования независимого прокурора. Функции независимого прокурора прекращались, когда независимый прокурор уведомлял генерального прокурора о завершении расследования и представлял отчет с приложением результатов расследования или когда Специальная коллегия выносила решение, что расследование «завершено или в основном завершено до такой степени, что по-

¹ Важно, что свидетельский иммунитет представлялся не одним, а различными органами: Департаментом юстиции, специальным прокурором и любой из палат Конгресса. В деле Уотергейт иммунитет ключевому свидетелю отказалась предоставить Департамент юстиции и специальный прокурор, но такой иммунитет был предоставлен Сенатом Конгресса, и предоставление иммунитета во многом обеспечило успех расследования.

зволяет Департаменту юстиции без ущерба делу самостоятельно завершить процесс расследования и привлечения виновных к ответственности».

Акт предусматривал возможность прекращения деятельности независимого прокурора только при наличии исключительных уважительных причин. При намерении генерального прокурора прекратить деятельность независимого прокурора генеральный прокурор был обязан предоставить отчет Специальной коллегии и Конгрессу с объяснением оснований для такого решения. Независимый прокурор имел право на обжалование решения генерального прокурора в суде. Акт также предусматривал возможность прекращения деятельности независимого прокурора Конгрессом через процедуру импичмента и предъявления обвинений независимому прокурору.

Акт включал положения, регламентирующие оплату и возмещение расходов независимого прокурора из бюджета Департамента юстиции. Акт также содержал положения о конфликте интересов, запрещающее лицам, ассоциированным с независимым прокурором, представлять интересы кого бы то ни было как в процессе расследования, так и в течение определенного периода времени после его завершения.

(б) инициируемый законопроект¹

В интернете² и в других источниках доступны и в сети обсуждаются версии законопроекта о коллегии уполномоченных (независимых) прокуроров, который, как утверждается, разработан в Совете Федерации.

Данные законопроекты при определенном сходстве с институтом специальных прокуроров в США, имеют существенные отличия, которые состоят в следующем:

- предлагается расследовать уголовно наказуемые деяния высших государственных только после их отрешения от должности;

¹ См.: Законопроект № 109631-6 «О внесении изменения в Федеральный конституционный закон «Об Уполномоченном по правам человека в Российской Федерации» в связи с принятием Федерального закона «О Коллегии Уполномоченных прокуроров» (<http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28SpravkaNew%29?OpenAgent&RN=109629-6&02>).

² См., например: <http://docs.pravo.ru/document/view/17312048/14953181>.

- предлагается назначать Советом Федерации коллегию в составе 17 человек, по 5 от президента, Совета Федерации и Думы, и 2 человека от уполномоченного по правам человека. Нахождение на государственной службе не является препятствием для назначения независимого прокурора;
- основным принципом работы предлагается считать коллегиальность (в полном соответствии с коллегиально утвержденным планом расследования);
- предлагается: иметь постоянную коллегию в системе органов прокуратуры; членов коллегии считать заместителями генерального прокурора (причем совмещающими эту должность с должностью по основному месту работы); наделять полномочиями сроком на 7 лет. Помимо расследования уголовных преступлений на независимых прокуроров предлагается возложить обязанность проведения коллективных проверок Генеральной прокуратуры и Следственного комитета, а также подготовку коллективных заключений по результатам рассмотрения материалов парламентских расследований.

По поводу изложенных положений проекта имеется ряд серьезных сомнений.

1. Вряд ли стоит создавать громоздкую и дорогостоящую структуру с 17-ю независимыми прокурорами, если речь идет о расследовании уголовно наказуемых деяний лиц, отрещенных от должности. В отношении лица, утратившего власть, и сейчас не имеется препятствий для расследования любым следователем, нужно только поручить ему такое расследование. Институт независимого расследования является формой контроля именно за действующей властью, и отсутствие такой возможности влечет утрату данным институтом своего смысла.

2. Как говорилось выше, в период отсутствия специального законодательства возможность назначения независимых прокуроров определялась наличием у генерального прокурора США как главы Департамента юстиции полномочий на возбуждение уголовных дел и их расследование. Это позволяло генеральному прокурору поручить расследование любому лицу, которое он считает независимым и имеет право назначить временно на период расследования. Для того чтобы такая возможность могла быть реализована в России, Генеральной прокуратуре следует вернуть полномочия по проведению предварительного расследования. С одной

стороны, в отсутствие у российской прокуратуры таких полномочий, идею организационного объединения независимых прокуроров в одну структуру со штатными прокурорами вряд ли можно считать удачной. С таким же успехом независимый прокурор (его можно именовать «независимым советником по специальным поручениям» — дело не в названии) может успешно функционировать, например, при парламенте. С другой стороны, попытка возврата органам прокуратуры функции расследования уголовных преступлений (хотя и в ограниченном виде), по сути, преследует цель установления контроля за оказавшимся вне контроля Следственным комитетом. Если это предположение верно, то следовало бы просто вернуть органам прокуратуры функцию следствия, что было бы более эффективным средством борьбы с правонарушениями в Следственном комитете, количеству которых в обстановке бесконтрольности будет только расти.

3. Важным условием для назначения независимого прокурора является независимость кандидата от официальных властей. Нахождение кандидата на государственной службе должно быть естественным препятствием для такого назначения. В противном случае есть риск увидеть в этом статусе, например, премьер-министра, председателя Следственного комитета или любого следователя по особым делам. Для назначения достаточно наличия диплома о юридическом образовании и опыта работы на руководящих должностях (неважно, каких).

4. Коллегиальность также является непригодным принципом для расследования уголовных преступлений. УПК и законодательство наделяют следователя, как самостоятельную процессуальную фигуру, большими полномочиями, но наряду с ними и большой ответственностью за принимаемые решения. С этой точки зрения коллегиальность в расследовании может привести скорее к коллективной безответственности, чем к реальным результатам расследования.

5. Специфика расследования того или иного преступления может требовать особой квалификации независимого прокурора. Срок расследования может выходить за пределы предлагаемого 7-летнего (или иного) срока назначения независимого прокурора. В этой связи более разумным видится назначение независимого прокурора исключительно на конкретное дело на весь срок расследования.

6. Проверки, тем более коллективные, каких-либо государственных органов или должностных лиц, как бы важны они ни были,

не свойственны для функции расследования, равно как и дача «заключений» по парламентским расследованиям.

7. В обоснование проекта особо подчеркивается, что для его реализации не требуются бюджетные средства, что, конечно же, не соответствует действительности. Конечно же, такие средства требуются в обязательном порядке.

2. Специальные комиссии

(a) зарубежный опыт

Наличие длительного опыта демократического устройства и справедливого правосудия не гарантирует от появления авторитарных и коррупционных практик, сводящих на нет демократические институты. В этой связи хрестоматийным является расследование комиссии Г.Е. Фитцджеральда в провинции Квинсленд в Австралии, полный отчет о котором, к сожалению, доступен только на английском языке¹.

В этой провинции с приходом к власти одного премьера и одной партии в течение десятилетия с небольшим фактически утратили свои действие, значение и силу демократические институты, включая независимый суд.

Формальным поводом для назначения комиссии послужили сообщения о росте преступности и коррупции в полиции. Комиссия была назначена, и сообщения нашли свое подтверждение.

Было подтверждено, что, вопреки официальным отчетам, преступность становилась все более организованной и опасной. Полицейская коррупция росла вместе с ростом преступности и, соответственно, источников, используемых для взяток. Бездействие полиции скрывалось уголовной статистикой полиции, которая предоставляла вводящие в заблуждение отчеты о ее активности и эффективности. Порядочные офицеры увольнялись из полиции. Против них инспирировались дела по ложным обвинениям, не без участия высших руководителей полиции.

В дальнейшем полномочия комиссии были расширены и прошли для расследования коррупционных правонарушений в деятельности премьера провинции, его окружения и возглавляемой им партии. В процессе работы комиссии были вскрыты и нашли отражение в итоговом отчете:

¹ См.: http://lecs-center.hse.ru/images/lecs/fitzgerald_commission_report.pdf.

- назначения на должности по принципу личной преданности;
- факты предоставления подрядов в строительстве, а также государственных закупок с завышенной стоимостью, с целью получения «откатов»;
- манипулирование средствами, переданными на партийные цели, сокрытие денежных средств, полученных в поддержку партии в личных интересах, получение средств от анонимных источников на поддержку партии в обмен на покровительство;
- лица и организации, вовлеченные в сделки с правительством, оказались вовлечены в персональные сделки с его членами (семейными компаниями), которые участвовали в принятии решений в интересах таких лиц или организаций;
- семейные компании высших должностных лиц осуществляли с зарубежными инвесторами бизнес в области недвижимости, транспорта, добычи природных ресурсов, с размещением счетов на офшорных счетах;
- за государственный счет строились дороги, ведущие к недвижимости, принадлежащей чиновникам или их компаниям, перекраивались административные районы с возложением расходов на строительство на бюджеты этих районов;
- руководство суда и судьи назначались из числа личного окружения, что способствовало утрате судом независимого статуса;
- манипулирование информацией позволяло правительству осуществлять влияние на сведения, публиковавшиеся в средствах массовой информации;
- в ряде случаев прессе были созданы препятствия в ее деятельности путем судебных предписаний о запрете распространения «измышлений». Попытки рассмотрения дел в парламенте наталкивались на выданные судом запреты на обсуждение тех или иных вопросов в связи с рассмотрением дел в судах;
- комментарии независимых авторов, выражавших озабоченность в отношении состояния общественных дел, нивелировались встречной пропагандой и персональными обвинениями;
- право на собрания и демонстрации (общественный протест) — неотъемлемое право и гражданская свобода каждого — было ограничено в результате наделения полиции правомочиями решать, при каких обстоятельствах демонстрация может быть разрешена;
- ограничение в средствах и во времени при подготовке законопроектов вели к тому, что именно правительственная

бюрократия, а не законодательное собрание формулировали законодательство и повестку законопроектных работ.

Функции парламентских комиссий в Австралии, как и в других государствах британского содружества, ограничены выработкой предложений. Такие предложения были сформулированы в отчете комиссии Фитцджеральда. Лица, поименованные в отчете, были привлечены к ответственности.

Несмотря на значительный объем (около 500 страниц), отчет легко читается. Если верно утверждение об опережающем развитии Запада, верным может быть и предположение о том, что отчет представляет собой развернутое предсказание предстоящих проблем, их полный анализ и пути решения. С этой точки зрения отчет, соображения и выводы, содержащиеся в нем, заслуживают того, чтобы стать предметом широкого изучения, в том числе в российских вузах, если не в старших классах школы.

(б) действующее законодательство

В России действует Федеральный закон от 27.12.2005 № 196-ФЗ (ред. от 28.12.2010) «О парламентском расследовании Федерального Собрания Российской Федерации» (далее «Закон»).

Закон содержит ряд заслуживающих поддержки положений. Декларируется гласность комиссий. Предусматривается ответственность за отказ или уклонение от предоставления документов, предоставление ложной информации, отказ, уклонение от дачи объяснений и дачу заведомо ложных ответов на вопросы комиссии. Предусмотрено право лиц, опрашиваемых комиссией, не свидетельствовать против себя и близких родственников и право на услуги адвоката. Итоговый доклад комиссии может содержать предложения по принятию нормативных актов, направленных на устранение причин и последствий расследуемых событий, по совершенствованию деятельности органов власти различного уровня, об освобождении от должности виновных лиц (хотя и только определенного служебного уровня).

В целом же проблема с Законом состоит в том, что он принят, по сути, одной партией, уверенной в сохранении собственной власти, не заинтересованной в общественном контроле, в результате чего данный инструмент общественного контроля полностью нивелирован.

Целью Закона провозглашена защита гарантированных Конституцией прав и свобод человека и гражданина. Казалось бы, комиссия могла бы создаваться для расследования наиболее важных для общества обстоятельств, например, для расследования нарушений, зафиксированных в ходе избирательной кампании по выборам Думы (декабрь 2011 года) и президента (март 2012 года). Но это не так. Пункт 5 статьи 9 Закона не позволяет инициировать расследование и создавать комиссии в течение последних 6 месяцев полномочий президента.

Предмет парламентского расследования сформулирован чрезмерно узко (ст. 4 Закона). Ограничения по предмету ставят вне контроля любые события, имевшие место в стране до 2006 года, а также деятельность президента, суда, органов дознания и предварительного следствия (независимо от того, что может пониматься под термином «деятельность»). Факты и обстоятельства, установленные вступившим в силу решением (приговором) суда по уголовным, гражданским и административным делам, комиссиями не могут даже «ставиться под сомнение».

Законом предусматривается чрезмерно сложный бюрократический процесс создания, функционирования комиссий и реализации их положений.

Для возбуждения парламентского расследования (создания комиссии) требуется инициатива 1/5 членов Совета Федерации или 1/5 депутатов Думы, или инициатива уполномоченного по правам человека. Дальнейшая судьба этой инициативы зависит от принятия постановления большинством соответствующей палаты. После чего постановление рассматривается другой палатой, которая большинством принимает собственное постановление. Такая процедура при имеющейся ситуации фактически является близкой к запретительной.

Состав комиссии и ее рабочих групп формируется из равного числа представителей обеих палат с двумя сопредседателями с равными правами. Аппарат формируется из штатных работников аппаратов палат. Решения по итоговому докладу принимаются квалифицированным большинством голосов в 2/3 общего числа членов комиссии. Утвержденный комиссией итоговый доклад требует последующего раздельного утверждения большинством обеих палат. Конечно же, такой порядок лишает комиссию независимости и позволяет свести на нет результаты любого расследования.

Деятельность на основе принципа коллегиальности и принятия решений большинством позволяют одной партии, имеющей

большинство в палатах, манипулировать процессом по своему усмотрению.

Перечисленные обстоятельства во многом предопределяют то, что Закон в нынешней редакции является мертвым, и разумно ожидаемая практика его применения до настоящего времени отсутствует. Конечно же для того, чтобы быть эффективным, данный Закон должен быть пересмотрен.

Основываясь на зарубежном и собственном опыте, было бы разумно учесть следующие соображения:

1. Предмет расследования. Комиссии — это важная форма публичного контроля над властью, всеми ее ветвями, всеми без исключения лицами, наделенными властными полномочиями, которая должна работать даже тогда, когда другие формы контроля неэффективны, нерезультативны, являются объектом манипуляций. По этой причине предмет деятельности Комиссий должен быть определен в законодательстве максимально широко. Критерием выбора направления деятельности конкретной Комиссии должна быть общественная значимость события, признаком которого является общественный резонанс. Предметом расследования Комиссии, как свидетельствует история, может быть деятельность президента, других государственных чиновников, деятельность судебной власти и конкретных судей, полиции, органов государственной безопасности, партий, депутатов, без неразумных исключений по характеру вопросов или по «исключительной» компетенции каких-либо органов, кроме того, что очевидно составляет государственную тайну. Впрочем, и сам вопрос о правомерности отнесения того или иного предмета к государственной тайне не может исключаться из предмета расследования Комиссии. Фитцджеральд предупреждает: «В отсутствие информации, в атмосфере секретности или неадекватной информации расцветает коррупция, там, где существует закрытость, всегда оказываются люди, готовые манипулировать ею».

2. Создание Комиссии. Для создания Комиссии должно быть достаточно резонансных публикаций в средствах массовой информации и инициативы, например, не менее чем двух фракций партий, представленных в Государственной думе или одной трети членов Совета Федерации. Решение о создании Комиссии должно приниматься Думой, как палатой избранных представителей, в максимально короткие сроки, при необходимости оно должно содержать указание на сроки для последующего утверждения

требуемых дополнительного бюджета и мандата Комиссии. Наряду с Думой правомочия по созданию собственных Комиссий разумно предоставить также Уполномоченному по правам человека. После принятия решения о создании Комиссия должна быть независимой от парламента или иного инициатора ее создания, от представителей каких-либо государственных органов и должностных лиц, и суда. Вмешательство, мониторинг, попытки каким-либо образом ограничить предмет деятельности или иным образом повлиять на деятельность Комиссии, определенную мандатом, должны быть признаны уголовно наказуемым деянием и показательно наказываться.

3. Руководитель Комиссии. Чрезвычайно важно, чтобы руководство деятельностью Комиссии, равно как и расследование Комиссии, осуществлялись беспристрастно и компетентно. Ключевой фигурой является руководитель (комиссар), профессионализм и беспристрастность которого определяют доверие к результатам расследования. Руководитель — не почетный председатель и не менеджер с опытом руководящей работы. Хотя эти качества тоже важны, руководитель Комиссии прежде всего — это способный к самостоятельной деятельности профессионал, на котором лежит основная тяжесть организации и проведения расследования. В этой связи руководитель должен определяться единогласным решением беспристрастных выборщиков, например, по одному от каждой думской партии. В отсутствие единогласия выборщиков, руководитель может быть выбран, например, общественной организацией, определяемой по единогласному решению выборщиков. Наилучшим руководителем для большинства случаев является судья, прокурор или адвокат в отставке, не вовлеченный в партийную деятельность, пользующийся авторитетом, хороший специалист, имеющий репутацию честного человека.

4. Состав Комиссии. Состав Комиссии должен формироваться ее руководителем по его собственному усмотрению, с учетом предмета расследования. Во всех случаях в состав комиссии должны входить секретарь и бухгалтер. По запросу руководителя Комиссии должны быть приданы требуемые специалисты и персонал. Во всех случаях решение о приглашении к участию в работе Комиссии конкретных специалистов, включая зарубежных, принимается только руководителем. В качестве персонала могут привлекаться прикомандированные штатные работники правоохранительных органов, в том числе полицейские, налоговые и банковские служащие, аудиторы и другие состоящие на государственной

службе специалисты, численность которых должна быть достаточной для выполнения задач Комиссии. Весь персонал, собственный и прикомандированный, должен подчиняться исключительно руководителю Комиссии. Отношения подчинения не могут распространяться на сферу независимой оценки специалистами предмета расследования, и многообразие мнений специалистов в части юридической или иной квалификации событий не исключается, в особенности когда предметом расследования являются обстоятельства судебных или следственных дел, что больше подходит для комиссий, назначаемых уполномоченным по правам человека.

5. Сроки. Никаких ограничений сроков расследования Комиссии законодательство не должно устанавливать, за исключением максимальной продолжительности первоначального срока и определяемых в последующем — при наличии объективных оснований — конкретных сроков его возможного продления (которые могут быть ограничены, например, одним годом). Расследование осуществляется в общественных интересах, по общественно значимым вопросам, по этой причине никакие ограничения для принятия решения о назначении расследования, срок которого завершается по истечении сроков полномочий парламента, устанавливаться не должны. Никакие сроки давности расследуемых событий не могут препятствовать назначению и проведению расследования Комиссией. Истечение срока деятельности Комиссии не должно влиять на реализацию ее рекомендаций.

6. Мандат и статус Комиссии. Мандат Комиссии (предмет и срок деятельности) и ее бюджет определяются Думой. В остальном Комиссия связана только законом. Руководителю Комиссии должно быть предоставлено право лично определять порядок работы и структуру бюджета, необходимых для деятельности Комиссии, — конкретизировать содержание и способы расследования, численный состав Комиссии, цели и суммы расходуемых бюджетных средств, информацию о деятельности комиссии, подлежащую опубликованию через СМИ и т.д. В случае необходимости дополнительный мандат утверждается Думой в возможно краткие сроки. Органы государственной власти, муниципальных образований, общественные организации и должностные лица обязаны предоставлять руководителю Комиссии требуемые им документы и (или) информацию с подтверждением их подлинности, и без неоправданной задержки. Персональную должностную ответственность за достоверность представляемой в Комиссию информации несет соответствующий руководитель запрашиваемого

учреждения. Любое лицо обязано явиться по вызову в согласованное с руководителем Комиссии время и дать правдивые показания; при неявке и уклонении от явки, оно может быть подвергнуто при воду, а в случае дачи ложных показаний — привлечено к уголовной ответственности. Лицо вправе давать показания в присутствии своего адвоката. Лицо вправе заявить об отказе от дачи показаний против себя самого или своих близких только в связи с защитой от возможного уголовного преследования. Соответствующие положения должны быть закреплены специально или путем отсылок к действующим нормам Уголовно-процессуального кодекса.

7. Иммунитет свидетеля. Комиссия должна иметь полномочия по обеспечению защиты и поощрению добровольных информаторов, что требует принятия специального закона — Закона «О защите информаторов». Данный закон должен защищать тех информаторов, которые, находясь внутри дефектно функционирующей системы, не могут с ней мириться, знают детально о причинах недостатков, о нарушениях закона, о главных действующих лицах-нарушителях, и готовы к активному сотрудничеству с независимым расследованием, могут пострадать или страдают в связи с этим и нуждаются в особой защите и поощрении. Опыт действия таких законов имеется за рубежом.

8. Гласность. Гласность и открытость являются непременными атрибутами деятельности Комиссии. Открытой является информация о предмете деятельности, мандате Комиссии, о бюджете и вознаграждении, выплачиваемом за работу в составе Комиссии. Кроме того, открытой может быть сделана по решению руководителя любая информация о ходе работы Комиссии. Руководитель обязан информировать общественность о фактах воспрепятствования деятельности Комиссии в любом виде, не реже раза в месяц публиковать (иным образом обнародовать) промежуточные отчеты о деятельности и опубликовать в полном виде окончательные результаты работы Комиссии — отчет и рекомендации. Освещение деятельности Комиссии средствами массовой информации обязаны делать сообщения о ее деятельности достоянием гласности бесплатно, без каких-либо перлюстраций, редакционных правок и сокращений. Такие сообщения должны публиковаться определенными для этого средствами массовой информации немедленно после их получения на первой странице в колонке «Публичные расследования», в случае показа по телевидению — в каждом новостном выпуске в день предоставления информации, за исключением, возможно, дней молчания, предшествующих выборам.

9. Бюджет. Деятельность Комиссии финансируется из средств государственного бюджета. В составе бюджета для этого должна предусматриваться отдельная строка расходов. Средства, не использованные по данной строке в текущем бюджетном периоде, переносятся на следующий бюджетный период. Экономия средств приветствуется, но не является самоцелью. Ответственность за использование бюджетных средств по назначению несет Руководитель. Бюджет должен учитывать средства, необходимые для финансирования деятельности Комиссии на весь срок ее деятельности.

10. Результат и реализация. Результатом деятельности Комиссии являются ее отчет и рекомендации по устранению недостатков, публичное рассмотрение которых должно быть закреплено законом как юридическая обязанность парламента. Парламент обязан предпринять меры по реализации рекомендаций Комиссии, в том числе в случае необходимости — путем принятия соответствующих законов. Комиссия в своем отчете может подтвердить наличие или отсутствие того или иного факта, события или явления; выявить его причины, а также предложить, по возможности, конкретные превентивные меры, меры по исправлению ситуации или меры по нивелированию негативных последствий. Комиссия не имеет целью установление и наказание виновных, однако в случае выявления нарушений законодательства, а также лиц, прямо или косвенно причастных к нарушениям законодательства, в отчете Комиссии в обязательном порядке должна содержаться соответствующая информация.

Данный комментарий не претендует на исчерпывающий анализ предмета, а скорее содержит приглашение к дискуссии и краткую информацию о законодательстве и практике государств, где институты независимых прокуроров и парламентских расследований, иммунитета свидетеля активно используются и приносят положительные результаты. Каждый из них и все вместе взятые они представляют определенный интерес для изучения и заимствования. Для эффективного функционирования этих институтов важно иметь продуманное законодательство, правильно определяющее предмет, процедуры и механизм реализации, исключающие любое манипулирование.

ГЛАВА 21

ВОЗВРАЩЕНИЕ СУДА

Л.В. Никитинский, президент Гильдии судебных репортеров, обозреватель «Новой газеты», кандидат юридических наук

Самым поразительным 4 декабря 2011 года, не считая, конечно, количества людей, вышедших на проспект Сахарова, было то, что эти люди заранее по интернету забронировали себе места в близлежащих кафе на время после окончания митинга. Сам мотив, заставивший этот класс синхронно выйти из «виртуальной реальности» в действительность, где он сразу занял свое место, состоял в возмущении оскорбительным нарушением правил: всего лишь подсчета голосов «в политике», от которой эти люди до сих пор были далеки.

Равно далеки были эти люди и от проблем прав человека, поскольку она не касалась их лично. До декабря прошлого года российское общество не воспринимало права человека как ценность, на что указывали социологические опросы. Сегодня большая часть россиян, голосующих за Путина, также показывает тем самым, что ценит безопасность и относительный достаток выше, чем достоинство отдельной личности. Однако после внезапной «материализации» интернет-класса ситуация изменилась, и тема прав человека, как и тема правил, вошли в актуальную повестку дня. Прежние правозащитники, начинавшие свою деятельность еще как советские диссиденты (например, Московская Хельсинская группа), безусловно, заслуживают уважения и осмысления их подвигов интернет-классом, но разговор с ним должен вестись на ином, современном языке, другими людьми, которые способны быть «переводчиками» и предлагать не только критику действующего режима.

Новому классу, который пришел из интернета и сам воспитал себя в нем, присуще внутреннее ощущение необходимости правил, с их незыблемостью и равенством для всех. Существующие правила, постоянно нарушаемые более сильными (богатыми, «блатными» и т.д.) в отсутствие беспристрастного наблюдателя за их неуклонным применением, то есть суда, свое значение утрачивают и таковыми уже не являются. Всеми разделяется мысль о том, что необходим независимый суд, однако в парадигму прежней правозащитной «тусовки» сама возможность полноценного суда в России, видимо, просто не укладывается. Такое неверие в суд до сих

пор разделяется прогрессивными журналистами и политической оппозицией в целом, однако ничего, что могло бы заменить механизм суда, в истории не придумано.

После выборов (итог которых прогнозируем¹ и снова приведет к власти создателя этой системы, подмявшей суды) для «проснувшегося к политике» интернет-класса именно эта тема «негативного отбора», в том числе с использованием суда в качестве дубинки, станет одним из главных трендов интереса и обсуждения в сетях. Но здесь опять «суд» будет выступать как антиценность, а не как необходимый механизм социальной жизни и справедливости. Этому будет способствовать и бессилие суда признать очевидные фальсификации на выборах.

Тот факт, что лозунг «возвращения» суда все еще не артикулирован движением нового класса, объясним только тем, что суд в его нынешнем виде настолько утратил в глазах этого «думающего класса» качество независимости, что он уже не может рассматриваться как субъект, к которому в принципе можно апеллировать. Для этих людей, имеющих опыт самостоятельности, ответственности, признающих не только свою победу в честном соревновании, слишком очевидно, что как раз наиболее ярким и успешным «по правилам» (например, Ходорковскому и его «аналогам» в регионах) действующие суды не только «не присуждают победу», но, напротив, становятся (в самой видимой части картины) главным орудием несправедливых репрессий против них.

Новому классу неизвестна практика справедливого государственного правосудия, зато в горизонтальных социальных сетях он уже овладел практикой саморегулирования, выдвижения собственных арбитров и «судебных приставов» (модераторов), то есть идея суда ему не только не чужда, но органически присуща.

Если говорить о росте общественного сознания, приведшего к изменению ситуации в стране в целом, то раньше, чем осмысление идей правил и справедливости заработало «в толще» среднего класса, этот процесс начался в узкой (ее постарались сузить силовики и примкнувшие к ним судьи) прослойке присяжных по конкретным судебным делам (чаще с хозяйственным, коррупционным и «мэрским» уклоном). В «клубе присяжных», который был создан около пяти лет назад, ведущую роль играют увлекшиеся этими идеями представители интеллигенции, среднего бизнеса и интернета. Они не отказались от участия в суде присяжных из

¹ Текст главы был написан до президентских выборов 2012 года. — *Прим. ред.*

социального любопытства, совмещали длительную порой работу в коллегиях с работой в собственном бизнесе и сделали очень точные выводы о состоянии правосудия, о его как действительной, так и необходимой роли.

Важнейшей политической задачей является выдвижение лозунга «мы все присяжные» в том более широком смысле, что в отсутствие возможности немедленно заменить всех судей другими (а какими и где их взять?) только общество и общественный контроль могут вылечить судебную систему, а с ней и «политику». Требование суда — это необходимое условие (по Марксу) превращения нового «класса в себе» в «класс для себя»¹.

В настоящее время системный общественный контроль за правосудием отсутствует даже в тех формах, в которых он прямо предусмотрен законом: правдами и неправдами сужается компетенция и ограничивается роль присяжных, представители общественности в квалификационных коллегиях судей (важная точка формирования судейского корпуса, а также управления им) заменены «симулякрами». Иных прямо предусмотренным законом форм общественного контроля за правосудием нет, хотя закон не препятствует их созданию. «Правосудие — слишком серьезное дело, чтобы поручать его только судьям (юристам)» — этот парофраз принадлежит С.А. Пашину, изгнанному из судей за стремление быть подлинно независимым судьей.

Сейчас, с учетом «просыпания» интернет-класса, эти лозунги будут им востребованы. До этого в течение уже примерно пяти лет мы настойчиво, последовательно, не встречая, как правило, понимания со стороны бизнеса, и на собственный страх и риск готовились к этой «встрече» с теми, кому это будет нужно.

Существует (значительно упрощая) две концепции суда, которые противоречат одна другой, но обе являются вместе с тем точными для описания определенных периодов в истории. В парадигме современной европейской демократии (которую в судебном аспекте дальше всех продвинули судьи США) суд понимается как орудие разрешения сложных социальных конфликтов, альтернатива «войне всех против всех» (Гоббс²). В России же суд традиционно воспринимается (большой вклад в это внесли большевики,

¹ Маркс К. Нищета философии // Маркс К. и Энгельс Ф. Сочинения. 2-е изд. Т. 4. М., 1955. С. 183.

² Гоббс Т. Левиафан, или Материя, форма и власть государства церковного и гражданского // Гоббс Т. Сочинения: В 2 т. Т. 2. М.: Мысль, 1991. С. 95

но так было и до них, это описано в русской классике) «по Марксу» как «орудие правящего класса», часть чужого человеку государства, вообще «орудие», даже «оружие», «карающий меч» и т.д.

Из российских правителей роли независимого суда не понимал никто, кроме Александра II, который включил судебную реформу и суд присяжных в «пакет» преобразований наряду с освобождением крестьянства. Горбачев был близок к такому пониманию, но не решился включить независимый суд в «пакет» перестройки, а пытался сохранить его в качестве «орудия партии», что и стало одной из главных причин быстрой реставрации «феодально-ордынского» строя в России. Медведев, возможно, это понимал, но отнять суд у «силовиков» у него не хватило решительности и сил.

Для сегодняшней России, с одной стороны, более адекватен взгляд на суд именно как на орудие в руках «силовиков». Сегодняшний «ордынно-ментовской» строй не дает шансов говорить с господствующим классом («ментов» и приспособившихся к ним «олигархов») на языке «прав человека» и вообще права. Этот язык «силовики» понимают лишь в той мере, в которой чувствуют свою зависимость от западной цивилизации, то есть на это чисто внешне реагирует Путин, но даже на следующем уровне: для губернаторов, а тем более ФСБ и «ментов», которые держат в кулаке местную элиту, «права человека» — пустой звук. Они мыслят в логике «понятий», а не легальных правил, сбора дани с «населения» и отъема собственности друг у друга. Суд в этой парадигме — лишь одно из возможных средств насилия (наряду с ОМОНом, ЧОПами и бандитами).

С другой стороны, вышедший «в реал» интернет-класс уже в самом интернете прошел соответствующую стадию «войны всех против всех» и выработал понимание суда как в первую очередь средства мирного регулирования споров с применением принуждения без избыточного насилия и лишь в необходимых случаях.

Идею суда как мира мы продвигаем давно и в упорной борьбе как с самими судьями (не говоря уж о «силовиках», с которыми этот разговор вообще бесперспективен), так и с настроенными отнюдь не «мирно» правозащитниками советского типа. С самого начала, с первой организованной в 2010 году встречи членов Совета судей с лидерами НКО мы откровенно говорили о том, что наша цель — это борьба за суд и «перетягивание каната»: «менты» (силовики) борются за свой суд, а мы за свой, и это совершенно разные вещи. При этом часть продвинутых судей воспринимают идею «суд это мир», хотя она, конечно, входит в когнитивный диссонанс с выполнением ими требований системы.

Суд должен принадлежать не «вертикали», а горизонтали, это должен быть в первую очередь «суд равных» (лозунг английской революции XVII века, приведшей к созданию суда присяжных в современном виде), что может быть обеспечено только постоянным и неусыпным контролем настоящего гражданского общества (а не его эрзацев) за судебной деятельностью и кадровой политикой формирования судейского корпуса.

В противном случае нас ждет революция: она и есть захват справедливости в обход всех правил, если нет механизма достижения справедливости по правилам. Если суды не перейдут на сторону продвинутых россиян, то победит «Манежная площадь» со всеми вытекающими отсюда последствиями и восторжествует «суд Линча».

Состояние правосудия — это проблема общества, а вовсе не только судей. Эта мысль, с одной стороны, определяла смысл всех наших программ с самого начала, но лишь через череду проб и ошибок мы пришли к пониманию того, что судьи и юристы — не исключительная и даже не главная часть той аудитории, в которой необходимо обсуждать проблемы правосудия.

К сожалению, для юридической аудитории «юриспруденция», которую здесь склонны объявлять никому, кроме них самих, не доступным «биномом Ньютона», превратилась в раковину, куда юристы прячутся от решения назревших проблем. Точно так же абсурдные по здравому смыслу судебные решения умело обосновываются десятками томов ничего не доказывающих «доказательств», лишь бы уклониться и не сделать выводов, диктуемых не «юриспруденцией», а правом (Конституцией в том числе).

Важный вывод из этой констатации состоит в том, что вовсе не судьи, а «присяжные» в широком смысле («мы все — присяжные»), то есть лидеры общественных организаций и эксперты, представляющие институциональную экономику, философию и историю, фундаментальное правоведение, бизнес, а также культуру, должны стать хозяевами той общественной площадки, к созданию которой подводит логика жизни и которая становится особенно востребованной в свете актуализации «интернет-класса». Судьи и «государственные юристы» (объединившиеся в официозные «ассоциации юристов») должны быть корректно поставлены в известность о том, что такая площадка создана и им также будут всякий раз направляться приглашения к дискуссиям, на которых будут обсуждаться проблемы суда и судебной реформы, но эти проблемы будут обсуждаться здесь независимо от их участия или неучастия.

ПРИЛОЖЕНИЕ Е

Бюро по демократическим
институтам
и правам человека

Исследовательская группа «Минерва»
по вопросам независимости судей
Институт Макса Планка

РЕКОМЕНДАЦИИ КИЕВСКОЙ КОНФЕРЕНЦИИ ПО ВОПРОСАМ НЕЗАВИСИМОСТИ СУДЕБНОЙ ВЛАСТИ В СТРАНАХ ВОСТОЧНОЙ ЕВРОПЫ, ЮЖНОГО КАВКАЗА И ЦЕНТРАЛЬНОЙ АЗИИ

(Судебное управление, отбор и подотчетность судей)
23—25 июня 2010 года

Независимость судебной власти является базовым элементом права на справедливое судебное разбирательство, верховенства права и демократии. В рамках поддержки усилий стран Восточной Европы, Южного Кавказа и Центральной Азии в укреплении независимости судебной власти на основе данных принципов, Бюро по демократическим институтам и правам человека (БДИПЧ) ОБСЕ совместно с Институтом сравнительного публичного права и международного права Макса Планка (ИМП) организовали и провели региональное совещание экспертов по вопросам независимости судебной власти. В работе прошедшего в Киеве совещания приняло участие около 40 независимых экспертов, среди которых были выдающиеся ученые и практикующие специалисты из 19 государств — участников ОБСЕ, а также из Совета Европы и Венецианской комиссии.

По итогам детального изучения правовых систем и практического опыта, связанного с вопросами независимости судебной власти, БДИПЧ и ИМП выбрали три темы, которые имеют особое значение в данном контексте: (1) Вопросы судебного управления, в особенности советы судей, органы судебского самоуправления и роль председателей; (2) Отбор судей — критерии и процедуры; и (3) Подотчетность судей и независимость при вынесении судебного решения. Совещание завершилось принятием пакета рекомендаций, который, безусловно, не является всеобъемлющим. Ниже прилагается текст Киевских рекомендаций по независимости судебной власти в странах Восточной Европы, Южного

Кавказа и Центральной Азии. Задачей данных рекомендаций является дальнейшее укрепление независимости судебной власти в регионе, в особенности, по трем указанным выше выбранным аспектам.

Государствам-участникам предлагается дать свою оценку идеям, содержащимся в Киевских рекомендациях, выявить те области, где текущее положение соответствует выработанным рекомендациям, и поделиться с БДИПЧ соответствующей информацией. БДИПЧ будет соответственно координировать обмен экспертным опытом и предоставит техническую помощь тем государствам-участникам, которые выскажут свой интерес в дальнейшем укреплении независимости судебной власти путем практической реализации предложений и мер, содержащихся в Киевских рекомендациях.

Часть I – СУДЕБНОЕ УПРАВЛЕНИЕ

1. Управление судами и судейским сообществом должно способствовать повышению независимости и беспристрастности судопроизводства в рамках права на справедливое судебное разбирательство и принципа верховенства права. Судебное управление не должно использоваться для оказания влияния на содержание и процедуры вынесения судебного решения. Процедуры, связанные с судебным управлением, должны быть прозрачны.

Судебные советы, квалификационные комиссии и органы самоуправления

Разделение полномочий при судебном управлении

2. Судебные советы являются органами, наделенными полномочиями для решения конкретных задач в сфере судебного управления для обеспечения независимости судебной власти. Для предотвращения чрезмерной концентрации полномочий в руках одного судейского органа, а также во избежание создания видимости корпоративизма, рекомендуется провести разграничение между различными полномочиями, в том числе по вопросам отбора (см. пункты 3–4, 8), продвижения по службе и обучения судей, мерам дисциплинарного воздействия (см. пункты 5, 9, 14, 25–26), оценки профессиональной деятельности (см. пункты 27–28) и вопросам бюджета (см. пункт 6). Одним из вариантов является создание

нескольких независимых органов, ответственных за конкретные вопросы судебного управления, которые не находились бы под контролем одного института или уполномоченной структуры. Состав данных органов должен отражать поставленные перед ними цели. Работа таких органов должна быть описана на уровне закона, а не в актах исполнительной власти.

Отбор судей

3. В случае отсутствия отдельного органа, занимающегося данным вопросом, необходимо создать независимую экспертную комиссию для проведения письменного и устного экзамена в процессе отбора судей (см. также пункт 8). В данном случае полномочия судебного совета должны быть ограничены и сведены к контролю за правильным соблюдением процедур, а также либо к назначению кандидатов, отобранных комиссией, либо к их рекомендации органу, в полномочия которого входит назначение судей (*по процедуре отбора см. пункты 21–23*).

4. В ином случае, судебные советы или квалификационные комиссии могут быть непосредственно ответственны за отбор и подготовку судей. В таком случае крайне важно, чтобы данные органы не находились под контролем исполнительной власти и функционировали независимо от местных органов власти (*по вопросу состава см. пункт 8*).

Меры дисциплинарного воздействия

5. Для того чтобы избежать обвинений в корпоративизме и гарантировать справедливое дисциплинарное разбирательство, судебные советы не должны одновременно выполнять функции а) по получению дисциплинарных жалоб и проведению дисциплинарных исследований и в то же время б) рассматривать данные дела и выносить по ним решения о применении мер дисциплинарного воздействия. Должна существовать возможность обжалования дисциплинарных решений в соответствующем суде (см. пункты 9, 14, 25–26).

Вопросы бюджета

6. Вне зависимости от имеющихся обязательств правительства в отношении предложений по бюджету судебной системы и полномочиям парламента по принятию бюджета рекомендуется, чтобы

орган, представляющий интересы судебной власти, например судебный совет, представлял правительству информацию о бюджетных требованиях системы правосудия, что способствовало бы принятию информированного решения. Этот орган также должен иметь возможность выступать перед парламентом в ходе обсуждения бюджета. Судебные советы могут также играть роль в ходе распределения бюджетных средств внутри судебной системы.

Состав судебных советов

7. Судьи, избираемые в действующие судебные советы, должны выбираться своими коллегами и представлять весь судейский корпус, включая представителей судов низшей инстанции. Судьи из судов апелляционной и высшей инстанций не должны доминировать в судебных советах. В случаях когда председатель суда назначается в судебный совет, ему следует уйти с должности председателя суда. Помимо значительного числа представителей судейского сообщества, избираемых самими судьями, в состав советов могут входить преподаватели права и, желательно, представители адвокатуры, для продвижения принципов прозрачности и широкого представительства. Прокуроры не должны входить в состав таких советов, если они не принадлежат к тому же юридическому сословию, что и судьи. Другие представители правоохранительной системы также не должны входить в состав таких советов. Ни представитель президента, ни представитель министерства юстиции не должны председательствовать в совете. Главу совета следует избирать большинством голосов из числа его членов. В работе судебного совета не должны преобладать представители исполнительной и законодательной власти.

Состав органов, ответственных за отбор судей

8. Члены специальных комиссий отвечающих за отбор судей (см. пункт 3) должны назначаться судебным советом из числа представителей юридической профессии, в том числе судей. В тех случаях, когда судебные советы, квалификационные комиссии и коллегии непосредственно отвечают за отбор судей (см. пункт 4), их члены должны назначаться на определенный срок. Помимо значительного количества судей в составе такой отборочной комиссии желательно включать в нее представителей других профессиональных групп (преподавателей права, адвокатов), с учетом

соответствующей правовой культуры и имеющегося опыта. Состав таких советов должен гарантировать, что политические соображения не будут преобладать над профессиональными знаниями и квалификацией кандидатов на должности судьи (см. пункт 21).

Состав дисциплинарных комиссий

9. Органы, ответственные за слушания дисциплинарных дел и вынесения по ним решений (см. пункт 5б), должны состоять не только из судей и включать представителей, не связанных с судебским корпусом. Судьи-члены таких комиссий во время своего членства в комиссиях не должны выполнять другие функции в отношении иных судей или судебского сообщества, в том числе связанные с администрированием, бюджетом или отбором судей. Органы, занимающиеся вопросами судебной дисциплины, не должны контролироваться исполнительной властью, и на их работу не должно оказываться никакого политического воздействия. Следует избегать любого контроля исполнительной власти над судебными советами или иными органами, уполномоченными решать дисциплинарные вопросы (см. пункты 5, 25–26).

Прозрачность судебного управления

10. Судебный совет должен регулярно собираться для выполнения своих задач. Доступ общественности к заседаниям судебного совета и публикация их решений должны быть гарантированы законом и соблюдаться на практике.

Роль председателей судов

11. Роль председателей судов должна быть строго ограничена следующим образом: они могут выполнять судебные полномочия только в том же объеме, что и рядовые судьи. Председатели судов не должны вмешиваться в процесс принятия судебных решений другими судьями и не должны участвовать в процедурах отбора судей. Также они не должны иметь полномочий в вопросах определения размера зарплаты и вознаграждения судей (см. пункт 13 по вопросам премий и привилегий). У председателей судов могут быть представительские и административные функции, включая контроль за несудебным персоналом судов. Осуществление управленческих функций требует обучения в сфере управления. Председатели судов не

должны злоупотреблять своими полномочиями при распределении помещений и других ресурсов суда для оказания влияния на судей.

Распределение дел

12. Административные решения, которые могут иметь влияние на содержательную сторону судопроизводства, не должны находиться в исключительной компетенции председателя суда. Одним из таких примеров является распределение дел, которое должно проходить либо по жребию, либо по заранее определенным правилам с понятными и объективными критериями, установленными на заседании с участием самих судей. После принятия такой процедуры распределения дел в нее не должно быть произвольных вмешательств.

Индивидуальные льготы, премии и привилегии

13. В долгосрочной перспективе, льготы, премии и привилегии должны быть отменены, и зарплаты судей должны быть подняты до уровня, необходимого для обеспечения судьям нормального уровня жизни и адекватно отражающего уровень ответственности их профессии. До тех пор пока льготы и привилегии сохраняются, они должны распределяться на основе предварительно установленных критериев в соответствии с прозрачной процедурой. У председателей судов не должно быть полномочий по данным вопросам.

*Ограничение роли председателя судов
в дисциплинарных вопросах*

14. Председатели судов могут подавать жалобы в орган, уполномоченный принимать подобные жалобы и осуществлять дисциплинарные расследования (см. пункт 5а). Для обеспечения независимого и объективного рассмотрения жалоб у председателей судов не должно быть полномочий по возбуждению дисциплинарного производства или принятия дисциплинарных мер воздействия.

Ограничение срока полномочий

15. Председатели судов должны назначаться на определенный срок с возможностью продления их полномочий не более одного раза. В случае, если назначение производится исполнительной

властью, то срок полномочий должен быть кратким и без возможности повторного назначения.

*Прозрачная и независимая процедура отбора
председателей судов*

16. Процедура отбора председателей судов должна быть прозрачной. Объявления о вакансиях председателей судов должны быть опубликованы. Все судьи, имеющие соответствующий стаж и опыт, должны иметь возможность подать свои заявки. Компетентный орган по отбору может проводить собеседование с кандидатами. Одним из вариантов может быть избрание членами конкретного суда своего председателя. В случае назначения, осуществляемого исполнительной властью, у совещательного органа, например судебного совета или квалификационной комиссии (см. пункт 4), должны быть полномочия делать рекомендации с учетом мнения самих судей, и эти рекомендации могут быть отклонены исполнительной властью только посредством мотивированного решения. В таком случае у совещательного органа должна быть возможность предложить иного кандидата. Помимо этого для защиты от излишнего влияния исполнительной власти, совещательный орган должен иметь возможность преодолеть вето исполнительной власти квалифицированным большинством голосов своих членов.

Часть II – Отбор и подготовка судей

Широкий доступ к судейской профессии

17. Доступ к судейской профессии должен быть предоставлен не только молодым юристам, прошедшим специальную подготовку, но и юристам, обладающим значительным опытом работы (находящимся на середине своей карьеры). Уровень опыта в юридической профессии, который бы позволил кандидатам претендовать на судейскую должность, должен быть установлен после тщательной оценки.

Улучшение юридического образования

18. Доступ к судейской профессии должны иметь только лица с высшим юридическим образованием. В рамках университетской программы следует уделять больше внимания развитию аналити-

ческих навыков. Такие методы обучения, как анализ конкретных дел, практические занятия, юридические клиники и учебные суды, должны быть включены в учебную программу. Государственные и частные вузы должны обеспечивать одинаковый уровень образования, в том числе при помощи дистанционного обучения. Независимые внешние оценки учебных программ университетов могут способствовать их улучшению.

Улучшение специальной подготовки судей

19. В тех случаях, когда учебные заведения для судей является частью процедуры отбора судей, такие учебные заведения должны быть независимы от исполнительной власти. Программа обучения должна фокусироваться на том, что является особо востребованным в работе судьи, и дополнять университетское образование. Обучение должно включать в себя курсы по этике, навыкам общения и разрешения споров, управления и юридического письма. Судейские советы, где они существуют, могут принимать рекомендации по вопросам подготовки судей. В эти рекомендации может входить перечисление необходимых навыков и предложения по повышению квалификации судей.

20. Специальная подготовка, упомянутая в п. 19, должна быть также предоставлена представителям других юридических профессий, которые вступают в ряды судейского сообщества.

Процедуры отбора

21. Для обеспечения прозрачности в процедуре отбора судей, сама процедура и критерии отбора должны быть четко изложены в законе. Объявления об имеющихся вакансиях, а также дополнительные условия и требования должны быть опубликованы и широко распространены. Список кандидатов (или хотя бы список прошедших предварительный отбор) должен быть публично доступен. Комиссия, отвечающая за набор судей, должна быть независимым, представительным органом, ответственным перед обществом (см. *пункты 3–4*). Комиссии следует проводить собеседования хотя бы с кандидатами, достигшими последнего раунда таким образом, чтобы как тема собеседования, так и его роль в процедуре отбора были бы предопределены заранее.

22. Если процедура предусматривает проверку прошлого кандидата, такие проверки должны проводиться с максимальной

осторожностью и только на основе верховенства права. Комиссия, ответственная за набор судей, может обратиться к полиции с просьбой предоставления данных об отсутствии судимостей и криминального прошлого или иных дисквалифицирующих обстоятельств. Результаты этого запроса должны быть доступны кандидату, который должен иметь право обжаловать их в суде. Никакие иные проверки не должны проводиться какими-либо органами безопасности. Решение об отклонении кандидатуры на основе данных проверки прошлого кандидата должно быть мотивировано.

23. В случаях когда непосредственное назначение судьи находится в полномочиях президента государства, пределы его усмотрения должны быть сведены к кандидатурам, предложенным соответствующим органом (судебным советом, квалификационной или экспертной комиссий; см. пункты 3—4). Отказ назначить такого кандидата по процедурным основаниям должен быть мотивирован. В этом случае отборочный орган должен повторно рассмотреть свое решение. Одним из вариантов является предоставление отборочной комиссии права преодолеть президентское вето квалифицированным большинством голосов. Все решения должны приниматься в краткие сроки, установленные законом.

Представительство меньшинств в судейском сообществе

24. В целом представляется желательным, чтобы состав судейского сообщества отражал состав общества в целом. Для повышения представительства меньшинств в судейском сообществе следует поддерживать представителей недостаточно представленных групп в их стремлении к приобретению квалификации судей. Никто не должен быть лишен таких возможностей из-за принадлежности к определенному меньшинству.

Часть III — Подотчетность судей и независимость при вынесении судебного решения

Дисциплинарное производство

25. Дисциплинарные производства против судей должны касаться случаев грубого и непростительного непрофессионального поведения, которые наносят вред репутации всего судейского сообщества. Дисциплинарная ответственность не должна распространяться на содержание решений или вердиктов, в том числе в случаях

расхождения юридических толкований между судами, а также на случаи судебных ошибок или критику судебной системы.

Независимый орган по дисциплинарным вопросам

26. Необходимо, чтобы был создан специальный независимый орган (суд, комиссия или совет) для рассмотрения дисциплинарных дел в отношении судей (см. пункт 9). Те органы, которые рассматривают дисциплинарные дела, не должны иметь полномочий по их возбуждению, а также иметь в своем составе членов, у которых есть такие полномочия. Данные органы должны предоставить судье, в отношении которого ведется производство, необходимые процессуальные гарантии, включая право на защиту и право на обжалование в компетентный суд. Вся дисциплинарная процедура должна быть полностью прозрачной. Слушания по дисциплинарным вопросам должны быть открытыми, если только судья, в отношении которого ведется данная процедура, не потребует закрытого слушания. В таком случае у суда есть полномочия решить, является ли данное требование обоснованным. Решения по дисциплинарным вопросам должны быть мотивированными. Окончательные решения по дисциплинарным вопросам должны быть опубликованы.

Профессиональная оценка судей

27. В случаях проведения оценки профессиональной деятельности судей, такая проверка не должна вредить независимости при вынесении судебных решений. Оценка работы судьи должна прежде всего базироваться на качественных показателях и концентрироваться на его навыках, включая профессиональную компетенцию (знание закона, умение вести судебный процесс, способность написания обоснованных решений), личную компетенцию (способность справляться с нагрузкой и принимать решения, открытость к новым технологиям), общественную компетенцию (навыки по ведению переговоров и примирению сторон, уважение к сторонам) и, для возможного назначения на административные должности, лидерских навыках. Эти же навыки следует развивать в рамках программ подготовки судей, а также непосредственно в ходе работы в суде.

28. Ни при каких обстоятельствах не следует оценивать судей по содержанию их решений или вердиктов (как напрямую, так

и через статистику по отмене их решений вышестоящей инстанцией). То, как судья решает дело, никогда не должно быть поводом для наказания. Статистика по эффективности судебной деятельности должна использоваться в основном для административных целей и служить лишь одним из факторов оценки работы судей. Оценка работы судей может быть использована для того, чтобы помочь судьям выявить те аспекты их работы, которые они могут улучшить, и для дальнейшего продвижения по службе. Периодические экзамены или аттестация судей, которая может привести к их отстранению от должности или иным санкциям, неприемлемы для судей с пожизненным сроком полномочий.

29. Критерии профессиональной оценки должны быть четко сформулированы, прозрачны и унифицированы. Основные критерии должны быть указаны в законе. Точные критерии, используемые в регулярных оценках, должны быть изложены в подзаконных актах вместе с графиками и механизмами проведения подобных проверок.

Независимая оценка

30. Несмотря на то что судебные советы могут играть роль в определении критериев и процедур оценок профессиональной деятельности судей, такие оценки должны проводиться на местном уровне. Эти оценки должны проводиться, в основном, силами самих судей. Председатели судов не должны обладать исключительной компетенцией по вопросам оценки судей, и их роль должна дополняться группой судей из данного или иных судов. Данной группе также следует прислушиваться к мнению лиц, регулярно сталкивающихся с судьей (например, адвокатов) и преподавателей права, особенно по вопросам внимательного отношения к делу, уважения к сторонам и правилам процесса со стороны судьи.

31. Оценка должна включать изучение письменных решений судьи и наблюдение за тем, как данный судья проводит процессы. Оценка должна быть прозрачной. Судьи имеют право быть выслушанными и должны быть проинформированы о результатах оценки с возможностью их обжалования.

Профессиональная ответственность через прозрачность

32. Прозрачность должна быть нормой судопроизводства. Для подтверждения действий судьи в зале судебного заседания, а также

для точного воспроизведения хода процесса, слушания должны фиксироваться при помощи электронных средств записи, позволяющих их полное воспроизведение. Письменные протоколы и стенографические отчеты не являются достаточными средствами записи. Для улучшения профессиональной и общественной подотчетности судей, их решения должны быть опубликованы в базах данных или на интернет-сайтах таким образом, чтобы они были реально доступны для общественности на бесплатной основе. Решения должны быть проиндексированы в соответствии с предметом дела, затронутыми правовыми вопросами и именами вынесших решения судей. Решения дисциплинарных органов также должны быть опубликованы (см. также пункт 26).

33. В целях укрепления доверия общества к судам, власти должны поощрять доступ журналистов в суды и создавать должности пресс-секретарей судов. Для журналистов, посещающих судебные процессы, не должно быть барьеров или препятствий.

Независимость в принятии решений по уголовным делам

34. Следует исправлять обвинительный уклон, сложившийся в системах правосудия в странах Восточной Европы, Южного Кавказа и Центральной Азии, где оправдательные приговоры по-прежнему считаются негативным показателем или неудачей. Для уменьшения давления на судей по избежанию оправдательных приговоров настоятельно рекомендуется изменить систему их профессиональной оценки (а также, при необходимости, и систему профессиональной оценки прокуроров и следователей). Количество оправдательных приговоров никогда не должно быть критерием при оценке работы судьи. Судьи должны располагать реальным усмотрением при вынесении решений о предварительном заключении под стражу. Обжалование оправдательных приговоров должно быть ограничено лишь исключительными обстоятельствами.

Внутренняя независимость

35. Судам высших инстанций следует воздерживаться от издания директив, разъяснений и резолюций. Пока такая практика существует, такие документы не должны быть обязательными для нижестоящих судов. В противном случае подобные акты создают ограничения для индивидуальной независимости судьи. Помимо этого образцовые решения высших судов и решения, специально

выбранные в качестве прецедентов, должны иметь рекомендательный характер и не должны быть обязательными для нижестоящих судов по другим делам. Такие дела не должны быть использованы для ограничения свободы нижестоящих судов в процессе принятия решений и ответственности за них. Единообразие в толковании закона следует поддерживать при помощи исследований судебной практики, у которых также не должно быть обязательной силы.

ПРИЛОЖЕНИЕ F

Стандарты судебной деятельности (в аспекте управления в судебной системе)

(комментарий к рекомендациям Киевской конференции)

Т.Г. Морщакова, заместитель председателя Конституционного Суда Российской Федерации в отставке, доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации, заслуженный юрист Российской Федерации

Стандарты независимой судебной власти обсуждаются в разных аспектах как на национальном, так и на международном уровнях. При этом в практической деятельности национальной судебной системы нельзя не исходить из нескольких простых аксиом.

Существует международный стандарт справедливого правосудия, сформировавшийся на базе общепризнанных принципов и норм международного права, а также развивающий наднациональной Страсбургской юрисдикцией — Европейским судом по правам человека, официально признанной как на уровне российской Конституции, так и на уровне международных обязательств Российской Федерации. Не соблюдать этот стандарт невозможно так же, как невозможно не соблюдать заключенные международные договоры («*recta sunt servanda*» — один из общепризнанных принципов международного права и современного конституционализма). Но при этом значение международных стандартов правосудия, как и значение международных стандартов во многих других областях, определяется все-таки тем, что они формулируют только необходимый, должный минимум. С этой точки зрения то, что содержится в международных документах (и обязательного, и рекомендательного характера), никогда не может служить основанием для снижения уровня демократического правового развития в национальной судебной системе. И наконец, ясно, что международное сотрудничество, безусловно, предполагает взаимодействие, в том числе и национальных правовых систем. Но, конечно, предлагая свои пути решения однотипных задач, однотипных вопросов, все страны, все члены международного сообщества не вправе рассчитывать на то, что они, исходя из своих особенностей могут быть освобождены от соблюдения общепризнанных стандартов и

тем более норм международного права. Это позволяет определить задачи в данной области для национальных практик.

Реальная жизнь стандартов, в каких бы нормах они ни выражались, в общепризнанных принципах международного права, в обязательных или в рекомендательных документах всегда связана с непрерывным уточнением понимания сущности этих стандартов. Кроме того, эта реальная жизнь всегда связана с необходимым внешним и внутренним мониторингом следования этим стандартам, то есть требуется постоянное изучение того, как реализуются эти общепризнанные подходы на национальном уровне. Такой мониторинг не может не проводиться международными инстанциями, заинтересованными в соблюдении стандартов, сформулированных на международном уровне. Но он не может не проводиться и национальными, внутригосударственными инстанциями. И наконец, должны существовать формы взаимодействия между этими двумя уровнями (наднациональным и национальным) в практической работе по реализации той или иной конкретной задачи в связи с обеспечением стандартов, в частности также в сфере правосудия.

Эти важные обстоятельства являлись, среди других, основой рекомендаций, разработанных и принятых на Киевской конференции, проведенной Бюро по демократическим институтам и правам человека ОБСЕ в 2010 году¹. Тематика рекомендаций особенно интересна потому, что в них обращается внимание на такие аспекты независимого суда, которые часто остаются на втором плане.

В области судебной деятельности прежде всего подчеркиваются требования к существу решений, к процедурам, в которых они принимаются, и, может быть, меньший акцент, хотя в последнее время внимание к этому все же возрастает, делается на том, в зависимости от каких из объективных факторов (совсем не процессуального характера) складывается реальное положение дел в судебной системе. Речь идет о стандартах в сфере судебного управления, отбора и назначения судейских кадров, их ответственности, а также в сфере распределения обязанностей внутри судебной системы по судебному управлению. При этом нельзя, естественно,

¹ См.: Рекомендации Киевской конференции по вопросам независимости судебной власти в странах Восточной Европы, Южного Кавказа и Центральной Азии — Судебное управление, отбор и подотчетность судей. 23—25 июня 2010 г. (см. приложение Е настоящего издания).

не исходить из того, что стандарты применительно к этим задачам должны быть направлены на достижение одного главного публичного и индивидуального интереса, который выражается в краткой и понятной формуле: по каждому правовому спору должно обеспечиваться вынесение решений компетентным, независимым и беспристрастным судом.

Рекомендации, принятые в области судебного управления благодаря бюро по демократическим институтам и правам человека ОБСЕ подчеркивают именно эту идею. Главная их цель — обеспечивать компетентное независимое и объективное разрешение споров методами, в том числе свойственными решению управлеченческих задач в судебной системе.

Тот материал, на котором основаны рекомендации, представляет собой очень тщательную инвентаризацию всего, что произошло в национальных правовых системах в государствах-участниках разработки этих рекомендаций, а именно в странах Восточной Европы, Южного Кавказа и Центральной Азии.

Эта инвентаризация позволяет, с одной стороны, уточнить некоторые международные стандарты не с точки зрения какой-нибудь корректировки их в сторону снижения, а с точки зрения наполнения их конкретным содержанием и приспособления их к национальным судебным системам названных стран. Но, с другой стороны, эти рекомендации воплощают определенный результат механизма обратной связи. Они, собственно, основаны на этом механизме, потому что информация из национальных судебных систем была тщательно проанализирована и учтена при разработке данного документа.

По итогам детального изучения национальных правовых систем и практического опыта, связанного с гарантиями независимости судебной власти, в них предлагаются варианты решений, которые могут служить устраниению угроз независимости судей и отвечающей этой цели службой организации судебного управления и корпоративного самоуправления в судебной системе, а также — процедур отбора, назначения и оценки судебного персонала (имеются в виду прежде всего непосредственно судебные кадры) и, наконец, ответственности судей в связи с независимостью всего судебского корпуса в целом и каждого судьи в отдельности. Проблемы рассматриваются применительно к их решению во внепроцессуальных формах, то есть во внепроцессуальной деятельности, поскольку условия, связанные непосредственно с судебными процедурами, вытекающие из сложившихся и закрепленных

в международных договорах стандартов справедливого правосудия, ранее уже рассматривались и нашли свое закрепление в целом ряде международных рекомендательных документов (Европейская хартия о статусе судей, Бангалорские принципы независимости судей и т.д.). Киевские рекомендации являются необходимым дополнением к ним.

Прежде всего нужно отметить, что рекомендации исходят из широкого понятия судебного управления, относя к нему и деятельность специальных органов судебского сообщества, и функции, осуществляемые внутригосударственными органами исполнительной власти и, наконец, внепроцессуальные функции председателей судов (от низшего до высшего) в национальной судебной системе. Рекомендации ориентируют на соблюдение важных принципиальных положений, которые сами по себе не формулировались раньше отдельно как принципы управления в судебной системе.

Какие это принципы? Первым можно назвать нацеленность этого управления на то, чтобы исключить любое влияние на принятие судебных решений и в то же время обеспечить в области осуществляемого в судах администрирования такое положение, при котором суд действительно может функционировать как компетентный, независимый и беспристрастный.

Второй принцип, который очень четко выражен в рекомендациях, — это принцип прозрачности в системе судебного управления. Принцип, уже известный в процессуальных областях деятельности судебной системы, но пока мало развиваемый именно в сфере администрирования внутри судебной власти.

Третий принцип — это принцип разграничения полномочий по осуществлению судебного управления, что позволяет уже формулировать конкретные рекомендации по его внедрению, ориентированные на подходы и опыт, имеющиеся в разных правовых системах. На этом хотелось бы остановиться особо, потому что именно разграничение полномочий в сфере судебного управления не является предметом пристального внимания в национальных правовых системах ряда стран Восточной Европы. В российском контексте принцип разграничения полномочий между различными субъектами судебного управления также не является последовательно признаваемым и тем более господствующим.

В связи с этим в рекомендациях выделены основные функции, которые можно рассматривать как особенные в системе судебного управления. Выделение этих функций или полномочий

представляется особенно важным, потому что именно на основе их дифференциации можно говорить о разграничении задач по судебному управлению в судебной системе, в том числе между различными осуществляющими это судебное управление органами.

Только выделив первоначально все управленческие функции, имеет смысл обратиться к тому, как эти функции могут распределяться между различными субъектами администрирования в судебной среде. Именно эта задача как совершенно конкретная, прикладная, имеет в каждой национальной судебной системе свои особенности.

Какие функции надо признать, согласно этим рекомендациям, заслуживающими отдельного внимания и отдельного субъекта управления в сфере судебного администрирования? Прежде всего это, конечно, функция отбора кандидатов на судейские должности, — она подчеркнута в рекомендациях в качестве самостоятельной функции, несовместимой с другими. Вторая функция — это обеспечение развития судейской карьеры и обучения на судейских местах. Третья функция, тоже специфическая и важная, — оценка профессиональной деятельности. И наконец, четвертая функция — осуществление дисциплинарного воздействия на судей, то есть функция по привлечению судей к дисциплинарной ответственности. Обособлена, естественно, и такая задача, как финансирование судов. Она может рассматриваться отдельно, так как реально решается в большинстве национальных правовых систем отдельными же субъектами администрирования.

Но другие названные функции, включая отбор судей, обеспечение обучения судей и развития их карьеры в ходе осуществления профессиональной деятельности, оценка профессиональной деятельности и дисциплинарное воздействие на судей в случае совершения ими дисциплинарных проступков, во многих национальных порядках, информация из которых была получена и обобщалась ОБСЕ, не осуществляются как раздельные. Многие из них возлагаются одновременно на один и тот же орган, и именно это заслуживает пристального внимания. Поэтому стоит задача обсуждать, каким субъектам — неважно, как они называются — с точки зрения их основных полномочий и других целевых функций может быть поручено исполнение названных обязанностей внутри судебной системы.

Прежде всего, рекомендации исходят из того, что реализация функций по судебному управлению не может находиться под контролем одного органа, потому что тогда не исключаются ни

неограниченное (абсолютистское) влияние этого органа на администрирование в судебной системе по разным его направлениям, ни излишняя (во всяком случае, явно видимая для общества) корпоративность при решении вопросов судебного управления. С этой точки зрения в рекомендациях прежде всего подчеркивается необходимость отдельной реализации особым субъектом управления такой функции, как отбор судебных кадров, отбор кандидатов на судейские должности. В большинстве случаев отбор кандидатов на судейские должности объединен на практике не только с назначением на должность, но и с такими возникающими в последующем внутри судебной системы и судебной деятельности моментами, как удаление судей с судейской должности. Это является негативным фактором, отрицательно влияющим как на качество отбора, так и на независимость судей в судебной системе, ибо в результате может быть поставлена под сомнение объективность при привлечении судьи к ответственности в связи с его поведением, в котором те же, ранее отбиравшие его органы обнаруживают какие-то признаки проступка, предусмотренного законом в качестве основания дисциплинарной ответственности.

Поэтому большое внимание в рекомендациях уделено первоначальному этапу отбора кандидатов на судейские должности, и при этом выдвигается важное требование к составу органов, осуществляющих отбор на судейские должности: должно быть гарантировано принятие этим органом независимых решений. Здесь должно исключаться влияние органов исполнительной власти, если они по национальному законодательству участвуют в назначении судей.

На самом деле должны быть точно разграничены функции руководства судебной системы, то есть председателей судов всех уровней, с одной стороны, и функции органа, оценивающего пригодность кандидата к осуществлению будущей судейской деятельности. Необходимость такого разграничения настоятельно подчеркивается в рекомендациях.

Орган, занимающийся конкурсным отбором судей, как это подчеркивается в рекомендациях, должен состоять из таких профессионалов-юристов, которые могут занимать независимую позицию, которые не будут следовать политическим указаниям и соображениям и которые не будут (здесь я уже возвращаюсь к российскому контексту) действовать ни по принципу клановости, ни по принципу протекционизма. Эти два иностранных слова, как характеризующие состояние российских практик назначения судей,

могут быть употреблены в данном контексте достаточно смело, потому что официальными российскими инстанциями в качестве упрека судебной системе был назван именно подбор кадров по принципу клановости и протекционизма, что, в частности, было отмечено еще в 2006 году в письменном ответе Генеральной прокуратуры на доклад комиссара по правам человека Совета Европы г-на А. Хиль-Роблеса¹, который проводил мониторинг независимости судебных органов Российской Федерации.

Генеральная прокуратура, рассматривая его замечания, прямо указала, что в судебной системе Российской Федерации не изжито формирование судейских кадров по принципу клановости и протекционизма. Рекомендация, содержащаяся в документе ОБСЕ, как раз нацелена на то, чтобы уйти от этого. Поэтому пропагандируется идея ограничения полномочий органа по конкурсному отбору кандидатов на судейские должности как от тех органов, которые потом осуществляют руководство — в процессуальных и не-процессуальных формах — деятельность уже работающего судьи, так и от органов, которые уполномочены на применение к судье серьезных дисциплинарных санкций, вплоть до удаления с должности и лишения судейского статуса.

Согласно предлагаемым рекомендациям в процессе отбора кандидатов на судейские должности должна быть минимизирована функция председателей судов: в нашей системе регулирования на них может возлагаться только задача объявления конкурса на появившиеся вакантные должности. Эта позиция, очевидно, будет вызывать не только удивление, но, возможно, также и критику со стороны нашей судебной системы и ее руководителей, однако недопустимо исходить из того, что председатели судов являются работодателями для будущего судьи. Поэтому они не вправе по своим представлениям и усмотрению ни обеспечивать назначение на должность, ни, далее, инициировать соответствующие процедуры и влиять на решение вопросов о привлечении судьи к ответственности и о его удалении с должности.

Такое решение представляется достаточно логичным и в то же время достаточно простым. Действительно, во всех странах отбор кандидатов на судейские должности требует специального

¹ См.: Доклад Альваро Хиль-Роблеса, комиссара по правам человека Совета Европы, о его визите Российской Федерацио с 15 по 30 июня и с 19 по 29 сентября 2004 г. Страсбург, 20 апреля 2005 г. CommDH (2005) 2 (<https://wcd.coe.int/View-Doc.jsp?id=984559&Site=COE>).

статусного уровня для членов тех органов, которые его производят. Это, конечно, должны быть высокие профессионалы. Это, конечно, должны быть действующие судьи, что закреплено в том числе в Европейской хартии о статусе судей. Но согласно предлагаемым рекомендациям в такие органы, осуществляющие профессиональный отбор кандидатов, которые не должны состоять из одних только судей, необходимо также привлечение представителей других юридических профессий.

Согласно российскому опыту квалификационные коллегии судей, которые занимаются отбором кандидатов на судейские должности, тоже имеют в своем составе представителей юридической общественности. Но речь идет, согласно рекомендациям, также и о том, что к работе в этих комиссиях, советах (они по-разному могут называться в национальных судебных системах) должны привлекаться и представители такой профессии, как адвокаты, не говоря уже, конечно, о правовой профессуре.

Главное, что при этом должно быть подчеркнуто: органы, осуществляющие отбор кандидатов на судейские должности, не должны руководствоваться никакими политическими соображениями и никакими другими соображениями, кроме профессиональных критерии, то есть кроме проверки профессиональной пригодности. Но в российском контексте такое требование должно распространяться не только на квалификационные коллегии судей, не только на участвующих сейчас в отборе и представлении кандидатов председателей судов, которые в принципе не должны осуществлять эту функцию. Это требование должно относиться и ко всей последующей процедуре рекомендации судьи на должность, в частности, имеющей место в Администрации Президента РФ, указом которого производится назначение. Этот этап отбора, согласно общим рекомендациям, должен быть тоже прозрачным, что в действующих практиках до сих пор вообще не достигается.

С точки зрения требований к процедуре отбора и назначения важно подчеркнуть, что судья не должен оставаться здесь безгласным объектом деятельности любых органов, включая контрольные органы исполнительной власти или органы судейского сообщества. Он должен иметь возможность знать все, что характеризует его согласно информации, собираемой структурами, отбирающими кандидатов на судейские должности; получить доступ к этой информации, иметь возможность обжаловать такую информацию и иметь возможность быть заслушанным этими органами по любому поводу, касающемуся его кандидатуры.

В рекомендациях содержится важное положение, согласно которому каждый кандидат должен не только сдать письменные и устные экзамены по специальной программе, которая предусмотрена для отбора на судейские должности (ее наличие и содержание должно утверждаться нормативно-правовыми актами), но также пройти определенное устное собеседование в оценивающем профессиональную пригодность кандидатов органе по темам, которые, согласно рекомендациям, объявляются заранее. Этот момент технологии представляется важным, так как ограничивает возможность произвола при оценке участников конкурса.

В плане названного ранее принципа разделения функций в рекомендациях подчеркивается невозможность соединения в одном органе судейского сообщества таких полномочий, как полномочия по отбору кандидатов на судейские должности с одной стороны, и по удалению в дальнейшем с судейских должностей — с другой.

Нетрудно представить себе простую ситуацию, которая складывается, когда этот принцип не соблюдается: сначала кандидат признается, пусть даже в самых демократических процедурах отбора, проводимых уполномоченным органом, пригодным и, следовательно, этот орган ставит ему определенные требования к его будущей процессуальной деятельности, а потом этот же орган фактически проверяет, были ли выполнены его указания, и в связи с несоответствием судьи параметрам описанного судейского поведения с этой должности его удаляет. Такая замкнутая цепь решения этих вопросов в одном органе, безусловно, нарушает границы независимого положения, независимого статуса судьи и заранее ограничивает его в будущем поведении определенной программой, которая на этапе отбора кандидатов уже может быть транслирована будущему судье. Эта программа, по существу, может включать любые условия, так как она никакому контролю не подвергается.

Разграничение функции привлечения судей к дисциплинарной ответственности и отбора кадров предполагает, что функцию дисциплинарного воздействия на судью должен осуществлять отдельно существующий институт, отдельный орган. Неважно, как называется эта инстанция внутри национальной судебной системы, но члены, входящие в состав этой инстанции, лишающей судью полномочий, не должны выполнять никакие другие функции, кроме рассмотрения именно вопросов привлечения к ответственности, — никакие функции, связанные как с другими формами администрирования в судебной системе, в том числе с финансированием

судов, с судейской карьерой, так и с процессуальной проверкой правильности выносимых судебных актов.

Конечно, в состав дисциплинарного органа (это специально отмечается в рекомендациях) не должны входить руководители судебной системы. Здесь российская национальная судебная система может испытывать некоторое чувство гордости, так как это у нас прямо запрещено законом. Однако это положение должно существовать не только на бумаге, но и соблюдаться в действительности, а реальное состояние дел показывает, что всю дисциплинарную практику квалификационных коллегий судей как органов судебского сообщества сейчас определяют именно руководители судебной системы. Тогда тем более укрепляется их позиция именно как работодателей: они представляют кандидатов на судебные должности, они обозначают круг будущих требований к судье, они в случае несоответствия этим требованиям, какой бы субъективисткий или политический характер эти требования ни носили, могут возглавить процесс дисциплинарного удаления судьи и лишения его статуса. Это не соответствует стандартам рекомендаций, которые не могут не учитываться.

Представляется, что из сформулированных в них положений для российского контекста особенно актуальны: исключение политических соображений при отборе кандидатов на судебные должности; отделение органов отбора кандидатов от органов, лишающих статуса судьи; наконец, устранение из этого процесса председателей судов при представлении кандидатов и обеспечение независимости членов тех органов судебского сообщества, которые решают все эти вопросы. Соответственно, для российской практики можно сформулировать уже теперь целый ряд предложений, чтобы эти идеи могли быть воплощены.

Особое внимание в рекомендациях уделено таким субъектам судебного администрирования, как председатели судов. В этом отношении нельзя не отметить, что по результатам обобщения опыта стран регионов Восточной Европы, Южного Кавказа и Центральной Азии выявляются сходные тенденции, что объяснимо, поскольку речь идет о странах, существующих и функционирующих теперь в качестве самостоятельных суверенных государств на постсоветском пространстве, и их проблемы с формированием функций председателей судов — в силу сходного генезиса — представляются однотипными. С учетом этого в Киевских рекомендациях были сформулированы вполне понятные, в том числе исходя и из российской практики, следующие

требования, или, если более строго характеризовать их по их юридической природе, запреты: руководитель суда, являясь полноправным судьей, не вправе вмешиваться в осуществление правосудия другими судьями, работающими в возглавляемом им суде; он не должен участвовать, как уже упоминалось, в отборе кандидатов на судейские должности; не может определять, ни в какой степени, даже самой незначительной, те суммы, которые составляют служебное вознаграждение судьи, то есть не может влиять на размер его заработной платы; не может участвовать в распределении льгот, пока они продолжают существовать в составе служебного вознаграждения для судей, хотя надлежит стремиться к их отмене — при повышении уровня материального обеспечения судьи; председатель не должен злоупотреблять своими административными функциями по распределению ресурсов, чтобы исключалась возможность их распределения не по объективным критериям, а в качестве средства давления на судью; не может распределять между судьями дела, то есть передавать их в производство каждого судьи по своему усмотрению.

Мотивируя позицию, согласно которой льготы для судей вообще не должны существовать, рекомендации исходят из того, что высокий уровень заработной платы судей должен гарантировать, чтобы судья не зависел от таких дополнительных стимулов. Однако, как представляется, при составлении рекомендаций было учтено разное положение и необходимость определенного учета сложившейся ситуации внутри каждой из стран. В случае сохранения льгот, определенных для судейского корпуса, рекомендовано, чтобы эти льготы и критерии их предоставления были перечислены в законе, а не определялись по воле руководителей судов.

Очень важная область рекомендаций касается процедур приобретения должностей председателей судов, то есть руководителей всех звеньев судебной системы. К этой процедуре предъявляются довольно серьезные требования. Считается, что назначение на должности председателей судов должно обязательно учитывать рекомендации судейского сообщества; что органы судейского сообщества, которые формулируют рекомендации по поводу назначения председателей судов, должны при этом учитывать мнение судей конкретных судов; что процедура отбора руководителей должна предполагать не только публичное объявление вакансий, но и предоставление возможности для подачи заявлений со стороны тех, кто хочет быть кандидатом на эти

должности. При этом исполнительная власть, назначая председателей судов, должна быть либо ограничена списком кандидатов, предлагаемых судейским сообществом, либо ему должно принадлежать право вето, если назначение осуществляется самой исполнительной властью.

С позиции этих стандартов заслуживает внимания особое положение, существующее в Российской Федерации, где председатели судов назначаются на эти должности так же, как федеральные судьи, а именно Президентом Российской Федерации. Однако необходимо отметить одну особенность законодательного регулирования в этой области, которая заключается в том, что названное полномочие Президента Российской Федерации по назначению председателей судов не закреплено в Конституции РФ. Оно определяется только законом. Следовательно, законодательная власть в этом смысле совершенно свободна в выборе и другого метода приобретения руководителями судов своих административных полномочий — речь идет именно об административных, а не о судейских их полномочиях.

Рекомендации подчеркивают положительное значение такого способа формирования кадров руководителей судов, как их непосредственные выборы в судах, что, естественно, является более демократической процедурой. В то же время указывается, что срок полномочий председателей судов, назначаемых на должности, а не избираемых в судах, должен быть строго ограничен относительно небольшим периодом времени и в законодательных правилах должно содержаться предписание о невозможности повторного назначения на эти должности. Эти положения действительно создают достаточную основу как минимум для размышлений о необходимых перспективах законодательного регулирования в Российской Федерации, исходя из того, что аналогичные задачи по изменению рассмотренных процедур остаются актуальными.

Определенное внимание удалено в рекомендациях подготовке судейских кадров: подготовке как в период отбора на судейские должности, или до этого отбора, так и в процессе прохождения судейской службы. Здесь выделяются два аспекта. Доступ на судейские должности должен быть обеспечен для лиц, которые имеют достаточно большой практический опыт в других юридических профессиях. Прежде всего как источник резерва для выдвижения на судейские должности рассматривается адвокатская профессия. Сформулирован тезис о необходимости соблюдать

определенный баланс при назначении на судейские должности между теми, кто является выпускником вуза, и теми, кто обладает практическим опытом, прежде всего в профессии адвоката¹.

Важным моментом является также идея специальной подготовки судейских кадров в специальных учебных заведениях, если (как очень тактично указано в рекомендациях) такие специальные учебные заведения предусмотрены в национальной системе отбора и подготовки судейских кадров.

Эту рекомендацию в определенной степени можно рассматривать как обязывающую к размышлению над тем, не надо ли иметь в правовой системе специальное учебное заведение, которое готовило бы судей, тем более что согласно Киевским рекомендациям должно было бы соблюдаться очень важное требование к этому учебному заведению — это учебное заведение должно быть независимым учебным заведением, прежде всего от исполнительной власти и от судебной администрации, чтобы обеспечивались необходимые стандарты профессиональной подготовки, то есть стандарты, которые действительно отвечают общественным требованиям к судейской профессии, а не только те, которые могут быть удобны для лиц, руководящих судебной системой, осуществляющих в ней администрирование. Исходя из этого, согласно предлагаемым рекомендациям, требует совершенствования и подготовка кандидатов в процедуре отбора на судейские должности — не только с точки зрения прозрачности конкурса, прозрачности экзаменов, возможности обжаловать их результаты, но и с точки зрения профессиональных требований к знаниям и практическим навыкам. Здесь подчеркиваются два аспекта. Во-первых, должна проводиться проверка умения кандидата вести заседание, составлять письменные документы, правильно понимать и толковать закон — это область профессиональных юридических знаний. Во-вторых, предполагается проверка в области общественной компетенции, а именно: умение уважительно относиться к людям, вести собеседование, умение помочь людям найти общую позицию в правовом споре. И в-третьих, отдельно для отбора на руководящие должности в судебной системе предлагается специальная проверка на качества лидера. Такая многосторонняя проверка требует

¹ Такая рекомендация исходит из опыта стран, где государственный экзамен по юридической специальности сдается после прохождения не только курса теоретической подготовки, но и длящейся несколько лет практической юридической деятельности, что в РФ заменяется требованием к кандидатам в суды иметь пятилетний стаж юридической работы уже после окончания вуза.

усложнения деятельности как по разработке ее программ и методов, так и по организации процедур отбора кандидатов.

Относительно процедур отбора важно, чтобы они не только были прозрачными, но чтобы любой отказ в представлении и назначении на должность кандидата, успешно прошедшего квалификационные экзамены и собеседование, был мотивирован, даже если это отказ со стороны высшего должностного лица государства. Этот отказ, согласно рекомендациям, безусловно, может быть предметом вторичного рассмотрения в органах, осуществляющих отбор кандидатов.

Такой институт повторного рассмотрения российская практика знает применительно к случаям, когда председатель суда не представляет рекомендованного органом судейского сообщества кандидата на должность. Тогда возможны повторное рассмотрение этого кандидата и преодоление негативного отношения к нему председателя суда путем голосования квалифицированным большинством в две трети голосов квалификационной коллегии судей. Но в рассматриваемом документе такая рекомендация содержится применительно к случаям отказа в назначении на должность судьи со стороны главы государства и других ветвей власти, которые, согласно национальным системам, осуществляют такое назначение.

Последний (но не по значимости) и очень важный раздел рекомендаций — это раздел, связанный со спорными в определенной степени для нашего восприятия подходами и терминологией, а именно с проблемами соотношения подотчетности судей и их независимости. Речь идет о соотношении понятия ответственности судьи перед обществом в целом и перед судейским сообществом с его независимостью при вынесении решений. Подотчетность судей в том значении, в котором этот термин используется в рекомендациях, понимается прежде всего как ответственное поведение судьи перед обществом и потом уже только дополняется аспектом, который связан с возможностью привлечения судьи к дисциплинарной ответственности. Представляется, что в этой части рекомендаций сформулированы очень важные требования. Прежде всего они касаются того, как могут быть сформулированы основания дисциплинарной ответственности.

Рекомендации исходят из того, что основанием дисциплинарной ответственности может являться грубое, непрофессиональное, непростительное поведение судьи, влекущее определенный ущерб для репутации всего судейского сообщества и для всей судебной системы. Но такая оценочная категория при формулировании

оснований дисциплинарной ответственности многократно дополнена в рекомендациях требованиями, которые определяют пределы возможного привлечения судьи к дисциплинарной ответственности, — формулируется целый ряд запретов, существенных для обеспечения независимого принятия судьей судебных решений. Первый среди них заключается в том, что привлечение к дисциплинарной ответственности не может иметь своим основанием содержание вынесенных судьей решений, независимо от того, идет ли речь о единичном выраженном судьей по конкретному по делу мнении или об отражающих позицию судьи по делам статистических показателях, — они тоже не могут являться основанием для привлечения судьи к дисциплинарной ответственности. Дисциплинарная ответственность не может распространяться на случаи судебных ошибок. Она не может распространяться и на случаи расхождений в толковании правовых норм при их применении судами. И наконец, последний запрет — она не может распространяться на критику судебной системы со стороны судьи. Этот набор запретов принципиально важен при формулировании оснований дисциплинарной ответственности.

В Государственной думе в настоящее время также рассматривается вопрос о том, как усовершенствовать основания дисциплинарной ответственности судей, и какие изменения можно внести в закон о статусе судей, который эти основания в очень общей форме предлагает правоприменительным инстанциям, осуществляющим дисциплинарное производство в отношении судей. Поэтому в этой части Киевские рекомендации также актуальны для России.

Уже упоминалось, что дисциплинарный орган должен быть отдельно существующим от органа отбора на судейские должности, что в него не должны входить руководители судебной системы, но, более того, предлагается, чтобы дисциплинарное производство (именно само возбуждение его) не могло инициироваться руководителем суда. В то же время за председателем суда должно сохраняться право обратиться в дисциплинарный орган с жалобой на судью, как ни странно, может быть, это звучит применительно к нашим обычаям, потому что трудно представимо, чтобы начальник жаловался на подчиненного. Но, однако, исходя из того, что судьи, включая и председателей судов, имеют равный судейский статус, такой подход представляется оправданным. При этом дисциплинарный орган уже сам будет решать, имеются ли у него основания по этой жалобе, в том числе руководителя суда, возбудить дисциплинарное производство.

Кроме того, обращается внимание на необходимость соблюдения процессуальных гарантий, обеспечивающих защиту прав судьи при привлечении к дисциплинарной ответственности, в том числе гарантий, обеспечивающих его право на обжалование таких решений в судебный орган. Причем характерным является общий принцип прозрачности деятельности органов судебного управления в его распространении и на процедуру привлечения к дисциплинарной ответственности.

Дисциплинарное производство предполагается производством, осуществляемым в открытом порядке. Закрытость рассмотрения дисциплинарных дел допускается только в том случае, когда судья возражает против открытого рассмотрения и когда орган, осуществляющий дисциплинарное производство, считает, что приводимые судьей основания должны быть учтены, то есть что они могут служить мотивом для проведения закрытого разбирательства.

Следующий аспект, связанный с оценкой деятельности судей, с их подотчетностью, ответственностью и независимостью, — это аспект оценки качества работы. Представляется принципиальным, что в рекомендациях, сформулировано следующее требование: оценка профессиональной деятельности судьи возможна только по качественным характеристикам его деятельности, а не по количественным. К качественным характеристикам деятельности судьи относятся его юридическая компетентность, личная компетентность, включая способность справляться с нагрузками, способность принятия самостоятельных волевых решений, использования новых технологий, и его общественная компетентность как человека, который должен способствовать утверждению в обществе правового мира.

Как оценивать эти качества? Ясно, что это очень трудная задача, и она требует разработки специальных программ, но привлекает совершенно доступный метод оценки, который предложен в рекомендациях. Помимо того что критерии оценки должны закрепляться на законодательном уровне и в подзаконных актах, принимаемых внутри судебной системы, помимо того что должно закрепляться регулярное проведение таких проверок и их методы, предложена также конкретная технология, безусловно, заслуживающая внимания.

Оценка должна производиться на местном уровне, там, где судья работает, и прежде всего главными ценителями его успехов должны быть такие же судьи. Оценка деятельности одного судьи может реально проводиться группой судей, специально

получающих в отношении своего коллеги такую задачу. И конечно, они будут разбираться не со статистикой, а с конкретными решениями, с материалами рассмотренных дел. Эта деятельность должна быть поддержана тем, что в судебной системе должен внедряться такой метод контроля качества работы судьи, как наблюдение. Конечно, это все вызывает к жизни активное использование методов, которые используются в социологии. Это очень сложные методы, но, очевидно, такие подходы неизбежны.

Если обратить внимание на то, как обсуждались процессы возможной оценки деятельности полиции в соответствии с проектом закона о российской полиции, то и там можно увидеть обращение к такого рода методам, как наблюдение или оценка работы полиции населением, то есть фактически речь идет об оценке работы со стороны потребителей услуг. Это предлагается и по отношению к оценке работы судей, притом что одним из возможных методов считается и опрос других участников процесса, прежде всего адвокатов. Это могло бы обеспечивать достаточно объективный подход, в том числе не только с позиций других судей, но и с позиций разных участников судебных процедур. Это — компоненты определенного социального контроля за судебной деятельностью.

Большое внимание в процессе социального контроля за судом должно уделяться требованиям прозрачности по отношению к процедурам и результатам судебской деятельности. Здесь можно назвать такие важные моменты, как обязательность (с точки зрения Киевских рекомендаций) полной фиксации хода судебного заседания не путем стенограммы или протоколирования, а путем как минимум аудиозаписи, что предусмотрено в РФ еще с 2007 года Государственной программой развития судебной системы. Это находит поддержку теперь и на уровне международной научной экспертизы, на уровне международного экспертного сообщества, участвовавшего в разработке рассматриваемых рекомендаций, что подтверждает также важность данного стандарта организации судебной деятельности.

Естественно, большое внимание уделено вопросу о полной публикации судебных решений, полной публикации судебной статистики, об электронных базах данных, которые должны быть доступны бесплатно для пользователей. При этом в качестве обязательного условия признания такой базы достаточным средством для информирования общества о том, что происходит в судебной системе, провозглашается обязательная индексация вынесенных решений по предмету и персоналиям судьи, который это решение

принимал. Это требует грандиозной организационной работы, но должно быть поставлено в план мероприятий, которые сейчас реализуются для обеспечения повсеместного применения электронных технологий в судебной деятельности.

Особый аспект независимости судебных органов при принятии решений связан с таким чисто специфическим, характерным только для уголовных дел моментом, как обвинительный уклон. Это тот недостаток деятельности судебных систем на постсоветском пространстве, который трудно преодолим. Киевские рекомендации связывают его преодоление с недопустимостью рассматривать оправдательный приговор по уголовным делам как неудачу органов уголовного преследования и суда. Это очень точный подход. Он предполагает изменение системы показателей оценки органов, действующих на досудебных стадиях процесса, чтобы любой отказ от преследования в случаях его необоснованности не расценивался как негативный показатель деятельности правоохранительной и судебной системы, чтобы у органов обвинения не возникало определенной заинтересованности «продавить» свою позицию в суде, несмотря на отсутствие доказательств.

Кроме того, особое внимание в рекомендациях уделяется необходимости повышения условий для свободы усмотрения при решении судьей вопроса об аресте. Это уже касается моментов, связанных с процессуальным законодательством. И наконец, тоже чисто процессуальная рекомендация, обращенная прежде всего к законодателю, заключается в том, чтобы оправдательные приговоры, оправдательные вердикты могли обжаловаться только в исключительных случаях. Это должно быть реализовано путем формулирования в законодательстве на национальном уровне специальных оснований, лишь при наличии которых было бы допустимо обжалование оправдательных приговоров судов.

Наконец, последний штрих. В рекомендациях обращено внимание на формы судебной деятельности, о которых принято говорить как об обеспечивающих руководство судебной практикой или поддержание единства судебной практики. Сформулирован отдельный тезис, согласно которому образцовые решения, то, что в каких-то правовых системах признается прецедентом, или руководящие общие разъяснения либо директивы высших судебных органов не должны носить обязательного характера. Над этим тоже предстоит думать российскому законодателю и российской правоприменительной практике.

ПРИЛОЖЕНИЕ G

СТЕНОГРАММА РАБОЧЕЙ ГРУППЫ ЦЕНТРА ПРАВОВЫХ и ЭКОНОМИЧЕСКИХ ИССЛЕДОВАНИЙ «НЕЗАВИСИМЫЕ КОМИССИИ, НЕЗАВИСИМЫЕ ПРОКУРОРЫ» (МОСКВА, BAKER & MCKENZIE, 21.02.2012)

УЧАСТНИКИ:

Жуков В.М., заместитель Председателя Верховного Суда в отставке, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, главный эксперт Центра правовых и экономических исследований

Морщакова Т.Г., заместитель председателя Конституционного Суда в отставке, доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации, заслуженный юрист Российской Федерации, главный эксперт Центра правовых и экономических исследований

Наумов А.В., доктор юридических наук, профессор

Новиков И.А., эксперт Центра правовых и экономических исследований

Новикова Е.В., доктор юридических наук, научный руководитель Центра правовых и экономических исследований

Радченко В.И., первый заместитель Председателя Верховного Суда в отставке, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, главный эксперт Центра правовых и экономических исследований

Салыгин Е.Н., декан факультета права НИУ ВШЭ, кандидат юридических наук, доцент

Субботин М.А., кандидат экономических наук, генеральный директор научно-консалтинговой компании «СРП-Экспертиза», старший научный сотрудник Института мировой экономики и международных отношений РАН, заместитель директора Центра правовых и экономических исследований

Тихомиров Ю.А., первый заместитель директора Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации

Файерстоун Т., представитель Министерства юстиции США, посольство США в Москве

Федотов А.Г., кандидат юридических наук, эксперт Центра правовых и экономических исследований, адвокат

Шаститко А.Е., доктор экономических наук, профессор МГУ им. М.В. Ломоносова, директор Центра исследований конкуренции и экономического регулирования РАНХиГС при Президенте России

Ясин Е.Г., научный руководитель НИУ ВШЭ, научный руководитель Экспертного института НИУ ВШЭ, доктор экономических наук, профессор

НОВИКОВА Е.В.:

— Приветствую, дорогие коллеги! Томас Файерстоун согласился рассказать об интересующей нас проблеме, связанной с независимыми комиссиями и независимым прокурором.

ФАЙЕРСТОУН Т.:

— Я расскажу о парламентском расследовании и независимых прокурорах. Оба института у нас (в США) существуют уже давно. Конгресс (и Палата представителей, и Сенат) имеет право провести расследование, обе палаты имеют право требовать документы и получать свидетельские показания. Они также имеют право предоставить свидетелям, которые вызваны для дачи показаний в Конгрессе, иммунитет. Это очень важно, потому что по американскому законодательству любой человек, который дает показания, имеет право ссылаться на пятую поправку к Конституции (в российской Конституции имеется сходная статья 51), которая устанавливает право не давать показания против себя. Если свидетель отказывается от дачи показаний, ссылаясь на пятую поправку Конституции, то прокурор в обычном уголовном деле или Конгресс, когда он ведет расследование, имеет право предоставить свидетелю иммунитет. Это обещание не использовать его показания против него в рамках уголовного дела, что нейтрализует право не свидетельствовать против себя. Поскольку показания не могут быть использованы против самого свидетеля в рамках уголовного дела, право не давать показания со ссылкой на пятую поправку исчезает.

Это очень важный прокурорский прием, мы его используем в деятельности прокуратуры ежедневно. Вызываем свидетеля, и, если он отказывается от дачи показаний, можно предоставить ему иммунитет и таким образом заставить его дать показания. Это очень важное право, очень важный прокурорский прием,

и Конгресс также имеет это право при проведении расследований. Если свидетель отказывается от дачи показаний после предоставления ему иммунитета, то он может быть посажен в тюрьму. Так что это очень сильный рычаг давления.

ЖУЙКОВ В.М.:

— А почему? Эта поправка действует только в рамках уголовного процесса? Поэтому он может быть посажен?

ФАЙЕРСТОУН Т.:

— Потому что иммунитет — это судебный ордер.

ЖУЙКОВ В.М.:

— За отказ от дачи показаний свидетель может быть посажен?

ФАЙЕРСТОУН Т.:

— Да, если ему предоставлен иммунитет. Иммунитет формально — это судебный ордер. А отказ от дачи показаний при предоставленном иммунитете — это неисполнение судебного ордера. Если свидетель не дает показания после представления иммунитета, то получается, что он отказывается исполнять судебный ордер, и за это можно посадить в тюрьму, пока идет расследование. Это может быть два года, три года.

ЖУЙКОВ В.М.:

— То есть получается, что ответственность наступает не за отказ от дачи показаний, а за отказ исполнить судебное предписание?

ФАЙЕРСТОУН Т.:

— Да, формально — да.

ФЕДОТОВ А.Г.:

— Я, как адвокат, хотел бы, чтобы у нас было так же.

РАДЧЕНКО В.И.:

— А я как раз, как судья, не хотел бы, чтобы у нас такое было.

ШАСТИТКО А.Е.:

— Позвольте уточнить. Хорошо, а если свидетель не отказывается давать показания, но в своих свидетельских показаниях он ничего ценного не сообщает, как тогда быть?

МОРЩАКОВА Т.Г.:

— Так тому и быть. Обычные показания.

ЖУЙКОВ В.М.:

— Сошлешься на 51 статью Конституции у нас — тебя посадят не за отказ от дачи показаний против самого себя, а за неуважение к суду, потому что суд тебя просит, а ты его не уважаешь.

ФАЙЕРСТОУН Т.:

— Но у вас нет этой практики. Если свидетель дает ложные показания в рамках парламентского расследования Конгресса, то это является уголовным преступлением, и такой человек может быть посажен в тюрьму. Таким образом, Конгресс имеет право заставить свидетелей, других субъектов расследования предоставить документы, дать показания и может наказать их за дачу ложных показаний. Это, конечно, ограниченный набор следственных мероприятий. При расследованиях у палат Конгресса нет права прослушивать телефонные разговоры, проводить обыски, организовать негласное наблюдение, работу под прикрытием (undercover operations). Эти оперативные мероприятия они не имеют права проводить.

Хотел бы привести два примера. В США в 1927 году был огромный скандал, который называется «Teapot Dome». Этот скандал связан с тем, что министр природных ресурсов (Secretary of the Interior) А. Фолл (Albert Bacon Fall) взял взятку и за это предоставил земли, где добывается нефть. Он дал своему другу, юристу, право сдавать в аренду земельные участки, за взятку. Был скандал, но Министерство юстиции не хотело расследовать это дело, потому что министр юстиции (Attorney General) был назначен президентом, министр природных ресурсов тоже был назначен президентом, — они были друзья. Министр юстиции не хотел вести расследование против своего друга и политического союзника, поэтому Министерство юстиции вообще ничего не делало. Сенат возбудил свое дело, начал проводить свое собственное расследование, требовал документы. Один из тех, у кого Сенат требовал документы, отказался их предоставить, сказав, что «Сенат не имеет права требовать у меня документы, Сенат — это не следственный орган, он не имеет такого права». Сенат обратился в суд, дело дошло до Верховного суда, и Верховный суд постановил, что Сенат имеет право провести расследование. Хотя это не написано в американской Конституции, Верховный суд определил, что

право принимать законы, право выделять деньги из бюджета предусматривает и другие дополнительные права, которые нужны для того, чтобы осуществлять эти основные функции. Верховный суд сказал, что невозможно принимать разумные законы, не имея права расследовать основные факты, допрашивать свидетелей и т.д. В результате Верховный суд постановил, что это — конституционное право Сената. Несмотря на то что в Конституции буквально так не написано, тем не менее Конгресс обладает этим правом, и это право необходимо для того, чтобы Конгресс выполнял свои основные функции. Так возникла эта доктрина. Она уже почти сто лет существует в американском праве благодаря этому решению Верховного суда от 1927 года.

Второе дело, на которое я хотел обратить внимание, это дело «Уотергейт» 1973 года. Это был скандал в отношении президента Р. Никсона, и ключевым моментом в раскрытии этого преступления было решение одного из помощников президента дать показания. Это был Джон Дин, главный юридический советник президента. Важно отметить, что тогда шло сразу несколько расследований этого скандала. Министерство юстиции вело свое расследование, кроме того, специальный прокурор, о котором я расскажу позднее, также провел свое расследование, и обе палаты Конгресса — и Сенат, и Палата представителей — также проводили свои расследования. Дин сказал: «Я расскажу все о преступлениях президента, но я хочу иммунитет». Прокуратура (Министерство юстиции) отказалась дать ему иммунитет, и специальный прокурор также отказал в иммунитете. Но Сенат ему иммунитет предоставил. Благодаря этому решению Джон Дин дал показания в Сенате, и на основании его показаний все дело было разоблачено. Это показывает важность сенатского расследования, потому что без этого института, без этой возможности и полномочий Сената предоставить иммунитет важным свидетелям дело «Уотергейт» вряд ли было бы раскрыто.

Было много примеров работы различных комиссий, они расследовали дело «Iran-Contra» (дело Оливера Норта) в 80-е годы и другие важные дела. В рамках этих дел Верховный суд принял много судебных решений о полномочиях Конгресса вести расследование. Верховный суд не раз постановлял, что это одно из основных прав парламента, важная составляющая американской демократии, потому что должен быть контрбаланс президенту, поскольку нельзя доверять Министерству юстиции проведение расследования в отношении помощников президента, в отношении

политических фигур, которые были назначены президентом. Это крайне важный институт, и без него американской демократии просто не существовало бы, как мне кажется. Такова роль в США института парламентского расследования.

Теперь я хочу сказать несколько слов об институте независимого прокурора. Здесь дело обстоит намного сложнее, и хотя это тоже очень важный институт, но в США его история менее удачна. Первый независимый прокурор был назначен Никсоном в связи со скандалом «Уотергейт» в 1973 году. Тогда никакого законодательства о независимом прокуроре в США не существовало. Никсон сам, по политическим причинам, решил назначить специального прокурора, потому что понял, что никто не будет доверять результатам расследования Министерства юстиции, поскольку министр юстиции (Attorney General) был назначен Никсоном и, кроме того, один из предыдущих министров юстиции также был замешан в этом скандале. Этот бывший министр юстиции Дж. Митчелл (John Newton Mitchell) собирал деньги у корпораций для уплаты преступникам, чтобы они не давали показания против Никсона. Так что сам министр юстиции совершил воспрепятствование правосудию, за что потом он был осужден и получил тюремный срок.

Поэтому Никсон понял: раз его Министерство юстиции также замешано в этом скандале, нельзя доверять ему расследование этого дела, поэтому он назначил независимого прокурора. Формально это было так: Никсон назначил нового министра юстиции Э. Ричардсона (Elliot Richardson), который по просьбе Никсона назначил независимого прокурора — Арчибалда Кокса (Archibald Cox). Это был профессор гарвардского университета (Harvard Law School), известный демократ, известный политический противник Никсона, чтобы всем было понятно, что это действительно независимый человек. Он оказался слишком независимым и начал требовать у Никсона документы и доказательства. Никсон отказался их представить, тогда независимый прокурор обратился в суд, но Никсон отстранил его от должности. Никсон дал указание министру юстиции Ричардсону отстранить независимого прокурора, но министр отказался это сделать. Тогда Никсон снял министра с должности и дал заместителю министра (William Ruckelshaus) указание отстранить независимого прокурора, но заместитель министра также отказался это сделать. Никсон уволил заместителя министра, и только третий руководитель Министерства юстиции (Robert Bork) отстранил независимого прокурора.

Это все произошло в один день, в субботу вечером 20 октября 1973 года, эти события называются «Saturday Night Massacre», потому что убрали сразу трех независимых прокуроров.

МОРЩАКОВА Т.Г.:

— Почти серийное убийство.

ФАЙЕРСТОУН Т.:

— Да, почти серийное убийство. Потом назначили нового независимого прокурора (Leon Jaworski), который тоже был известным демократом.

ЖУЙКОВ В.М.:

— Но чуть позже Никсон все же представил доказательства, по требованию судьи предоставил документы, пленки аудиозаписи. Я встречался с этим судьей, он мне это рассказывал.

ФАЙЕРСТОУН Т.:

— Да, в конце концов, он все предоставил. Но это было уже в период расследования второго независимого прокурора, который тоже потребовал эти доказательства — документы, пленки, но Никсон опять отказался. Дело рассматривалось Верховным судом, и Верховный суд принял решение, что президент обязан предоставить все доказательства независимому прокурору. В результате Никсон сам ушел в отставку, потому что независимый прокурор расследовал дело, раскрыл весь этот скандал, Сенат готовил обвинение в отношении президента, и Никсон ушел в отставку, чтобы ему не было предъявлено это обвинение, которое по-английски называется «impeachment» (импичмент). Это был первый этап в возникновении института независимого прокурора: без законодательства, без законодательной базы, просто политическое решение, процедура не была урегулирована, поэтому все это оказалось в суде, произошли эти сложные события, когда Никсон убрал независимого прокурора.

После этого скандала в 1977 году Конгресс принял закон о независимом прокуроре. Закон был направлен на то, чтобы не повторились такие ситуации, и определил процедуру назначения специального прокурора и его полномочия. Этот закон называется по-английски «The Ethics in Government Act» 1977 года — закон о соблюдении этических правил при осуществлении государственных полномочий. Неофициально его еще называют «Independent

Counsel Statute». В нем самое главное — это обязанность министра юстиции назначить специального прокурора, когда возникают *credible allegations*, достоверные подозрения, достаточные основания считать, что имеет место нарушение закона со стороны определенных лиц — это президент, вице-президент, государственный секретарь (*Secretary of State*). Закон устанавливал ограниченный перечень этих лиц, и если возникали подозрения в отношении лиц, которые находятся в этом перечне, то министр юстиции был обязан просить специальный суд назначить специального прокурора. Это был специальный суд, который постоянно существовал в период действия *«The Ethics in Government Act»* 1977 года, он состоял из трех судей, которые формально назначали этого независимого прокурора. Специальный суд формировался Конгрессом и, по обращению министра юстиции, назначал независимого прокурора. Кандидатуру независимого прокурора определял суд, а не министр юстиции. Конгресс имел право сделать запрос министру юстиции (генеральному прокурору), чтобы он обратился в суд с просьбой о назначении специального прокурора.

МОРЩАКОВА Т.Г.:

— То есть и суд тоже независимый, не входящий в судебную систему.

ФАЙЕРСТОУН Т.:

— Здесь участвуют все три ветви власти — законодательная, исполнительная и судебная.

Министр юстиции имел право сам обратиться в суд либо Конгресс имел право попросить министра обратиться в суд. Если бы он отказался, он должен был объяснить свое решение. Здесь два важных момента — специальный независимый суд и то, что генеральный прокурор был лишен дискреции в вопросе неназначения специального прокурора, если возникали подозрения в отношении лиц, имеющихся в перечне: президент, вице-президент, члены президентского кабинета, члены аппарата президента, высокопоставленные сотрудники Министерства юстиции, ЦРУ, Налоговой службы и Комиссии президента во время предвыборной кампании президента. Если были претензии в отношении этих лиц, то генеральный прокурор был обязан обратиться в суд с просьбой назначить независимого прокурора, а если возникли вопросы в отношении других высокопоставленных лиц, то он имел право либо обратиться, либо не обратиться.

ШАСТИТКО А.Е.:

— Значит, у генерального прокурора только два варианта — либо он обращается, либо он подает в отставку. Не может быть такого, что он по каким-то своим причинам не обращается в суд, но в отставку не подает, и никаких последствий при этом не возникает?

ФАЙЕРСТОУН Т.:

— Здесь есть тонкости. Сначала формально он имел право. Потом были приняты поправки в закон, и по этим поправкам он, как только получал информацию в отношении перечисленных лиц, уже был обязан провести предварительное расследование. Если он пришел к выводу, что подозрения необоснованы, он имел право не обращаться в суд. Но тогда он должен был объяснить свое решение, объяснить, почему результаты его предварительного расследования привели к выводу, что нет обоснований для этих подозрений. Очень сложная процедура.

ФЕДОТОВ А.Г.:

— Если факты свидетельствуют, что надо проводить расследование и нужен независимый прокурор, а генеральный прокурор говорит: «Нет, не надо», — и не запускает эту процедуру, то что будет?

ФАЙЕРСТОУН Т.:

— Конгресс имеет право сделать формальный запрос, чтобы генеральный прокурор обратился в суд с просьбой назначить независимого прокурора.

ФЕДОТОВ А.Г.:

— Конгресс, минуя генерального прокурора, может инициировать процедуру, чтобы возник независимый прокурор, или не может?

ФАЙЕРСТОУН Т.:

— Дело в том, что Закон утратил силу 12 лет назад, он уже не действует. Когда закон действовал, если генеральный прокурор отказывался обратиться в суд, он должен был представить доклад Конгрессу, объяснить, почему он отказался обратиться в суд. Этим все заканчивалось.

ФЕДОТОВ А.Г.:

— А если Конгресс не согласен с этим?

ФАЙЕРСТОУН Т.:

— Насколько я знаю, такого не было.

ФЕДОТОВ А.Г.:

— То есть — фактически не было. И процедура не описана. Иначе говоря, этого не происходит, потому что генеральный прокурор, который в очевидной ситуации отказался бы обращаться в суд с просьбой о назначении независимого прокурора, просто совершил бы официальное самоубийство?

ФАЙЕРСТОУН Т.:

— Он сам попал бы под подозрение.

НОВИКОВ И.А.:

— Правильно ли я понял, что если такое происходит, у Конгресса в любом случае остается право самостоятельно, без вмешательства генерального прокурора, провести собственное расследование?

ФАЙЕРСТОУН Т.:

— Конечно, совершенно верно. Но потом, после известного дела Клинтона, закон о независимых прокурорах утратил юридическую силу, потому что было мнение, что независимый прокурор по этому делу К. Стэрр (Kenneth Starr) действовал в интересах республиканцев, что дело дошло до другой крайности, когда независимый прокурор стал инструментом политической оппозиции президенту. Закон отменили.

Сейчас процедура назначения специальных прокуроров определяется подзаконными актами Министерства юстиции. Если возникает подозрение в отношении политического лица, если будет конфликт интересов, если Министерство юстиции проведет расследование, то генеральный прокурор имеет право назначить специального прокурора. Но это дискреционное полномочие. Хотя должность называется «специальный прокурор», по сути, это тот же самый независимый прокурор, назначить которого имеет право генеральный прокурор. Если он в известной ситуации этого не делает, он будет должен объяснить свое решение. Специальный прокурор назначается из числа уважаемых юристов, которые не находятся на государственной службе, и он должен отчитываться перед генеральным прокурором, а генеральный прокурор должен отчитываться перед Конгрессом о результатах этого

расследования. Но все это сейчас происходит под руководством Министерства юстиции и генерального прокурора.

ФЕДОТОВ А.Г.:

— Известен скандал с губернатором Иллинойса, который торговал местом сенатора, освобожденным Обамой. Здесь назначался специальный прокурор?

ФАЙЕРСТОУН Т.:

— Это было обычное уголовное дело, которое расследовалось в обычном порядке, обычным, не специальным, прокурором. Это был федеральный прокурор Чикаго. Он независим, потому что относится к федеральной системе, губернаторы не имеют никакого отношения к федеральной власти, так что федеральный прокурор провел расследование в отношении губернатора штата. Здесь никакого конфликта нет.

ФЕДОТОВ А.Г.:

— Хорошо, начался этот процесс против губернатора Иллинойса. По какой процедуре его отстранили от должности губернатора? Он продолжал исполнять должности губернатора, а против него вели следствие? Как это было?

ФАЙЕРСТОУН Т.:

— Это не требуется, да. Я думаю, что он сам ушел.

ЖУЙКОВ В.М.:

— Для привлечения к уголовной ответственности не требуется никого отстранять. У них нет иммунитета. В США был случай, когда федерального судью посадили по законам штата, он сидел в тюрьме штата и продолжал получать федеральную зарплату, потому что у него были полномочия. Это очень известный случай.

НОВИКОВА Е.В.:

— Я вынесла из сказанного Томасом, что не бывает никакого взвешенного баланса между ветвями власти в отсутствие инструмента точечной, адресной подстройки, балансировки между ними.

ФАЙЕРСТОУН Т.:

— Совершенно верно.

НОВИКОВА Е.В.:

— Это необходимый и важный подстроечный механизм, без которого не бывает правового государства, значит, мы на правильном пути, и остается эту идею воплотить, предоставив профессиональному обществу качественный экспертный совет. Какова может быть палитра его применения в России? У нас какие-то формы гражданского контроля формально уже существуют, например, в виде парламентских расследований, которые очень уязвимы и малоэффективны именно в силу многочисленных недостатков, заложенных в закон. Есть опыт работы независимых комиссий в таких странах, как Канада, Австралия. Интересен опыт США, поскольку он демонстрирует не только отработанные процедуры, но и серьезные противовесы между ветвями власти, а также гарантии эффективности работы комиссии, например иммунитет свидетеля.

Поэтому мы должны четко структурировать эти институты применительно к России. На мой взгляд, в их содержание вполне логично может войти задача общественной экспертизы по знаковым уголовным делам, которая может подкрепляться ее статусом и общественным доверием, которые имеют независимые комиссии и независимые прокуроры.

Если представить совокупность этих элементов как единый пакет, отражающий нашу инициативу, остается понять, кому он может быть адресован. Однако, по опыту других стран, мы понимаем, что есть три принципиальных условия функционирования независимых комиссий — это независимое правосудие, независимая пресса (в нашей стране, с учетом ее специфики, прежде всего телевидение) и третий важный элемент — наличие оппозиции.

МОРЩАКОВА Т.Г.:

— Наличие оппозиции — это условие для создания всех этих форм.

НОВИКОВА Е.В.:

— Ни одной из этих предпосылок у нас на сегодня нет. Но если идти от обратного — и у нас появится политическая, идеологическая и юридическая составляющие для появления этого института, то это challenge, нереальный по сложности!

ЯСИН Е.Г.:

— Мое убеждение, что институты сами по себе не работают, они есть тогда, когда есть люди, которые их толкают. В сегодняшней

ситуации имеется более-менее благоприятная обстановка, заключающаяся в том, что люди, которые хотят использовать результаты выборов 4 декабря, проявляют активность — это оппозиция. Есть какие-то люди в аппарате правительства и в аппарате администрации президента, которые, может быть, тоже хотят. Нужно подать идею и искать союзников. Хотя в Правительстве, наверное, никто этого не захочет. Это ведь контроль за ними.

Что касается независимых прокуроров, должен сказать, что моя попытка понять, насколько и каким образом укоренено слово «независимый» в российском сознании, показывает, что это примерно как суверенная демократия. То есть можно что угодно, но независимый — это как? А кто будет управлять? А кто будет командовать?

НОВИКОВА Е.В.:

— Это наш главный вопрос.

ЯСИН Е.Г.:

— Перед нами западные эксперты в лучшие времена, в 90-е годы, ставили вопрос о том, что нам нужна независимая комиссия по тарифам, чтобы она не зависела от энергетиков, других министерств. Мы создали эту независимую комиссию, но ее сразу «припаяли» к какому-то заму, потом к какому-то министру — и все, и там сидит товарищ, который очень успешно ищет, кому подчиняться, всегда находит, нет проблем. Нам в этом деле придется многое начинать сначала.

ФЕДОТОВ А.Г.:

— Я предложил бы прислушаться к тому, что сказал Томас. Он сказал, что не было закона, который устанавливал бы правомочия вести независимое расследование (в данном случае мы говорим про парламент) или требовать документы, но Верховный суд сказал: «Это — составная часть конституционализма, без этого нет конституционного строя» (во всяком случае — в США). Судьи Верховного суда истолковали это особым способом: создание независимых комиссий — это составная часть конституционных полномочий парламента.

МОРЩАКОВА Т.Г.:

— Еще один интересный довод прозвучал: не может быть разумных законов, если у парламента нет инструмента контроля.

НОВИКОВА Е.В.:

— Это замкнутый круг, который должен быть разорван этим инструментом.

ТИХОМИРОВ Ю.А.:

— Обратите внимание, что американская система весьма специфична, она сильно децентрализована во всех своих построениях. Что можно взять? Конечно, это соблазнительный сюжет, но идеи независимого прокурора при той прокурорской системе, которая есть у нас, предполагает, что вы должны врастить почку в тот ствол, который к этому будет расположен. То, что было предложено, конечно, небезынтересно, но я пока не представляю, как это вписывается в нашу систему, если мы не предложим других конструктивных сюжетов.

РАДЧЕНКО В.И.:

— Юрий Александрович прав, потому что у нас несколько не та среда и административная структура выстроена не так, как в США. Кто такой независимый прокурор? Возникает ситуация, когда (гипотетически), допустим, кто-нибудь из министров, которого президент сдавать не хочет, оскандалился. В такой ситуации парламент должен иметь право назначить независимого прокурора, как человека, который вообще никоим образом не связан с действующей вертикалью прокуратуры, и выделить ему финансирование, предоставить право нанимать помощников. В данном случае расследование должен проводить независимый прокурор, который представит свои материалы суду. У прокурора все равно не будет конечного слова, если речь идет о преступлении. Если же речь идет не о преступлении, не об уголовном преследовании, тогда институт прокурора вообще нецелесообразно задействовать, тогда нужно применять институт парламентских или сенатских комиссий. Но в любом случае независимый прокурор должен быть независим, комиссия должна быть независима, в том числе и от того парламента, который ее сформировал. В этом суть.

Другой вопрос, кто должен и может инициировать назначение независимого прокурора. Кто, кроме парламента, может решать этот вопрос? Две палаты в парламенте — Сенат и Госдума. Совет Федерации — это звучит хорошо, но вы сами знаете, как появляются у нас сенаторы. Это может осуществлять одна Госдума, при всех ее недостатках, слабостях и несовершенствах. Такое право надо дать Госдуме.

ЖУЙКОВ В.М.:

— По поводу парламентских комиссий. Здесь, я думаю, вполне может быть аналогия с тем, что происходит в США, подход один. Парламент осуществляет контроль, несмотря на то, что у нас в Конституции это не записано (ведь именно из-за этого возникает проблема), — но у нас же была попытка проведения расследования по Беслану. Правда, вы знаете, что это закончилось ничем.

РАДЧЕНКО В.И.:

— В СССР была независимая комиссия.

ЖУЙКОВ В.М.:

— В СССР была, но тогда у Верховного Совета были другие полномочия. Сейчас их нет, но я думаю, если это прямо и не прописано в Конституции, все же это право нашего парламента, Думы и Совета Федерации, это вытекает из существа парламента.

Правда, я не уверен, что скажет по этому поводу Конституционный суд в нынешнем его составе. Потому что Конституционный суд 90-х годов и действующий сегодня серьезнейшим образом отличаются друг от друга. В принципе, было бы хорошо, если через независимые комиссии можно было бы осуществлять контроль. Качественные параметры и процедура — это уже детали, я говорю пока в принципе.

По поводу независимого прокурора. У нас есть существенное отличие от США. Потому что там генеральный прокурор — это министр юстиции, он — в системе органов исполнительной власти, назначаемый президентом. У нас где прокуратура? В 7-й главе Конституции «Судебная власть», она — не исполнительная власть.

МОРЩАКОВА Т.Г.:

— Нет, это все-таки исполнительная власть.

ЖУЙКОВ В.М.:

— Почему в главе 7-й Конституции — это понятно. Когда включили прокуратуру в 7-ю главу, там было только право прокурора поддерживать государственное обвинение, и это логично укладывалось в главу о судебной власти. А потом это убрали (там была отдельная история) и написали: «Полномочия прокуратуры определяются федеральным законом». Федеральным законом определили те полномочия, которые были еще в 95-м году, там и надзор, и следствие, и очень-очень много другого. Но тем не менее

прокуратура не входит в систему исполнительной власти, которую возглавляют правительство и президент. Фактически — да, он командует, но назначается генеральный прокурор не президентом, а Советом Федерации по представлению президента, так же как федеральные судьи, поэтому в общем-то конституционно прокуратура сейчас независима. Правда, какие у нее сейчас полномочия по поводу расследования? Практически никаких. Сейчас возник еще один орган, Следственный комитет, который непонятно к какой системе относится. Раньше он, когда был создан, относился к прокуратуре, это было понятно, а теперь он вообще нигде — ни в исполнительной власти, ни в какой другой.

ФЕДОТОВ А.Г.:

— Теперь это исполнительная власть.

ЖУЙКОВ В.М.:

— И полномочий у прокуратуры по надзору за расследованием практически нет никаких.

МОРЩАКОВА Т.Г.:

— Нет. За расследованием в МВД есть, а за расследованием в Следственном комитете — нет.

РАДЧЕНКО В.И.:

— Кстати, и в МВД нет, потому что за дознанием МВД точно так же упразднили надзор. Так что прокуратура следствия не касается ни в ФСБ, ни в МВД, ни в Следственном комитете.

ЖУЙКОВ В.М.:

— И вот предлагается, чтобы нынешний прокурор имел право возбудить уголовное дело в отношении любого министра и даже премьер-министра, только у президента — неприкосновенность.

МОРЩАКОВА Т.Г.:

— Прокуратура не может возбудить ничего.

ЖУЙКОВ В.М.:

— Сейчас — да. Поэтому, как назначать независимого прокурора и как он будет расследовать дело, если по УПК расследованием дел он не занимается, и более того, он даже отменять постановление следователя не может. Здесь огромное количество проблем.

РАДЧЕНКО В.И.:

— Принять закон о независимом прокуроре — без этого он не появится.

ЖУЙКОВ В.М.:

— То есть вне системы исполнительной власти. Так у нас прокуратура и сейчас вне системы исполнительной власти.

МОРЩАКОВА Т.Г.:

— Нет, на самом деле она в ней. Прокуратура существует практически как внутриправительственное ведомство по надзору за законностью.

ТИХОМИРОВ Ю.А.:

— Конечно, практически да.

МОРЩАКОВА Т.Г.:

— И надзирает она за законностью прежде всего ведомственных актов.

ТИХОМИРОВ Ю.А.:

— Но это де-факто, Тамара Георгиевна. Это же не модель, это де-факто.

МОРЩАКОВА Т.Г.:

— По функциям. Она надзирает за законностью ведомственных нормативных актов и за законностью действий должностных лиц любого уровня.

ЯСИН Е.Г.:

— Я полагаю, что мы можем создать некую негенеральную прокуратуру или отдел расследований в парламенте и включить в состав ее полномочий назначение независимых прокуроров для участия в таких делах, которые расследуются парламентом. То, что потом придется изменять много законодательных актов и находить этому место, вопрос понятный. Нужно начать дискуссию, потому что это новый институт. У нас никогда не было независимых учреждений в системе власти, и если вы вводите разделение властей, то появление таких институтов неизбежно.

Какие-то инструменты контроля, прежде всего со стороны парламента, абсолютно необходимы. Суд — это то, куда обращаются

за результатом, и понятно, что мы имеем те суды, какие есть, но надо искать себе союзников. У нас есть два слоя. Один слой — это то, что мы можем предложить содержательно с точки зрения права. Нормы, какие-то подходы, независимое расследование, независимый прокурор, общественные советы и так далее — это все надо предложить. Мы не можем остаться в стороне. Если мы беремся выполнять некую функцию общественного, так сказать, эдвайзера, советника, то мы должны учитывать эту политическую сторону. Безусловно, нужны контакты с оппозицией. Но принципиальный вопрос заключается в том, что нужно, чтобы это была не внешняя оппозиция, а демократическая оппозиция, то есть это были бы и представители парламентских партий, и представители непарламентских партий и организаций, которые участвовали бы в развитии институтов, в разработке каких-то правовых норм. Там будут споры, драки, что-то не будет получаться, но что-то, может быть, и получится. Мы должны исходить из того, что независимая оппозиция, в конце концов, дойдет до того, что состоятся выборы, и она тоже получит какие-то места в парламенте. Значит, они будут там действовать с более широкими правами. Кто у нас в правительстве может быть союзником? Я не знаю.

НОВИКОВА Е.В.:

— Думаю, в правительстве могут найтись те структуры, которые заинтересованы в активизации новых форм гражданского общественного контроля.

ЯСИН Е.Г.:

— Система описана самим Путиным в его статье про экономику, где он говорит: «И следствие, и прокуратура, и суд, и правоохранительные органы, все — одна цепочка, которая работает против бизнеса». Мы можем даже без ссылки это цитировать, потому что кто-то из нас это сочинил, я не показываю пальцем. Вы лучше меня понимаете, что такая система не в состоянии выполнять свои функции, если мы хотим иметь демократическое государство хотя бы «на пять копеек». Поэтому есть экспертный слой, который мы оставляем за собой, но должны быть какие-то политические ответвления, которые будут это реализовывать, потому что без этого усилия абсолютно бессмысленны.

МОРЩАКОВА Т.Г.:

— Есть много форм общественного контроля, и при нашем полном параличе во всех официальных структурах мы должны

предлагать их все. Мы сейчас даже представить себе не можем, что окажется наиболее приемлемым. Одну идею я знаю, как звучавшую уже, правда, совершенно тайно и непублично, но практически, и это была идея именно о независимых прокурорах. Ее уже обсуждали, но у нее есть, конечно, совершенно явные структурные или институциональные дефекты в том, как она предлагается, потому что предполагается, что эти независимые прокуроры будут «помощниками прокуратуры» в каком-то смысле. Они будут независимыми, но они будут пользоваться какой-то поддержкой прокуратуры, может быть, аппаратом, оргтехникой, потому что представить в нашей социальной и общественной среде независимую институцию, которая не имеет никакой опоры, никто не может, все двери закрыты. Если этой форточки, через которую происходит общение с другой частью официальной, но парализованной системы, нет, то ничего вроде как и невозможно. Но вопрос в том, чтобы создать целую группу независимых прокуроров, чтобы они были как бы в спящем состоянии и в нужный момент вступали в действие. Эта идея уже есть.

Идею независимой экспертизы, безусловно, надо дальше развивать, не давать ей увянуть, она существует уже реально, и Совет по правам человека при президенте проводит много экспертиз. Я знаю другие, неправительственные, в том числе профессионально действующие, организации, которые проводят очень много экспертиз с участием профессионалов. Но они в основном касаются юридических вопросов, а не вопросов социального развития, контроля правительственный ведомств, поскольку пока этот контроль официально возложен на прокуратуру, а парламент, по сути, такого контроля не осуществляет. Есть идея как-то соединить комиссии, которые мы хотели бы видеть как независимые, прежде всего экспертные инстанции (потому что в них должны действовать не должностные лица), с институтом уполномоченного по правам человека. Но мы должны обсудить следующее: если такие комиссии назначены, если они действуют, если они имеют публичное поручение, допустим, от парламента в какой-то области что-то предпринять, то главный вопрос связан с итогами их деятельности, с обязательностью этих итогов. Это касается и уполномоченного по правам человека, потому что по Федеральному конституционному закону у уполномоченного нет никакого права, кроме права получить в месячный срок от органов, в которые он направил свои рекомендации, их реакцию на предложенные им меры. Эти органы должны

прореагировать и сообщить уполномоченному о принятых мерах в письменной форме.

Но что означают в нашей концепции «принятые меры», это мы знаем, допустим, из ответа ГПУ на рекомендации Совета по поводу второго приговора по делу Ходорковского и Лебедева. Они сказали: «У нас в уголовном праве все в порядке, мы все необходимое уже сделали. Другие же общие предложения были уже отвергнуты общественностью». Что на самом деле является просто откровенной неправдой — и при ответе на первый пункт, что все сделано, и при ответе на второй, что общественность будто бы предложения по общим вопросам не поддержала. Даже то, с чем ГПУ сумело согласиться, например с необходимостью расширения участия присяжных по делам об экономических преступлениях, оно тут же торпедировало, сказав, что это якобы разрушит весь УК. При чем здесь УК, вообще непонятно, потому что речь идет о процессуальном законодательстве, и Совет предложил меры, как обеспечить, чтобы процессуальное законодательство в его нынешнем виде было приспособлено к возможности передачи дел из суда любого уровня при ходатайстве о рассмотрении дела с участием присяжных в ту инстанцию, где такой суд присяжных уже существует, и это, собственно, не требует дополнительных финансовых ресурсов. Кроме того, надо еще учесть, что государство сильно сэкономило на этом суде, когда оно исключило половину составов из его компетенции, хотя институт рассчитан был на более широкое применение, чем сейчас это имеет место. Это около 600 дел в год, которые рассматриваются по всей стране с участием присяжных — это же вообще мизерная цифра!

ЖУЙКОВ В.М.:

— Это еще до того, как был изменен закон, а сейчас еще меньше. Из миллиона — 500—600 дел.

МОРЩАКОВА Т.Г.:

— Ресурс есть — составление списков присяжных по всей стране обеспечивает эту деятельность, и ничего не нужно добавлять, но даже по этому поводу мы получили отказ. Поэтому что я вижу из всех предложенных форм? Комиссии, как мне кажется, могли бы быть приняты легче всего, в том числе и при их соединении с уполномоченным по правам человека, именно в связи с тем мотивом, что «комиссия представила, но мы же знаем, как нам от этого оборониться, как нам устоять, несмотря на всякие рекомендации

комиссии». Самый легкий путь двухвариантный: предложить парламенту модифицировать закон «О парламентских расследованиях». В нем ничего нет, но он есть, и это дает зацепку. Мы можем предлагать изменить этот закон, расширяя в нем возможности для контрольных функций парламента. Эта проблема решается проще, но это будет бессмысленно, если все будет ограничено уголовными делами. Предмет надо полностью менять, потому что иначе это попадает в сферу конкуренции с официальными инстанциями уголовного преследования, у которых возможностей и институциональных, и финансовых, и кадровых гораздо больше. Добавлять парламентское расследование в качестве части к тому, что проводят эти официальные инстанции, никак нельзя. Надо, внося изменения в этот закон, идти по другому пути, чтобы предмет деятельности органов, осуществляющих парламентское расследование, расширять. Но все равно остается вопрос о том, как прописать в этом законе меры по результатам расследования.

ЖУЙКОВ В.М.:

— Независимые парламентские комиссии, как я понимаю, действуют для того, чтобы решить вопрос о привлечении кого-то к ответственности. А идея общественной комиссии, как правило, — защитить человека, который был незаконно привлечен. Конечно, очень логично связать это с деятельностью уполномоченного по правам человека. Нужно связать это с Федеральным конституционным законом «Об Уполномоченном по правам человека», внести туда дополнения, чтобы на основании выводов комиссии закрепить за уполномоченным по правам человека право самому обратиться в суд соответствующей инстанции с тем, чтобы суд рассмотрел это.

ЯСИН Е.Г.:

— А комиссии при ком? Чьи комиссии?

МОРЩАКОВА Т.Г.:

— Они ни при ком. В том-то все и дело, что это комиссия, которая, хотя она учреждается публичной властью, не требует обязательного существования закона о комиссиях на все случаи, а требует принятия конкретного акта об учреждении каждой конкретной комиссии.

ЖУЙКОВ В.М.:

— Как добиться, чтобы наша власть утвердила состав комиссии?

НОВИКОВ И.А.:

— Возложить на нее формальные обязанности.

МОРЩАКОВА Т.Г.:

— Тут же возникает проблема: финансирование государственное, а комиссия независимая?

РАДЧЕНКО В.И.:

— Я никакого противоречия не вижу.

МОРЩАКОВА Т.Г.:

— Я не вижу противоречия, я вижу здесь определенную сложность.

ФЕДОТОВ А.Г.:

— Решение о том, что комиссия рождается, может принимать только тот орган, который может распоряжаться бюджетом.

МОРЩАКОВА Т.Г.:

— Который может выделить финансы.

РАДЧЕНКО В.И.:

— Вспомним, что нам в Канаде говорили: «А бывает и так, что у комиссии в середине работы закончились деньги». Сенат им больше не дает, и комиссия прекращает работу.

ФЕДОТОВ А.Г.:

— Но это в середине.

РАДЧЕНКО В.И.:

— Поэтому мы в начале года, допустим, при формировании государственного бюджета 0,001 процента закладываем на финансирование такой комиссии и определяем, кто вправе этими деньгами распорядиться — парламент, уполномоченный по правам человека, правительство.

НОВИКОВА Е.В.:

— Общий кошелек.

МОРЩАКОВА Т.Г.:

— Общий кошелек — это лучше всего, потому что это большая гарантия независимости.

ФЕДОТОВ А.Г.:

— На мой взгляд, идея эта — просто классная. Потому что она учитывает реалии нашей страны. Если будет бюджет, то обязательно появятся комиссии.

РАДЧЕНКО В.И.:

— Это точно.

НОВИКОВА Е.В.:

— Будет столько желающих сразу!

МОРЩАКОВА Т.Г.:

— Вот это, я полагаю, следующая фраза. Появится бюджет и появится желание его распилить. И тогда профанация идеи очень опасна, понимаете?

ЖУЙКОВ В.М.:

— Как можно называть комиссию общественной, если она создается парламентом или премьером?

ФЕДОТОВ А.Г.:

— Она не общественная, она — независимая.

НОВИКОВ И.А.:

— Дело в том, что общественный контроль, в принципе, — это непременный атрибут.

МОРЩАКОВА Т.Г.:

— Атрибут институтов государства.

НОВИКОВ И.А.:

— Вопрос общественного контроля — это то поручение, которое дает общество. То есть теперь уже очередь государства обеспечить функционирование этого института за счет бюджета. Это естественная форма функционирования.

МОРЩАКОВА Т.Г.:

— Это правда, но это — демократическая оценка.

ФЕДОТОВ А.Г.:

— Вы абсолютно правы. Но это проблема процедур — чтобы был назначен некоррумпированный человек.

НОВИКОВ И.А.:

— Нет-нет, нам надо продумать такую систему, чтобы она работала независимо от того, кого назначат.

НОВИКОВА Е.В.:

— И кто ее финансирует.

НОВИКОВ И.А.:

— Здесь было высказано несколько очень хороших идей, Томас говорил о парламентских расследованиях, парламентских комиссиях и о независимом прокурорском расследовании. Независимое прокурорское расследование было потом сведено на нет в результате изменения законодательства, но парламентское расследование осталось. Что касается вопроса парламентского расследования, мы говорим о нескольких очень важных моментах. Первый момент — это защита тех людей, которых называют информаторами. Должна быть железобетонная защита. Поэтому здесь мы обязательно наталкиваемся на необходимость дополнительного закона. Независимо от того, о каких комиссиях мы говорим, мы обязательно нуждаемся в новом законе о защите этих людей, свидетелей, и он должен понуждать людей к разговору, раскрытию информации.

Кроме того, Томас говорил, что правомочия по проведению независимых расследований принадлежит Министру, Сенату и Палате представителей, причем палатам раздельно. И он сказал: «У нас известен случай с Никсоном, когда никто не дал свидетелю иммунитета, но ему иммунитет дал Сенат». То есть только один из нескольких органов.

НОВИКОВА Е.В.:

— Многосекционность корабля должна быть.

НОВИКОВ И.А.:

— Мы должны продумать комиссию как институт, который будет функционировать на равных условиях, независимо от того, кто ее назначил. Но после того как кто-то ее назначил, она должна быть самостоятельным институтом, который пустится уже в свободное плавание в течение определенного срока и будет должен выполнить свою функцию независимо ни от чего. После своего возникновения комиссия уже не должна быть регулируемой, вот что важно.

Еще один момент, на который я обратил бы внимание, — порядок назначения независимых или специальных прокуроров. Неважно, кто инициирует этот процесс — далее вопрос разрешается судом из трех судей, которых выбирает парламент. И уже судьи назначают независимого прокурора, который будет проводить расследование.

МОРЩАКОВА Т.Г.:

— Это разумная вещь, но только, упали бог, если у нас будет создан такой суд из трех судей. У нас уже есть дисциплинарное судебное присутствие из шести судей, три из которых из Верховного суда, а три из арбитражного суда.

НОВИКОВ И.А.:

— Да, но это вопрос абсолютной открытости, публичности — доступа общества к информации едва ли не на ежедневной, еженедельной основе. Вы представляете, если в нашем обществе, которое интересуется этими вопросами, будет доступ к такой информации? Как будет функционировать этот институт? Может ли он быть манипулируемым? Ответ — да, но надо просто продумать какие-то дополнительные инструменты. При наличии полной гласности, открытости этот институт будет более независим.

ЯСИН Е.Г.:

— Я считаю, что мы должны подготовить текст, доклад, опубликовать его и провести обсуждение. Предложить его для обсуждения в парламенте, в общественной палате, в каких-то еще местах, где присутствуют средства массовой информации, чтобы этот доклад прозвучал. Учитывая его мягкий экспертный характер, он никаких революций не произведет, но создаст некое настроение, может быть, если мы будем активно продвигать его.

Мы должны рассчитывать на то, что наши предложения должны стать инструментом в руках тех людей, которые будут заниматься этими вопросами. Поэтому вопрос парламентских расследований — это дело парламента. Но такого парламента, в котором есть соответствующие партии.

СУББОТИН М.А.:

— Можно и нужно обсуждать механизмы, необходимые для развития институтов общественного контроля в дальнейшем. Сегодня говорили, что американский опыт построен на том, что это

федеративное государство, сильно децентрализованное, и тамошняя система совсем не похожа на российскую. С моей точки зрения, это как раз плюс для России, потому что в нашей централизованной системе институт независимых прокуроров вводить намного легче, чем в стране, где действует размытая по регионам власть. Другими словами, можно попробовать обернуть минусы сложившейся ныне в России системы государственного устройства во благо.

В свое время предприниматель А. Лебедев в письме кандидату в президенты Владимиру Путину предлагал использовать опыт института специальных прокуроров США для **повышения эффективности борьбы с коррупцией**. Он предложил в качестве первого расследования дело Магнитского. Кроме того, он указал на возможность подать иск российского государства к Березовскому и Абрамовичу об истребовании незаконных доходов от «Сибнефти», поскольку они сами в лондонском суде признали, что не платили за этот актив. Наконец, Лебедев отметил важность института независимых спецпрокуроров для «возврата украденных и отмытых за рубежом денег», которые он оценил в сумму свыше 500 млрд долларов: «Журналистам известны основные факты, счета, юрисдикции, юристы, физические и юридические лица, задачи расследований и даже расценки юридических процедур, но пока непонятно, какому правоохранительному органу в России представить эту информацию. Это должна быть структура, которая не помогает этим самым коррупционерам, а такую в настоящее время найти непросто»¹.

С одной стороны, в стране пропала функция контроля, а с другой — отстроена вертикаль власти, которая остро нуждается в таком институте.

Теперь по поводу институтов, которые можно было бы использовать для осуществления контроля. В России есть фактически два омбудсмена, один — действующий, по правам человека, второй — предполагаемый, по инвестициям (обсуждается идея создания такой структуры), и, в принципе, есть еще Общественная палата. Она появилась как квазипарламент, как попытка организовать обратные связи власти с обществом в отсутствие нормального парламента, нормальных партий. Можно думать и обсуждать проблему трансформации Общественной палаты, когда она не будет исполнять несвойственные ей функции квазипарламента, а будет

¹ <http://www.kommersant.ru/news/1882133>.

заниматься каким-то другим общественно полезным делом. Многие вопросы становления гражданского общества можно было бы решать в рамках трехсторонних переговоров парламента, правительства и некоего «профсоюза» гражданских организаций в форме Общественной палаты. Поскольку проблемы экологии, градостроительства, исторических памятников, гражданских прав и многие другие будут требовать своего решения еще многие годы, Общественная палата в своем новом качестве могла бы иметь право на запросы, инициировать проведение экспертиз, расследований и т.п. Это, конечно, в идеале.

ПРИЛОЖЕНИЕ Н

Отчет Комиссии Фитцджеральда, Австралия, Квинсленд, 1989

(дайджест)¹

В декабре 1987 года прессы австралийской провинции Квинсленд опубликовала серию статей относительно злоупотреблений в полиции. Подобные статьи появлялись и раньше, но полицейский департамент отвергал критику. В мае 1987 года, австралийская вещательная корпорация в телевизионной программе заявила о некомпетентности полиции. Было также заявлено о том, что полиция прикрывала преступную деятельность на протяжении длительного времени: игорный бизнес, организованную проституцию, торговлю наркотиками. Журналисты просто и быстро получили доказательства, подтверждающие собственников публичных домов, чего не было сделано полицией.

Вице-премьер провинции Квинсленд В.А.М. Ганн (William Angus Manson Gunn), исполнявший обязанности премьера (в отсутствие главы правительства провинции, занятого выборами), объявил о начале публичного расследования. Ождалось, что расследование ни к чему не приведет. Расследование не имело статуса королевской комиссии и во многом было ограничено вопросами, поставленными в телевизионной программе. Тем не менее Комиссии были представлены все материалы полиции и даже правительства. Комиссия нашла поддержку в парламенте и у оппозиционных партий. Правительство объявило о поддержке полицейского профсоюза при условии, что он поддержит расследование Комиссии в поисках правды. Комиссии был предоставлен персонал, помещения и требуемое оборудование. Сразу после начала работы Комиссии подтвердились сообщения о масштабной коррупции в полиции, что, как оказалось, являлось составной частью еще большей проблемы. Это потребовало расширения компетенции Комиссии, что происходило дважды в июне 1987 и в августе 1988 годов.

Деятельность Комиссии продолжалась 238 дней. Перед Комиссией предстали представители 131 организации. Было получено

¹ Полный текст отчета см.: http://lecs-center.hse.ru/images/lecs/fitzgerald_commission_report.pdf.

70 письменных заявлений. Опрошены 339 свидетелей, собрана 21 000 страниц материалов и к ним свыше 2000 документов в виде приложений. Сам отчет составляет свыше 400 страниц текста.

Нарушения, вскрытые в отношении полиции, оказались лишь верхушкой айсberга.

Были распространены деятельность нелегальных букмекеров, незаконные азартные игры и проституция. Не велась целенаправленная борьба против содержателей публичных домов, функционирующих под видом массажных салонов. Выявлялась только незначительная часть лиц, занимавшихся проституцией. Часто публичные дома становились центрами организованной торговли наркотиками. В 1978 году было наложено взаимодействие между Департаментом по лицензиям и Департаментом по наркотикам с целью осуществления арестов. По другим направлениям взаимодействия не осуществлялось.

Один из заявителей о нарушениях, Джеффсон, предполагал возможный сговор между букмекерами и полицией. Серия арестов имела место перед его официальным назначением на должность. Об этом сообщали его информаторы. Было обнаружено, что все рейды согласовывались с высокими полицейскими чиновниками, в связи с чем имелись подозрения о защите ими букмекеров. В ответ начались гонения на неугодных сотрудников. Имели место попытки перевода на другую работу с повышением. Когда они не состоялись, появились ссылающиеся на анонимные источники в Департаменте полиции критические статьи и эмоциональные публикации об излишней концентрации департамента на одних направлениях деятельности в ущерб другим.

В отчете отмечается, что подобная тактика эффективно используется коррумпированными полицейскими и связанными с ними журналистами, злоупотребляющими свободой прессы для распространения фальсифицированных сведений и измышлений в собственных целях.

Основу для расследования против Джеффсона составили обвинения в отношении «моети». Под «моети» понимается сумма оплаты информатора из штрафа, наложенного на лицо, осужденное на основе донесения информатора. Система оплаты в 1978 году была организована таким образом, что не защищала полицейских, если информатор не был в состоянии или не желал подтвердить, что действительно получил платеж. Таким образом, расходование этих средств являлось хорошим основанием для привлечения к ответственности любого полицейского. Информаторы не идентифици-

ровались, в результате чего на практике такие выплаты осуществлялись на вымышленное имя, что также составляло нарушение.

Расследование было поручено офицерам, вовлеченым в организованную преступную группу. Джифессону были представлены объяснения ряда его информаторов о том, что они по просьбе Джифессона подписывали пустые бланки в получении денег, хотя денег не получали. Отчет содержал вывод о получении им незаконно денег, но в то же время рекомендовал не передавать дело в суд. Джифессона не осудили. В 1979 году был утвержден перевод Джифессона из Департамента по лицензиям в Департамент мобильного патрулирования. Вскоре после этого против него было инициировано гражданское дело в связи с незаконным арестом, имевшим место в 1974 году.

Джифессона сменил инспектор Ринни. Расследования по вопросу «моети» привели к учреждению реестра, куда вносились имена информаторов и выплаты. Обратной стороной такого реестра стала открытость информаторов высшим полицейским, вовлеченным в коррупцию, а через них и преступникам. В результате имели место предложения денежных средств информаторам от преступников, а также случаи расправы.

Порядочные офицеры увольнялись из полиции. Против них инспирировались ложные обвинения. Проституток склоняли к даче в отношении этих офицеров заведомо ложных показаний за небольшую оплату. Такие же предложения делались в обмен на свободу осужденным и другим лицам. Ложные обвинения сопровождались сфальсифицированными подписями, имели место ложные заявления коллег о получении подношений от букмекеров и работников отелей за торговлю спиртным в запрещенное время. Подобные меры предпринимались в отношении полицейских с незапятнанной репутацией, которые ожидали назначений вместо коррумпированных офицеров.

Арестованные коррумпированные офицеры после ареста не оставались без внимания со стороны своих коллег. Заявляя о несостоятельности, они получали юридическую помощь бесплатно, а после освобождения приобретали дорогую недвижимость.

Уволенные за коррупцию полицейские привлекались для участия в незаконном игровом бизнесе в целях коррумпирования контролирующих чиновников. Клубы Квинсленда с 1974 по 1988 год в нарушение закона выплачивали игрокам выигрыши наличными, но никогда не подвергались наказаниям со стороны полиции, за исключением одного случая, когда в 1975 году полиция

изъяла 5 игральных автоматов. Игровые автоматы были источником оборотных средств для клубов и внушительным доходом поставщиков или операторов игровых автоматов. Игровые автоматы были настроены таким образом, что они выплачивали только ограниченный процент денежных средств, опущенных в них. Имела место конкуренция между операторами игровых автоматов за их наилучшее место расположения, за счет дачи взяток управляющим клубами. Автоматы также являлись источником доходов правительства. Правительство выдавало разрешение именно на использование конкретных видов игровых автоматов, несмотря на то, что они были в десятки раз дороже других игровых автоматов, под предлогом того, что они были автоматами для взрослых и более сложными. Деньги за это уплачивались каждый месяц чиновникам в правительстве, кроме этого деньги на ежемесячной основе (2000 долларов) выплачивались полицейским чиновникам. Взятки платились за информацию об автоматах новой конструкции и за дачу согласований о размещении или неразмещении автоматов новой конструкции, производимых конкурентами.

В последнее десятилетие порок в Брисбене (административном центре провинции Квинсленд) распространился чрезмерно, стал более организованным, имели место организованные синдикаты, некоторые с участием лиц, имеющих внушительное криминальное прошлое: наркотики, насилие, вымогательство, поджоги. Различные этнические сообщества оказались вовлечены в межэтнические конфликты в результате проступков их членов. Полицейская коррупция росла вместе с ростом дополнительных фондов, доступных для взяток. Такая же ситуация развивалась в туристических местах на побережье. Распространились кражи автомобилей. Не все полицейские принимали участие в происходящем, но все были осведомлены.

О наличии этих обстоятельств было сделано заявление в парламенте. Два офицера из Департамента лицензирования подготовили отчет, в котором идентифицировали 14 преступных групп, объединенных в картель. Эти два офицера были немедленно уволены в связи с расследованием по фактам «моети».

За взятки, при даче которых посредниками выступали бывшие офицеры полиции, лица, виновные в преступлениях, освобождались от ответственности по причинам недостаточности улик, что подтверждалось прокурорами. В 1980-х годах сборы за предоставление защиты («крыши») полицейскими составляли 200—1000 долларов в месяц.

С лицами, осужденными за проституцию, содничество и содержание публичных домов немедленно по возвращении из мест отбывания наказания полицейские достигали договоренностей об открытии новых публичных домов.

Полицейские контролировали ночные клубы, публичные дома, игровые заведения организовывали поборы с проституток, иногда привлекали к ответственности «за проступки» проституток из эскортных агентств или их водителей. Реже они инспектировали незаконные игровые учреждения. В отношении тех проституток и правонарушителей, которые не платили за покровительство (not paying protection), осуществлялись энергичные служебные действия.

Полицейские, которые не были вовлечены в преступную деятельность, утрачивали интерес к работе. Попадая в некомпетентное и коррумпированное окружение, они не имели персонала и средств на исполнение закона. Бездействие полиции скрывалось уголовной статистикой полиции, которая предоставляла вводящие в заблуждение отчеты об ее активности и эффективности. Например, один ежегодный отчет содержал информацию о стопроцентном искоренении проституции.

Использовались вымыслы и полуправдивые заявления о том, что незаконные игровые заведения, по сути, являлись «этническими клубами» или «кофе-шопами» и что наркотики не являлись синонимом в этих заведениях.

Сокрытию нарушений со стороны полиции способствовало закрепление определенных объектов исключительно за определенными подразделениями, с установлением запрета для других подразделений осуществлять контроль над ними, что, например, имело место в отношении публичных домов («массажных салонов»).

Утверждалось, что публичные дома социально востребованы (что, возможно, верно) и что лучше оставить известные публичные дома в известных местах, чем закрывать их и тратить силы на поиск мест, где они открыты заново. Правительство поддерживало полицию в подобных утверждениях, не желало слушать критику полиции, не проявляло интереса к состоянию уголовной юстиции и не обращало внимания на неблагополучное состояние целого комплекса социальных и юридических проблем.

Отчет содержит таблицу с исчислением доходов одного из коррумпированных чиновников (Herbert) от покровительства незаконного бизнеса, которые исчисляются миллионами долларов.

В конце 1984 года защита полицейскими проституции была весьма распространена. В связи с публикациями о мужской проституции, организуемой одним из преступных синдикатов, правительство назначило официальное слушание. Спустя год отчет был предоставлен министру юстиции и генеральному прокурору и позднее, в 1986 году, парламенту. Отчет содержал информацию о пяти организаторах проституции в Квинсленде, о покровительстве нарушителей. Некоторые операторы публичных домов были названы в приложении к отчету. Основные участники коррупционных действий также были названы в отчете.

В ответ полиция критиковала отчет за поверхностность и утверждала, что проблемы, если они и есть, вызваны недостаточным количеством персонала. Перепроверка была поручена Бюро уголовной разведки, которая подтвердила наличие преступных синдикатов в области проституции, имена их участников, адреса и криминальные контакты. В средствах массовой информации появились соответствующие сообщения.

Однако министру полиции был представлен иной отчет, который не включал информацию от разведки и нивелировал все обвинения. Вопрос продолжал будоражиться средствами массовой информации, в том числе в телевизионных программах и в интервью. Министр полиции (Ган) позднее возглавил правительство. Другой коррумпированный полицейский начал кампанию по своему избранию в парламент. Общество потребовало немедленного проведения слушаний.

Нелегальные букмекеры наносят громадный ущерб государственному тотализатору и являются способом ухода от налогообложения и отмычки. Известно, что зарегистрированные букмекеры часто размещают ставки у теневых букмекеров и, в свою очередь, теневые букмекеры часто размещают ставки у зарегистрированных букмекеров. Между ними происходит движение громадного денежного потока. Менее очевидна, но более опасна ассоциированность букмекеров с организованной преступностью. Нелегальная деятельность букмекеров высокоорганизована, многие работают с преступными синдикатами. Громадные доходы генерируются и инвестируются в другие виды деятельности. Такие же громадные суммы широко используются для коррупирования должностных лиц, включая полицию.

Громадные доходы от незаконной деятельности требуют большего, чем защита от коррумпированных полицейских. Доходы (часто в наличных), которые не используются в обороте и расши-

рении незаконной деятельности, требуется использовать и инвестировать. Имущество, которое невозможно спрятать, и шикарный образ жизни требуют объяснений. Большое число лиц и организаций, осуществляющих законную деятельность, готовы помочь тем, кто вовлечен в незаконную деятельность. Такими являются юристы, аудиторы, служители банков и финансовых институтов, агенты по недвижимости.

Способы легализации весьма разнообразны. Используются вымышленные имена. Документы датируются задним числом, фальсифицированные документы заверяются как действительные, кредиты выдаются на ведение незаконного бизнеса, финансовые отчеты фабрикуются, фальсифицированные документы подаются в государственные органы, включая налоговые. Взятки заявляются как корпоративные расходы. Совет и помочь предоставляются в отношении перевода денежных средств из одной юрисдикции в другую, в том числе для отмывания денег.

Отмывание денег обретает различные формы. Среди наиболее популярных — притворные сделки (*sham betting transactions*) — сделки, в которых установлены заниженные или завышенные цены, перевод денег через счета на вымышленные имена.

Имели место преследование полицейских, которые критиковали коллег или полицейское руководство, и награждение коррумпированных. В 1986 году Льюису, комиссару полиции Квинсленда, было даровано звание рыцаря (дворянское звание).

Были установлены случаи, когда лица или организации в поисках подряда от правительства предоставляли значительные денежные средства политической партии правительства. Правила, практика и использование таких средств скрывались от общественности. Это способствовало другим злоупотреблениям.

Премьер Квинсленда Петерсон являлся представителем Национальной партии. Президентом партии являлся Спаркс. Если прежде Национальная партия состояла в коалиции с Либеральной партией и осуществляла деятельность совместно, то с 1983 года премьер решил править с опорой на одну партию. Для этого требовались значительные суммы в целях организации выборов.

Госпиталь Бундаберг намеревался строить родильное отделение, для чего было проведено около 20 тендеров, в которых участвовали 2 компании: «Эванс», предоставившая документацию исходя из фиксированной цены, а также «Ситра», контракт с которой предусматривал возможность увеличения стоимости строительства. Уполномоченные государственные органы вынесли

решение в пользу компании Эванс. Но после получения взяток в сумме 250 000 долларов президентом Национальной партии Спарксом Кабинет по устному указанию премьера предоставил контракты «Ситре». Строительство госпиталя обошлось бюджету в 2,6 млн, что было на 65 тыс. дороже, чем это предусматривалось контрактом с фиксированной ценой, предлагавшимся Эвансом.

Имели место манипулирование средствами, переданными на партийные цели, сокрытие денежных средств, полученных в поддержку партии, в личных интересах, получение средств от анонимных источников на поддержку партии, использование самолетов в личных целях. Со слов премьера, он администрировал правила поведения, которые составляли неписаный кодекс, и каждый чиновник знал и соблюдал их.

Такой кодекс требовал от каждого министра раскрытия информации о любом коммерческом интересе в любом бизнесе до назначения в Кабинет. Данное положение не соблюдалось. Установлены случаи, когда лица и организации, вовлеченные в сделки с правительством, были также вовлечены в персональные сделки с его членами, которые участвовали в принятии решений в интересах таких лиц или организаций. Ни одно из таких нарушений не было вскрыто. При этом неоднократно имела место передача значительных средств для поддержки политических партий.

Премьер Петерсон имел семейную компанию «Geasom», которая получила кредит в полтора миллиона на приобретение дорогостоящей недвижимости. Собственниками и директорами компании «Geasom» были жена и дети премьер-министра. Кредит был рефинансирован Европейско-азиатским банком, который при утверждении сделки заручился поддержкой коммерческих проектов премьером и «простил» компании Geasom ее долг в 735 тыс. Имелись и другие семейные компании премьера, осуществлявшие бизнес с зарубежными инвесторами, пользуясь поддержкой премьера. Имело место строительство дорог за государственный счет к семейной собственности премьера, перекраивание административных районов и возложение расходов на эти районы.

Такие же частные интересы имели и реализовывали, находясь на государственной службе, другие лица из окружения премьер-министра.

Со стороны премьера имели место назначения судей из числа его личного окружения как в Верховный суд, так и в высшее руководство Верховного суда провинции. Премьеру принадлежали бизнес в области недвижимости, транспортный бизнес, размещение

счетов на офшорных счетах на Гернси и в других юрисдикциях, а также предприятия в добывающей индустрии, связанной с получением лицензий на пользование недрами.

Публичные обсуждения злоупотреблений были задушены со ссылкой на то, что они должны быть рассмотрены в суде. Прессе были поставлены заслоны судебными предписаниями о запрете распространения измышлений. Попытки рассмотрения дел в парламенте наталкивались на выданные судом запреты на обсуждение тех или иных вопросов в связи с рассмотрением дел в судах.

Парламент

В отношении парламента происходило манипулирование повесткой дня.

Парламент является форумом, в котором прежде всего обсуждаются вопросы о необходимости и ценности предлагаемых законов, включая те, которые увеличивают доходы и поступления в соответствующие бюджеты и фонды. Современная практика состоит в том, что законы формируются за пределами парламента. Министры предоставляют проекты. Исполнительные административные процессы, соответственно, в значительной мере формируются и развиваются за пределами парламента. Законодательство является сложным процессом, его формулирование требует специальных знаний и экспертизы. Никакое правительство не может иметь требуемых знаний и опыта по всем специальным предметам. Различный взгляд с различных сторон на проблему позволяет достигнуть наилучшего результата в отношении проекта законодательства. Общество имеет право рассчитывать именно на такой результат работы.

Это наиболее важно в отношении вопросов, которые затрагивают большую часть общества или общества в целом, такие как вопросы о коррупции и правоприменении. Общество вправе быть полностью информированным в отношении требуемых законов, их предмета, затрат и эффективности. Общество вправе поручать экспертам оценку различных точек зрения. Парламент, в свою очередь, является форумом для рассмотрения этих различных точек зрения.

В правительственной администрации не будет злоупотреблений, если процесс политических дебатов публичен и оппозиция не лишена возможности действовать по своему усмотрению.

Для того чтобы быть эффективным форумом, парламент должен иметь требуемые средства для надлежащей оценки предмета и

оценки правительственные предложений. Парламент может быть легко отстранен правительством от надлежащего исполнения своей роли, если будет лишен времени и требуемых ресурсов.

Любое правительство путем использования большинства в парламенте и контроля над общественными ресурсами в состоянии сделать закрытым политический процесс и нейтрализовать деятельность оппозиции.

Этого возможно избежать набором средств, среди которых наличие в парламенте полностью независимого спикера. Нейтральность такого рефери является критически важной.

Эффективная оппозиция также критически важна для надлежащего функционирования парламентской демократии. Члены оппозиции представляют собой силу, осуществляющую конституционную критику публичной деятельности госорганов. Неправительственные партии должны иметь надлежащие средства и детальную информацию о предмете, чтобы быть в состоянии осуществлять свой контроль и критику. В отсутствие информации о деятельности правительства оппозиция не имеет условий для своей деятельности. В отсутствие информации, в атмосфере секретности или неадекватной информации расцветает коррупция, там, где существует закрытость, всегда находятся люди, готовые манипулировать ею.

Функцией оппозиционной партии является выявление ошибок и ненадлежащей деятельности государственных служащих. Если оппозиция не в состоянии определить, что случилось или что происходит, и дать свое мнение по событию с помощью экспертов, она отстранена от своей непосредственной функции. В связи с этим необходимы структуры и системы, обеспечивающие, чтобы парламент и общество были надлежащим образом информированы о происходящем.

Конечно, существуют секреты, включающие вопросы национальной безопасности, международных отношений, частной тайны, коммерческой тайны и некоторые закрытые аспекты право-применительной деятельности. В этом случае важно, чтобы все вопросы подобных исключений из открытости определялись парламентом или независимым судом. Весьма важно, чтобы правительство было не в состоянии настаивать на секретности в то время, когда единственным риском является риск раскрытия чьего-либо преступления или просчета.

Для выполнения своей роли парламент формирует комитеты по различным направлениям, включая Комитет по расследованию.

Комитеты являются жизненно важной составляющей демократического процесса, в особенности в отношении комплексных вопросов. Они также работают как исследовательские органы и независимые источники информации для поддержания парламентских дебатов. Если они утрачивают свои функции, утрачивает функции и парламент. Парламентские комитеты должны иметь право назначать публичные слушания, а также полномочия проводить расследования, получать информацию и документы. Процедуры должны предоставлять парламентским комитетам достаточное время для рассмотрения вопросов. У парламентских комитетов должно быть также время для получения заключений независимых экспертов и консультантов.

Фундаментальным принципом парламентской демократии является общественное мнение, выражаемое через регулярные, свободные и справедливые выборы, следующие за открытыми дискуссиями. Но систему контролирует правительство, члены которого занимают свои места отнюдь не посредством свободных и справедливых выборов. Это способно негативно повлиять на роль парламента, в особенности тогда, когда правительство преследует собственные интересы в связи с возможностью утраты полномочий.

Юридическая система предназначена для защиты от злоупотреблений правительственной властью и ограничения этой власти в юридических рамках, установленных парламентом в соответствии с принципом естественной справедливости. Законность решений министров должна быть в любое время оценена в суде на предмет отсутствия злого умысла или ненадлежащих целей, или по ненадлежащим основаниям, или в случае нарушения процедур.

Важным элементом функционирования системы является свобода на информацию, представляющую собой право доступа к документации правительства и правительственных органов.

Парламентская демократия базируется на принципе подотчетности правительства перед народом в отношении направлений деятельности и поведения чиновников, которые их реализуют. Излишние бюрократизированные процессы позволяют правительству скрывать происходящее по собственному усмотрению.

Кабинет министров не должен заниматься вопросами назначения, продвижения, переводов и дисциплины государственных служащих, за исключением главных должностных лиц, требующих специального порядка назначения. В отношении остальных главной задачей министерства является утверждение честных и эффективных правил функционирования и контроля.

Назначения должны осуществляться при скрупулезном отборе кандидатов на основе конкуренции. Альтернативные кандидаты не должны отвергаться в отсутствие уважительной причины. Ненадлежащие назначения увеличивают риск принятия недобросовестных решений. Решения по персоналу должны быть приняты компетентными лицами, имеющими соответствующие полномочия, обязательно открыто.

Процесс назначения регулируется законом. В дополнение к закону Комиссией предложено следующее:

- все без исключения вакансии должны публиковаться;
- лица, продвигаемые по должности, должны рассматриваться на равных основаниях с лицами, подавшими заявления со стороны;
- решения против назначения должны приниматься теми же органами, которые рассматривают кандидатов.

По мнению Комиссии, срочный трудовой контракт с государственными служащими имеет преимущества перед бессрочным.

При назначении на определенные должности должны предусматриваться специальные процедуры, обеспечивающие, чтобы должности занимали талантливые лица, во избежание публичного недоверия к назначениям.

Судьи независимы от законодательной и исполнительной ветвей власти. Они назначаются исполнительной властью и увольняются при наличии уважительных причин парламентом. Во избежание лоббизма при назначении судей должны предусматриваться меры, которые могут скорректировать процесс назначения.

Надлежащие этические правила поведения трудно структурировать и формулировать в виде закона. Кодекс поведения для государственных служащих предложено усовершенствовать и проводить обучение этике. Большое значение имеют качество внутреннего управления и контроля. В отсутствие значимой работы персонал занят чем попало, по своему усмотрению. Честные государственные служащие являются в конечном счете основным потенциальным источником информации, требуемым для снижения уровня ненадлежащего поведения. Часто для порядочных служащих невозможно осуществлять деятельность в обстановке, где совершаются нарушения этики или законодательства. Еще в большей степени трудным для них является информирование об этом. Даже если они информируют вышестоящее лицо, это не означает, что вышестоящее лицо не замешано в той ситуации,

о которой информирует служащий. В этой связи рекомендуется принять законодательство, запрещающее наказывать лиц, информирующих о нарушениях в публичных органах. Аналогичный акт о защите информаторов (Whistle Blowers Protection Act) был принят в США в 1989 году. Важно также иметь независимый инструмент для проведения надлежащих расследований по таким сообщениям.

Важность независимости судей не подвергается сомнению, опасность для независимости составляет чрезмерная зависимость судов от административных и финансовых ресурсов правительственные департаментов. В отсутствие конкретных предложений Комиссией предлагается правительству и председателю суда провести консультации в отношении процедур, наиболее соответствующих статусу независимого суда.

Большое внимание должно быть уделено роли генерального аудитора в контролировании министерских расходов.

Особая роль уделяется вопросу рассмотрения парламентом расходов министерств на основе Общественного Счетного Комитета, действующего в соответствии с Актом 1988 года. Предложено усовершенствовать Акт с тем, чтобы лишить министерства права наложить вето на расследования Общественного Счетного Комитета и вето на опубликование и распространение им информации. Финансовые интересы любого парламентария или лица в правительстве имеют публичную значимость, поскольку могут повлечь конфликт между его публичными функциями и частными интересами. Введены конфиденциальный реестр коммерческих интересов членов семьи министров и публичный реестр коммерческих интересов всех членов парламента (но не их супругов).

Пожертвования партиям должны детально учитываться в специальном реестре. Отсутствие такого реестра порождает злоупотребления и недоверие общества.

Правовая реформа

Высказаны предложения в отношении разделения полномочий по законодательной инициативе. Критикуется отсутствие критической оценки законопроектов правительством. Указано, что ограничение в средствах и во времени при подготовке законопроектов вели к тому, что именно бюрократия (правительство), а не законодательное собрание окончательно формулировали законодательство.

Особо указано, что если бы Департамент юстиции был компетентным и профессиональным в течение последних двух десятилетий, он не допустил бы проблем в политической ситуации и уголовной юстиции Квинсленда. Подвергнута критике Комиссия по законодательным реформам, которая не имела ни средств, ни профессиональной подготовки для контроля и анализа избирательного и административного законодательства и законодательства, относящегося к деятельности уголовной юстиции.

Совет парламента не выполнил своих функций контроля за исполнением законодательства, поскольку находился в ведении премьера, а не Департамента генерального прокурора, не подчиненного премьеру. Критикуя процесс подготовки законов, Комиссия отметила ущерб, который причиняется подготовкой законодательства в спешке, без тщательного анализа.

Реформы функционирования уголовной юстиции фундаментально отличаются от других социальных или экономических реформ, которые обычно требуют выделения распределения и расходования средств. Все стороны имеют фундаментальную зависимость от функционирования уголовной системы юстиции. Парламент должен оказать помощь в идентификации целей и предоставить средства и полномочия для работы в этом направлении.

В ходе работы Комиссии исследовалась работа полиции, тюрем и других учреждений. Были выявлены многочисленные безобразия и установлена необходимость постоянного надзора за ними со стороны независимого специального органа.

Средства массовой информации являются наиболее важным и эффективным инструментом контроля за властными институтами и персонами и играют важную роль в выявлении коррупции. Некоторые средства массовой информации помогали при расследовании. Некоторые средства массовой информации занимали иную позицию. Будучи связанными с заинтересованными группами, они отстаивали их интересы, не забывая о своих. Определенная техника, связанная с секретностью и манипулированием новостями, позволяла правительству осуществлять значительное и часто неадекватное влияние на то, что публикуется в средствах массовой информации. В Квинсленде правительственные отчеты и информация «утекали» избранным журналистам, что позволяло манипулировать информацией.

Право на критику является важным элементом. Когда церковные и другие общественные лидеры, включая ученых, выражали независимую озабоченность в отношении состояния

общественных дел в Квинсленде, их комментарии часто нивелировались встречной пропагандой и персональными обвинениями.

Публичные протесты

Право на собрания (общественный протест) традиционно рассматривается в качестве аналога конституционного права на свободу слова. Это неотъемлемое право и гражданская свобода каждого. Решение о запрете уличных маршей в Квинсленде путем наделения полиции правом решать, при каких обстоятельствах демонстрация может быть разрешена, было заведомо неправильным.

Преступность и правоприменение

Страх наказания за преступление неэффективен, если законы не исполняются эффективно и не применяются адекватно. Законы, которые не могут быть исполнены, генерируют неуважение к закону и к властям.

В отчете приведены объяснения распространения некоторых преступлений и пассивности общества и социальных институтов. Лица, пытающиеся честно бороться с преступностью, становились предметами персональных обвинений и критики. Правоприменение функционировало крайне плохо. Во многих случаях потерпевшие не обращались с сообщениями о совершенных преступлениях. Причины такого необращения были различны, что отражено в отчете. Отмечены также случаи манипулирования статистикой преступлений.

Термин «организованная преступность» используется часто, но редко определяется. Он включает серьезные преступления, совершенные систематически, с участием нескольких лиц, сопряжен с планированием организации преступлений, сложных методов и техники их совершения. По мнению авторов, преступления, связанные с организованной преступностью, обычно включают воровство, мошенничество, налоговые и валютные нарушения, торговлю наркотиками, незаконный игорный бизнес, вымогательство, коррупцию, банкротство, корпоративные нарушения, укрывательство преступлений, изготовление фальшивых паспортов, торговлю оружием, незаконный трафик объектов фауны.

Современные виды организованной преступности включают грабежи, похищение грузов, кражи автомобилей и кредитных карточек, мошенничество в страховании, при банкротстве,

несостоительности, в предоставлении налоговой отчетности, медицинском и социальном страховании.

Подчеркивается, что исчерпывающее определение организованной преступности невозможно, и необходимость в этом отсутствует. На практике достаточно определить назначение доходов от преступности. Если доходы остаются у лиц, прямо связанных с совершением преступления, имеет место обычное преступление. Если часть сумм идет другим, не связанным прямо с преступлением, такое преступление скорее является организованным.

Отчет содержит положения об отмывании денежных средств, которое не может быть сведено к их сокрытию, хотя последнее может предшествовать отмыванию. Денежные средства скорее скрываются (а не отмываются) в следующих случаях:

- размещение денежных средств на офшорных или местных счетах и депозитах на вымышленные имена, приобретение недвижимости на вымышленные имена, приобретение ценных бумаг;
- выплата задолженностей;
- траты на «хорошую жизнь» и времяпрепровождение;
- сокрытие наличности.

Комиссия обнаружила следующие способы отмывания:

- установление цены на имущество и выплата разницы между задекларированной ценой и реальной ценой наличными из сокрытых фондов;
- скупка выигрышных билетов лотереи с вознаграждением;
- фальсифицирование значительных выигрышей у зарегистрированных букмекеров;
- использование «бумажных» кредитов;
- фальсифицированные соглашения об аренде, где аренда выплачивается из преступных средств;
- размещение незаконных средств в банках в качестве доходов от законного бизнеса;
- размещение наличных на выигрышных счетах и т.д.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Основной тезис нашей дискуссии — выявление соотношения феноменов верховенства права, государства, бизнеса и личности. Без решения этой проблемы невозможно ни планировать ближайшие дальнейшие действия, ни разрабатывать стратегию и прогнозы. Сегодня уже стало очевидным, что юридическое сообщество не может решить ее, ограничиваясь обсуждением вопросов исключительно юридических, в отрыве от политических и экономических реалий.

Все четыре элемента должны исследоваться в их взаимовлиянии и взаимодействии, поскольку лишь при обеспечении гомеостаза между ними может происходить развитие. На сегодня занятие «в чистом виде» правом, экономикой, политикой или социологией представляется малопродуктивным.

Почему приоритетом нашего проекта стала в первую очередь проблема соотношения права и экономики, в то время как высшей ценностью любого цивилизованного общества является личность, человек? На первый взгляд, при анализе соотношения права и экономики эта ценность как будто не просматривается. Однако на самом деле для обеспечения ситуации, когда власть будет вынуждена подчиняться праву, чем обеспечивается безопасность личности, должны быть запущены какие-то механизмы, которые нашему обществу еще только предстоит найти и которые не задаются автоматически самим по себе признанием личности высшей ценностью. Почему? Потому что сама по себе личность — вне системы ее внешних связей — решить свои проблемы не способна, и этим определяется потребность или интерес, обусловливающие создание государственной власти с ее обязанностью обеспечивать защиту личности, в том числе от государства. Поэтому необходимы такие структуры, институты, за которыми стоят не только индивидуальные интересы, но большие группы интересов, и которые могли бы решать задачу «обуздания» власти, ориентации ее на общезначимые цели.

Конкурентное состояние экономики и наличие независимого от власти бизнес-сообщества — это объективные характеристики, необходимые для развития любого общества и способные эффективно воздействовать на власть, поскольку для этого имеются

определенные ресурсы, общественные структуры и общий интерес, который может выступать как двигатель развития.

Все, что направлено на улучшение, изменение, трансформацию отношений между бизнесом и властью, как раз и есть то, что непосредственно привлекает в эту область правовой инструментарий. В то же время это — необходимое условие для становления права в качестве средства защиты как личности, так и бизнеса. Взаимосогласованное развитие права и экономики обуславливает и запускает процессы эффективного развития общества.

В этой связи принципиальным становится вопрос: удастся ли организовать такое взаимодействие экономики и права, результатом которого станет выработка стратегии общественного развития? Во многом это — вопрос среды. Среда, в которой существуют право, экономика, государство и общество, — очень большое пространство разноуровневых отношений и взаимодействий различных общественных сил. При этом крайне важно, на какие цели эти силы ориентируются. Они, во всяком случае, должны ориентироваться на право, в том числе и в качестве *стимула развития экономики, потому что без этого вообще никакого развития не будет*. Имея в виду такие стимулы, можно и нужно начинать с того, что экономику нельзя выстраивать и корректировать с помощью уголовной репрессии. Понимание этого отчасти уже появляется в общественном сознании, когда выдвигаются лозунги, касающиеся освобождения политзаключенных, или формулируются требования, связанные с ограничением произвола власти. Этим, в частности, объясняется внимание к избирательному законодательству, которое так волнует сейчас людей именно как средство, способствующее или препятствующее ограничению произвола власти. Ситуация требует согласования интересов.

Кто может выступать в качестве договороспособных сторон в этом процессе? Те, кто сейчас имеет власть, должны осознать, что их способность договариваться с обществом и необходимость добиться определенного консенсуса, пойдя на определенные уступки, есть условие и способ легитимного выживания. Надо при этом согласиться с тем, что такой консенсус можно рассматривать не как способ сохранения нынешней власти в ее сегодняшнем не-приглядном виде, а как способ выживания той власти, которая, меняясь и идя на уступки, будет признана обществом. Потому что при другом варианте — деструктивного развития — совершенно не исключается, что протестные силы могут вообще надолго похоронить идею законной власти и верховенства права, что, конечно,

было бы катастрофой, и чему должны всячески сопротивляться именно те, кто понимает ценность права. В этом — значение юридической науки, но, к сожалению, пока не практической юридической деятельности, потому что практика пока, безусловно, не отвечает тому, что она должна была бы собой представлять. При этом никак нельзя ограничиться обсуждением того, какую роль может и должен играть в государстве закон как форма регулирования общественных отношений. *Должны меняться идеи, которые лежат в основе законодательства: решающим является не мас-са законодательства и не иерархия актов, а основные идеи, лежащие в их основе.*

Наша книга как раз и предлагает такие основные идеи. Одна из них — идея защиты собственности, без которой невозможно ни развитие экономики, ни развитие личности. Вторая — это усиление общественного контроля над теми процессами, которые происходят. Если говорить о необходимости и возможности как-то изменять среду и положительно стимулировать ее развитие в направлении обеспечения господства права, а не власти, то необходимо стимулировать общественные институты в этой среде (нами обсуждались и независимые комиссии, и общественная экспертиза, и формы парламентского контроля, которые у нас пока не развиты). Потому что нет другого механизма, позволяющего донести до власти, если хотите, общественное неудовольствие. Общественные институты, которые должны развиваться, могут быть очень разными. Главное, чтобы — при всем их многообразии — они способствовали тому, чтобы обеспечивать в общественном развитии господство идеи *верховенства права*. Эта идея не отрицает мысль о том, что вовсе «не личности должны служить гарантиями против законов, а, напротив, законы должны служить гарантиями против личностей», но ориентирует на правовое содержание закона. И прививать такое понимание — конечно, задача юристов.

Т.Г. Морщакова

УКАЗАТЕЛЬ ИМЕН

- Абрамов А.В. 451, 466
Абрамович Р.А. 24–27, 128, 644
Авдашева С.Б. 91, 147,
Авдеева Д. 98, 112
Автономов В.С. 131
Аграновская Е.В. 504–505
Адамс Дж. 284, 285
Аджани Г. 244
Александр II 586
Александр III 10
Алексанян В.Г. 218, 504
Алексеев С.С. 160, 203, 240
Алексеева О. 118
Алиев Ф. 269
Ансон В. 258
Арановский К.В. 260
Аристотель 285
Арсеньев В.Д. 553
Асемоглу Д. 52
Аузан А.А. 451, 471–474
Ахиезер А. 42

Байден Дж. 111
Бартенев С.А. 119
Батый 169
Бахмина С. 505
Баумоль У. 122, 123, 124, 128, 131,
 181, 182
Беккария Ч. 198, 490–492
Беккер Г. 65, 67, 77, 145, 147, 473
Бендукидзе К.А. 205
Березовский Б.А. 24–27, 128, 644
Беркли Р. 243
Бернам У. 562
Боулз Р. 155
Брауэр Х. 158, 189–190
Брежnev Л.И. 116, 306, 314, 316,
 400
Бреммер Я. 212
Бромли Д. 49, 50
Бьюкенен Дж. 49

Вайнгаст Б. 11, 65, 124, 174, 175,
 223, 267, 269, 270, 474
Вебер М. 126, 270
Велькер К.Т. 245
Веретехин В.А. 158
Верников А. 121
Вишни Р. 148
Волков В.В. 121, 128, 129, 131, 134,
 136, 170, 331, 343–345
Вольтер 284
Воронина М.Ф. 259
Вышинский А.Я. 247–251, 253,
 400–401
Вяземский П.А. 473

Гайнер Р. 410
Гаман-Голутвина О.В. 48, 423
Ганн В.А.М. 646
Гароупа Н. 147, 155
Гегель Г.В.Ф. 254, 258
Гелтер М. 232
Гельман М. 119
Герцен А.И. 296, 297
Герасимов С.А. 137
Гибсон Дж.Л. 299–301, 304, 312
Гиммлер Г. 252
Гирке О. 260
Гитлер А. 252
Гладунов О. 104
Глазырин В.В. 173
Гоббс Т. 585
Гогель С.К. 225
Голь Ш. де 275
Головко Л.В. 556, 563
Гололобов Д. 504
Гомонов Н.Д. 298
Горбачев М.С. 206, 298, 306, 308,
 314, 316, 400, 586
Горбуз А.К. 547
Греф Г.О. 187
Грехенинг К. 232

- Григорьев Л.М. 44–60, 144, 145, 158, 166–170, 182, 184–186, 188, 214, 331, 345, 451, 461–464, 470
- Гуцериев М.С. 218
- Дайси А.В. 244
- Дворкович А.В. 112, 118
- Дебре М. 275
- Деннинг А.Т. 544, 545
- Дерипаска О.В. 26, 128
- Джексон Э. 187, 289–290
- Джеллаль М. 155
- Джеффесон 647, 648
- Дзядко Ф. 136
- Диккенс Ч. 169
- Дин Дж. 623
- Дмитриева А. 129, 134
- Довбенко М.В. 117
- Докучаев Д. 107
- Донских О. 297
- Дымовский А. 132
- Дюги Л. 249
- Дятлович В. 420
- Ежов Н.И. 248
- Ельцин Б.Н. 36, 127, 128, 206, 297, 308, 314–316, 500–501
- Жалинский А.Э. 121, 368–390, 468, 502
- Желина Ф. 274–292
- Жуйков В.М. 44, 135, 158, 166, 186, 256–257, 331, 340–343, 451, 486, 490, 532–551, 619, 621, 622, 625, 629, 633, 634, 635, 638, 639, 641
- Зайцев П.В. 451, 508–509, 512
- Заморенова Н.Г. 85
- Зимин А. 121, 136
- Зингалес Л. 87, 134
- Зиновьев Р.Ю. 451, 504–505
- Зубов А. 41
- Ивлев П. 504
- Иеринг Р. 249, 254, 263–264, 266, 381
- Илларионов А.Н. 109–110
- Казимирчук В.П. 173
- Кажегельдин А. 269
- Калиновский К.Б. 554
- Карапетов А. 121
- Карл I 243
- Касьянов М.М. 21
- Кауфманн Д. 419
- Кашанин А. 416, 421
- Кельзен Г. 249, 250, 252
- Кивит Д.Р. 303, 304, 309
- Кипнис Н.М. 562, 563
- Кирюшин П. 163
- Клименко А.В. 184
- Климентьев Г. 118
- Клинтон Б. 201, 568, 628
- Козлов А.А. 451, 499
- Кокс А. 624
- Космынин А. 42
- Коук Э. 171, 242
- Краевская Л. 136
- Краснов М.А. 547
- Кругман П. 211
- Крючкова П.В. 85, 147
- Кувшинова О. 112
- Кудрявцев В.Н. 173, 296, 297
- Кузьминов Я.И. 451, 453–454
- Куликов С. 116
- Кулов Ф. 269
- Курдин А.А. 144–157
- Курчикьян М. 331
- Курылев С.В. 554
- Лафитский В.И. 158, 203–206, 543
- Лебедев А.Е. 22, 644
- Лебедев В.М. 235, 553
- Лебедев П.Л. 22, 141, 268–269 447, 485, 494, 638
- Левински М. 201, 567
- Левитт С. 148
- Ленин В.И. 167, 251, 296
- Леони Б. 245, 264
- Лукас Р. 119
- Лукашева Е.А. 296, 297
- Луковкина Е.В. 85
- Магнитский С. 111, 196, 218, 644
- Майлс Т. 148
- Макаров А. 451, 499–501
- Макаров А.М. 555

- Манылов И.Е. 451, 467—468
 Маркс К. 196, 214, 585—586
 Марченко М.Н. 247
 Маршалл Дж. 290
 Медведев Д.А. 110, 111, 121, 138,
 214, 293, 298, 299, 311, 388, 399,
 471, 586
 Мейер-Кординг У. 260
 Милов В. 425
 Милс Р. 46
 Миронов В. 98, 112
 Мис Э. 405
 Митчелл Дж. 624
 Михайлов А. 109
 Михайлов В. 389
 Мишина Е.А. 416, 547
 Мокрецов М. 297
 Молотов В.М. 248
 Монгескье Ш. Л. 274, 284—286, 552
 Моршакова Т.Г. 121, 158, 161,
 166, 191, 192—197, 257, 258, 331,
 347—349, 357, 371, 451, 477—486,
 489—490, 517, 521—531, 601—618,
 619, 622, 625, 626, 630, 631, 633,
 634, 635, 636—639, 640, 641, 643,
 662—664
 Мэдисон Дж. 291
 Мэдофф Б. 111
 Мягков М.Г. 303, 304, 309
- Наганов В. 293
 Нагибина Е. 136
 Назаров А.Г. 365
 Наполеон 204
 Нарышкин С.Е. 137
 Наумов А.В. 158, 391—402, 451, 492,
 619
 Наумов И. 98
 Некрасов В.И. 218
 Немцов Б.Е. 202
 Никитинский В.И. 173
 Никитинский Л.В. 121, 158, 191,
 206—207, 208, 209, 210, 420, 451,
 494—495, 508, 546, 583—587
 Николаев-Полыновский А. 505
 Николай II 10
 Никсон Р. 202, 567, 623, 624,
 625, 642
 Никиulin П. 114
- Новиков И.А. 158, 187, 189,
 197—203, 331, 340, 451, 490—492,
 501—504, 564—582, 619, 628, 640,
 641, 642, 643
 Новикова Е.В. 9—18, 121, 135, 158,
 159—162, 181, 188, 207, 208, 209,
 223—240, 331, 333—334, 350, 371,
 416, 452, 456—458, 490, 493—494,
 497—498, 501, 619, 620, 629, 630,
 631, 632, 636, 640, 641, 642
 Норт Д. 11, 65, 85, 124, 174, 175,
 181, 182, 185, 223, 267, 269, 270,
 474
 Норт О. 623
- Обама Б. 167, 629
 Олсон М. 47, 167
 Остин Дж. 48
- Пальников М.С. 115
 Панеях Э.Л. 121, 129, 132, 134, 136,
 331, 336, 452, 470—471, 472, 475,
 505—508
 Панкратова М.Е. 298
 Паппэ Я. 121
 Пашин С.А. 546, 585
 Пейович С. 50
 Пелих О. 367
 Петерсон 652, 653
 Петрухин И.Л. 553
 Пешкова О. 420
 Пикуров Н.И. 452, 514—516, 517
 Пистор К. 50
 Подрабинек А. 39
 Поздняков М. 129, 134
 Познер Р. 54, 55, 145
 Полински А.М. 68, 147, 153, 154
 Полтерович В.М. 85, 90, 345
 Порталис Ж.Э.М. 204
 Примаков Е.М. 129
 Прохоров М.Д. 25, 115,
 Путин В.В. 21, 22, 36, 38, 39, 95, 96,
 97, 98, 104, 111, 115, 129, 132, 134,
 141, 164, 167, 213, 214, 314—316,
 424, 496, 500, 583, 586, 636, 644
 Пфлюг Х.Й. 260
- Радаев В.В. 121, 128
 Раджан Р. 87, 134

- Радченко В.И. 121, 145, 158, 162–165, 171, 174, 180, 186, 200, 202, 331, 333, 338–340, 353–367, 371, 373, 452, 474–476, 486–489, 619, 621, 632, 633, 634, 635, 640, 641
- Радыгин А.Д. 131
- Ракитин А.В. 251
- Рахунов Р.Д. 553
- Резник Г.М. 552–563
- Ривкин К.Е. 452, 489
- Ринни 648
- Ричардсон Э. 624
- Розинский И. 121
- Романова О.Е. 121, 452, 499
- Ромодановский К.О. 112
- Рубини Н. 212
- Рубченко М. 121
- Руссо Ж.Ж. 274
- Рыжков Н.И. 516
- Рыжова А. 102
- Савинъ Ф.К. 259
- Сазерленд Э.Х. 180
- Салахова А. 119
- Салыгин Е.Н. 121, 159, 177–181, 195, 452, 510–512, 619
- Самохин А.Л. 331, 346
- Сарджент Т. 117
- Сатаров Г.А. 178, 547
- Селиверстов В.И. 488
- Селина Е. 119
- Семенов В.М. 554
- Сергеева Ю. 309
- Силуанов А.Г. 101
- Симачев Ю.В. 131
- Симпсон Д. 562
- Симс К. 117
- Скалиа А.Г. 411
- Скобликов П.А. 556
- Смирнов А.В. 554
- Смирнов Л. 297
- Соломон-мл. П.Г. 293, 296, 413–430
- Сото Э. де 180, 181
- Спаркс 652, 653
- Сталин И.В. 248, 296, 306, 314–316, 337, 401
- Старр К. 628
- Стиглер Дж. 147
- Стиглиц Дж. 88
- Субботин М.А. 95–120, 121, 135, 159, 211–218, 331, 336–338, 350, 452, 495–496, 619, 643–645
- Сусаров А. 110
- Сэнцин В. 317–330
- Тамбовцев В.Л. 81, 85, 86, 90
- Тарасов А.М. 25
- Тибо А.Ф.Ю. 259
- Тимерзянов Р. 298
- Тимошенко Ю.В. 269
- Титаев К.Д. 121, 129, 134, 136, 452, 509–510
- Титов Б.Ю. 121
- Тихомиров Ю.А. 159, 173–174, 177, 195, 203, 619, 632, 635
- Торнбург Р.Л. 403–412
- Тосунян Г.А. 452, 464–466
- Трифонова В.В. 191, 196, 218
- Тулеев А.Г. 495
- Туманов В.А. 293, 296, 298
- Унгер Р. 427, 428
- Уолкер Р. 544
- Уоллис Дж. 11, 65, 124, 174, 175, 223, 267, 269, 270, 474
- Уэбб С. 124, 223, 269
- Файерстоун Т. 452, 512–514, 566, 620, 621, 622–629, 642
- Фалалеев Д. 136
- Федоров Н.В. 165
- Федотов А.Г. 121, 135, 145, 159, 164, 170–172, 182, 184, 187, 201, 202, 209–211, 219, 238, 239, 241–273, 332, 334–336, 337, 371, 373, 452, 492–493, 517, 620, 621, 627, 628, 629, 631, 634, 640, 641
- Федотов М.А. 452, 454–456
- Фейхтвангер Л. 226
- Филатов С. 297
- Фитцджеральд Г.Е. 567, 574, 576, 578
- Фолл А.Б. 622
- Фома Аквинский 169, 203
- Фрай Н. 253
- Хайек Ф.А. 261–265
- Харт К. 180

- Хендли К. 50, 293–316
Хешлинг Л. 284
Хиль-Роблес А. 607
Хлебников П. 24
Ходорковский М.Б. 21–22, 25,
32, 110–111, 133, 134, 141,
210–211, 268, 269, 447, 485,
494, 584, 638
Хомченко Ю. 309
Хропанюк В.Н. 247
Хрущев Н.С. 306, 311, 314–316,
400, 401
Хэмпден Дж. 243
- Цепляева Ю. 102
- Чайка Ю.Я. 200
Чанг Дж. 155
Чапковский Ф. 136
Чепуренко А. 121
Черненко К.У. 400
Черномырдин В.С. 24, 163
Черной М. 26, 128
Чехов А.П. 550
Чичваркин Е.А. 218
Чуйченко К.А. 400
Чуров В.Е. 200
- Шавелл С. 68, 147, 153, 154
Шаститко А.Е. 61–94, 147, 159,
167, 170, 174–177, 179, 182, 191,
241, 332, 338, 620, 621, 627
Шевченко Д. 297
Шлейфер А. 148
Шмелева Е. 98
Шохин А.Н. 98, 110,
Штаммлер Р. 249
Шувалов И.И. 100
- Эбзеев Б.С. 523
Эстон Д. 383
- Юргенс И.Ю. 159
- Явич Л.С. 259
Явлинский Г.А. 21–43
Якобашвили Д.М. 452, 496–497,
498, 499, 501
Якобсон Л.И. 184
- Яков (Джеймс) I 242
Яковлев А.А. 121–143, 159,
181–184, 187–188, 191, 332–
333, 338, 347, 452, 468–469
Яковleva Я. 142
Яни П.С. 215
Ясин Е. Г. 9–18, 159, 188, 190–
192, 196, 332, 372, 452, 458–
461, 462, 471, 498, 516, 517–
518, 620, 630–631, 635–636,
639, 643
Яшин И. 425
- Acemoglu D. 52
Adams J. 284
Ajanji G. 244
Agrast M.D. 76
Alvarez J.E. 323
Aristote 285
Avraamova E. 131
- Bachmann G. 260
Bahry D. 303, 305
Barber L. 299
Barrett J. 301
Baumol W.J. 122–124, 181
Becker G.S. 67, 145, 147
Belton C. 299
Benson M.L. 422, 426
Berggren N. 85
Berkley 243
Berliner J.S. 310
Bhagwati J.N. 122
Bingham P. 242
Black B. 130
Bobek M. 421
Bohte B. 325
Bollen K. 301
Bork R. 624
Botero J.C. 76
Bowles R. 155
Bromley D. 50
Brown D.K. 426
Brownlie I. 322, 329
Buccirossi P. 68
Buckley C. 301
Buckley N. 299
Bahry D. 303, 305

- Burton M.G. 46, 48
 Caplan R. 324, 327
 Carnaghan E. 303, 305
 Chang J. 155
 Chastenay C. 246
 Chavez R.B. 428
 Ciari L. 68
 Clark W.A. 304, 311
 Constantinesco V. 283, 289
 Costa P. 244
 Crawley 243
 Cullen F.T. 422, 426
- Dam K.W. 418
 Davis K.E. 418
 Dicey A.V. 244
 Duso T. 68
- Favoreu L. 277
 Finch 243
 Finifter A.W. 303
 Finkel J.S. 428
 Frierson C.A. 308
 Fuller L.L. 415
- Garoupa N. 147, 155
 Gibson J.L. 299, 301, 304, 312
 Gierke O. 260
 Ginsburg T. 428
 Glanville J.L. 301
 Grzymala-Busse A.M. 429
 Guarnieri C. 287
 Gunn W.A.M. 646
- Hallam H. 243
 Hamon F. 277, 279, 281, 282
 Harding L. 116
 Hayek F.A. 261—265
 Heinrich Ch. 260
 Hendley K. 50, 293—316
 Heuschling L. 284
 Higley J. 46, 48
 Hirschl R. 287
 Huskey E. 293, 296
- Jansson M. 243
 Jaworski L. 625
 Jellal M. 155
 Johnson S. 52
- Jones 243
 Jordahl H. 85
- Kahnemann D. 68
 Kaiser K. 330
 Kastelec A. 325
 Kaufmann D. 419
 Kelsen H. 249, 250, 252
 Khlebnikov P. 24
 Kirchhof F. 260
 Kiewiet D.R. 303, 304, 309
 Klabbers J. 324
 Kleinfeld R. 415
 Koellreutter O. 253
 Kraakman R. 130
 Krueger A.O. 122
 Kühn Z. 421
- Lai C. 155
 Ledeneva A.V. 310
 Levitt S. 148
 Lipman M. 308
- Madison J. 291
 Magalhães P.C. 428
 Maugué Ch. 274, 275, 279, 280, 282
 Meyer-Cording U. 260
 Mickiewicz E. 303
 Miles T. 148
 Mishler W. 302
 Mitchell J.N. 624
 Molina F. 426
 Montesquieu 274, 284, 285, 286, 552
 Myagkov M.G. 303, 304, 309
- North D. 11, 65, 85, 124, 174, 175,
 181, 182, 185, 223, 267, 269, 270,
 474
- Olson M. 47
- Paulus A. 327, 328
 Pederzoli P. 287
 Pejovich S. 50
 Pellet A. 324
 Pflug H.J. 260
 Philip L. 277
 Pierré-Caps S. 283, 289
 Pistor K. 50

- Platiše M. 328, 329
Plucknett T.F.T. 242
Polinsky A.M. 68, 147, 148, 153, 154
Ponce A. 76
Popova M. 429
Portinaro P.P. 244
Poutvaara P. 85
- Remini R. 290
Robinson J.A. 52
Rose R. 302, 303, 305
Ruckelshaus W. 624
Rousseau D. 275, 276, 277, 281, 282, 283, 288
Rousseau J.J. 274
- Sahlas P.J. 246
Sancin V. 317—330
Savigny F.C. 259
Schkade D.A. 68
Sharlet R. 296, 311
Shaw M. 324, 329
Shavell S. 68, 147, 148, 153, 154
Shleifer A. 148
Solomon P.H., Jr. 293, 296, 413—430
Spagnolo G. 68
Stahl J.-H. 274, 275, 279, 280, 282
Stecklov G. 301
Stein E. 323
Stigler G. 147
Streit M.E. 262
Sunstein C.R. 68
- Tabbach A.D. 68
Tamanaha B.Z. 415
Tarassova A. 130
Thibaut A.F.J. 260
Torney-Purt J. 302
Touchie J.C.W. 262
Trebilcock M.J. 418
Trevor 243
Trochev A. 291, 429
Troper M. 277, 279, 281, 282
Tyler T.R. 301, 302, 303
- Unger R.M. 428
- Vernon 243
Vishny R. 148
Vitale C. 68
Voltaire 284
- Wallis J. 11, 65, 124, 174, 175, 223, 267, 269, 270, 474
Webb S. 124, 223, 269
Weingast B. 11, 65, 124, 174, 175, 223, 267, 269, 270, 474
Weston 243
Welcker K.T. 245
Wohlgemuth M. 262
- Yagil D. 301
Yang C. 155
Yared P. 52
Yu-Shan Wu 429
- Zolo D. 244

Настоящая книга продолжает цикл исследований, начатый коллективной монографией «Верховенство права и проблемы его обеспечения в правоприменительной практике» (2009). Авторы исследуют феномен верховенства права и его принципиальное значение для оздоровления общества и успешного экономического развития. По мнению авторов, в России принципы верховенства права не реализованы и отсутствие прогресса в этом направлении, как ничто другое, способствует деградации экономических, правовых и общественных институтов: рынок деформируется системой извлечения «административной ренты», стремительно растет коррупция, деловая активность гаснет и т.д. Вывод авторов: дальнейшее успешное экономическое развитие России возможно только в условиях реализации принципов верховенства права.

Для широкого круга юристов, экономистов, политиков и специалистов в области законотворчества, правоприменения, теории права и экономики.

This book continues the series of studies started by the collective monograph «Rule of Law and Russia. Issues of Implementation, Enforcement and Practice» (2009). Authors study the phenomena of rule of law and its fundamental importance for the improvement of the health of a society and the successful economic development of the society. Some authors conclude that principles of the rule of law have not been realized in Russia to the time, and the lack of any progress in that direction, as nothing else, contributes to further degradation of economical, judicial and public institutions: the free market is distorted by the system of «administrative rent» extraction, corruption grows rapidly, business activity goes down, etc. Authors conclude that further successful economic development of Russia is possible only upon the real enforcement of principles of the rule of law.

For wide range of lawyers, economists, politicians, and specialists in the field of the lawmaking and law enforcement process, the theory of law, and economics.

**ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА
КАК
ФАКТОР ЭКОНОМИКИ**

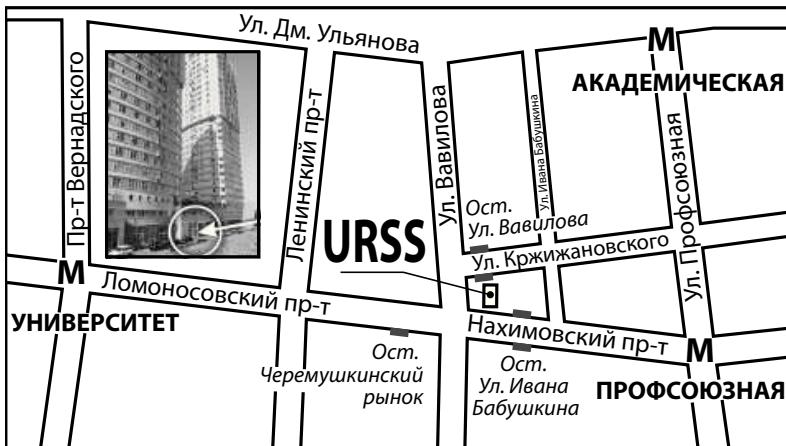
Подписано в печать 16.01.2013. Формат 60×90 1/16.

Бумага офсетная № 1. Печать офсетная.
Объем 42,5 печ. л. Тираж 1100 экз. Заказ № .

Издательство «Мысль»
тел. (495) 956-17-40

В Москве все книги издательств ИРИСЭН и «Мысль»
всегда можно купить в магазине издательства URSS:

9³⁰–18³⁰ Пн–Пт
12⁰⁰–18⁰⁰ Сб–Вс
Нахимовский пр-т, д. 56
Тел. (499) 724-25-45



От м. Профсоюзная:

8 мин. пешком (до офиса) или одна остановка наземным транспортом:
автобусы №67, 37к, 130; троллейбус №43
до остановки «Ул. Ивана Бабушкина»

От м. Университет:

трамваи №14, 39 до остановки «Черемушкинский рынок»;
трамваи №22, 26 до остановки «Ул. Вавилова»;
автобусы №22, 26 до остановки «Ул. Ивана Бабушкина»

В Москве книги издательств ИРИСЭН и «Мысль»
можно купить в магазинах:

«Циолковский»

Пн-Вс 10⁰⁰—22⁰⁰

м. Лубянка, Китай-город

Новая площадь, д. 3/4

Здание Политехнического Музея, подъезд 7д

Тел.: (495) 628-64-42; (495) 628-62-48



«Фаланстер»

Пн-Вс 11⁰⁰—20⁰⁰

м. Тверская, Пушкинская, Чеховская

Малый Гнездниковский пер., 12/27

Вход в арке, над аркой вывеска "КНИГИ", 2-й этаж.

Тел.: (495) 749-57-21



ВЫШЛИ В СВЕТ

- Арментано Д.* Антитраст против конкуренции. (Серия: «Экономика») 2005. 431 с.
- Бенда Ж.* Предательство интеллектуалов. (Серия: «Политическая наука») 2009. 310 с.
- Бетелл Т.* Собственность и процветание. (Серия: «История») 2008. 476 с.
- Вудс Т.* Как Католическая церковь создала западную цивилизацию. (Серия: «История») 2010. 287 с.
- Герземанн О.* Ковбойский капитализм. (Серия: «Экономика») 2006. 270 с.
- Готфрид П.* Странная смерть марксизма. (Серия: «Политическая наука») 2009. 256 с.
- Карлсон А.* Шведский эксперимент в демографической политике. (Серия: «Социология») 2009. 312 с.
- Котликофф Л., Бёрнс С.* Пенсионная система перед бурей. (Серия: «Экономика») 2005. 348 с.
- Кревельд М. ван.* Американская загадка. (Серия: «Международные отношения») 2008. 552 с.
- Кревельд М. ван.* Расцвет и упадок государства. (Серия: «Политическая наука») 2006. 544 с.
- Кревельд М. ван.* Трансформация войны. (Серия: «Военная мысль») 2005. 344 с.
- Кубедду Р.* Политическая философия австрийской школы: К. Менгер, Л. Мизес, Ф. Хайек. (Серия: «Политическая наука») 2008. 405 с.
- Лал Д.* Непреднамеренные последствия. (Серия: «Экономика») 2007. 338 с.
- Леони Б.* Свобода и закон. (Серия: «Право») 2008. 308 с.
- Линдси Б.* Глобализация: повторение пройденного. (Серия: «Экономика») 2006. 413 с.
- Нисбет Р.* Прогресс: история идеи. (Серия: «Социология») 2007. 557 с.
- Нозик Р.* Анархия, государство и утопия. (Серия: «Политическая наука») 2008. 424 с.
- Смит В.* Экспериментальная экономика. (Серия: «Экономика») 2008. 806 с.
- Үэртта де Сото Х.* Социализм, экономический расчет и предпринимательская функция. (Серия: «Экономика») 2008. 488 с.
- Фуллер Л.* Мораль права. (Серия: «Право») 2007. 308 с.
- Хайек Ф. фон.* Право, законодательство и свобода. (Серия: «Политическая наука») 2006. 644 с.
- Хайек Ф. фон.* Судьбы либерализма в XX веке. (Серия: «История») 2009. 336 с.
- Шёк Г.* Зависть: теория социального поведения. (Серия: «Социология») 2010. 538 с.
- Шеллинг Т.* Стратегия конфликта. (Серия: «Международные отношения») 2007. 374 с.
- Ясаи Э. де.* Государство. (Серия: «Политическая наука») 2008. 409 с.

Кревельд М. ван
АМЕРИКАНСКАЯ ЗАГАДКА
Серия «Международные отношения»

Книга израильского историка Мартина ван Кревельда посвящена исследованию США, как уникального исторического, социального и политического явления. Особенности США автор объясняет фундаментальными идеологическими предпосылками,ложенными в основу американского государства. В книге анализируются такие аспекты американской жизни, как государственное управление, экономика, взаимоотношения между поколениями и полами, внешняя политика, методы ведения войны и политика безопасности. В последней главе рассматриваются различные сценарии будущего США и их последствия для роли этой страны в мировой системе.

М. ван Кревельд исследует США с позиции непредвзято настроенного иностранца, не склонного ни к восторгам, ни к огульной критике. Тем самым он продолжает традицию, заложенную еще «Демократией в Америке» Алексиса де Токвилля.

Кубедду Р.
ПОЛИТИЧЕСКАЯ ФИЛОСОФИЯ
АВСТРИЙСКОЙ ШКОЛЫ
К. Менгер, Л. Мизес, Ф. Хайек
Серия «Политическая наука»

Профессор политической философии в Пизанском университете Раймондо Кубедду посвятил свою книгу тому влиянию, которое интеллектуальная революция конца XIX в. оказала на все общественные науки и в первую очередь на политическую философию и экономическую теорию. Именно тогда основатель австрийской экономической школы К. Менгер заложил основы субъективистского подхода к теории ценности и одновременно эволюционной теории социальных институтов. Два великих последователя и соотечественника Менгера, Л. фон Мизес и Ф. Хайек, будучи не только экономистами, но и обществоведами в самом полном смысле этого слова, творчески развили идеи Менгера, разработав законченную социально-политическую теорию.

В книге анализируются методологические и теоретические основы подхода Менгера—Мизеса—Хайека к социальным наукам. Автор изложил результаты анализа важнейших политических проблем XX века: социализма и тоталитаризма, демократии и государственного вмешательства в жизнь общества. Отдельная глава посвящена философским основам либерализма.

Бенда Ж.
ПРЕДАТЕЛЬСТВО ИНТЕЛЛЕКТУАЛОВ
Серия «Политическая наука»

Французский писатель, философ, публицист Жюльен Бенда (1867—1956) вошел в историю европейской культуры главным образом как автор книги «Предательство интеллигентов» (1927). В представлении Ж. Бенда, общественная функция интеллигента — сохранять вечные духовные ценности человечества и служить для людей нравственным ориентиром, показывая им образец деятельности, не подчиненной практическим целям. Но интеллигенты, утверждает автор, изменили своему назначению — не потому, что оказались вовлечеными в события истории, а потому, что утратили важнейший свой атрибут: беспристрастность. Вместо того чтобы судить обо всем происходящем с позиций общечеловеческой справедливости, общечеловеческой истины, общечеловеческого разума, они приняли реализм массы, прониклись «политическими страстиами» и стали разжигать их в согражданах.

Нозик Р.
АНАРХИЯ, ГОСУДАРСТВО И УТОПИЯ
Серия «Политическая наука»

Работа современного американского политического философа Роберта Нозика посвящена обоснованию неизбежности и справедливости существования «минимального государства». В качестве отправной точки автор рассматривает «естественное состояние» общества, в котором еще нет государства и действуют базовые этические нормы — право человека распоряжаться самим собой, присваивать никому не принадлежащие материальные объекты и добровольно обмениваться с другими людьми своим имуществом.

Нозик доказывает, что государство, т.е. организация, обладающая монополией на насилие, может возникнуть из «естественного состояния» путем добровольного делегирования людьми первичных прав. Это государство будет иметь своей функцией исключительно защиту жизни и собственности граждан от насильственных посягательств. Всякое расширение его функций (в том числе создание институтов «социального государства») будет означать нарушение базовых прав и вести к отрицательным последствиям для общества. Все необходимые общественные функции, кроме защитной, должны осуществляться на основе добровольного сотрудничества.

С момента выхода в свет книга Роберта Нозика приобрела статус классической и вошла в круг обязательного чтения для всех, кто изучает политическую философию и смежные дисциплины.

Леони Б.
СВОБОДА И ЗАКОН
Серия «Право»

«Свобода и закон» — главное сочинение выдающегося итальянского юриста Бруно Леони, увидевшее свет в 1961 г. В этой книге автор доказывает, что главным препятствием для реализации принципа верховенства права является избыточное законодательство. На основе обзора римского права автор показывает, что по мнению древних римлян право представляло собой процесс открытия, а не набор официально принятых приказов. То есть исторически и традиционно «право» рассматривалось как нечто, открываемое судьями и юристами, а не отождествлялось с тем, что создают и за что голосуют группы законодателей. Это то, что использовали частные стороны судебного процесса для урегулирования разногласий и конфликтов друг с другом, а не воля государства или некоторых групп людей, силой навязываемая остальной части общества. Широко распространенное сегодня смешение права и законодательства совпадает по времени с эпохой постепенного укрепления позиций социализма, в которую довелось жить нам.

Автор демонстрирует близкие параллели между рынком и обычным правом, с одной стороны, и социализмом и законодательством — с другой.

Вторая книга, входящая в этот том, называется «Закон и политика» и состоит из нескольких лекций, прочитанных автором в 1960-х годах. В них он анализирует идеи только что появившейся в то время школы общественного выбора, представленной Дунканом Блеком, Джеймсом Бьюкененом и Гордоном Таллоком.

Шёк Г.
ЗАВИСТЬ. ТЕОРИЯ СОЦИАЛЬНОГО ПОВЕДЕНИЯ
Серия «Социология»

В классической работе немецкого социолога Гельмута Шёка представлен всесторонний анализ зависимости как социально-психологического и социального явления и как мотива социального поведения человека. Исследуется роль этой эмоции в поддержании социальной структуры традиционного общества, в возникновении радикальных уравнительных и социалистических движений. Показано, что институционализированная зависимость является одним из главных препятствий на пути экономического роста развивающихся стран. На обширном материале изучается также роль зависимости в современной политике и институтах развитых обществ. Предмет исследования рассматривается с междисциплинарных позиций с привлечением материалов антропологии, этнографии, психологии (психоанализа), литературоведения и других дисциплин.

Финнис Дж.
ЕСТЕСТВЕННОЕ ПРАВО
И ЕСТЕСТВЕННЫЕ ПРАВА
Серия «Право»

Фундаментальный трактат австралийского правоведа и философа Джона Финниса — один из наиболее успешных и авторитетных опытов реконструкции классической теории естественного права с учетом достижений современной общественно-политической и правовой философии различных направлений. Концепция автора продолжает богатую естественно-правовую традицию, восходящую к Аристотелю и Фоме Аквинскому. Дж. Финнис выделяет определенные первичные, самоочевидные, несводимые друг к другу виды блага, или базовые ценности, такие как человеческая жизнь, знание, искусство, игра, общение, практическая разумность, религия, и обосновывает невозможность отказаться от каких-либо из этих видов блага или пренебречь одними в пользу других, не впадая во внутреннее противоречие. В трактовке Финниса естественное право — это те нормы поведения, которые необходимы людям и обществам для достижения блага во всех его видах. С момента своего выхода в 1980 г. книга стала классической и вызвала острые дискуссии, продолжающиеся и поныне.