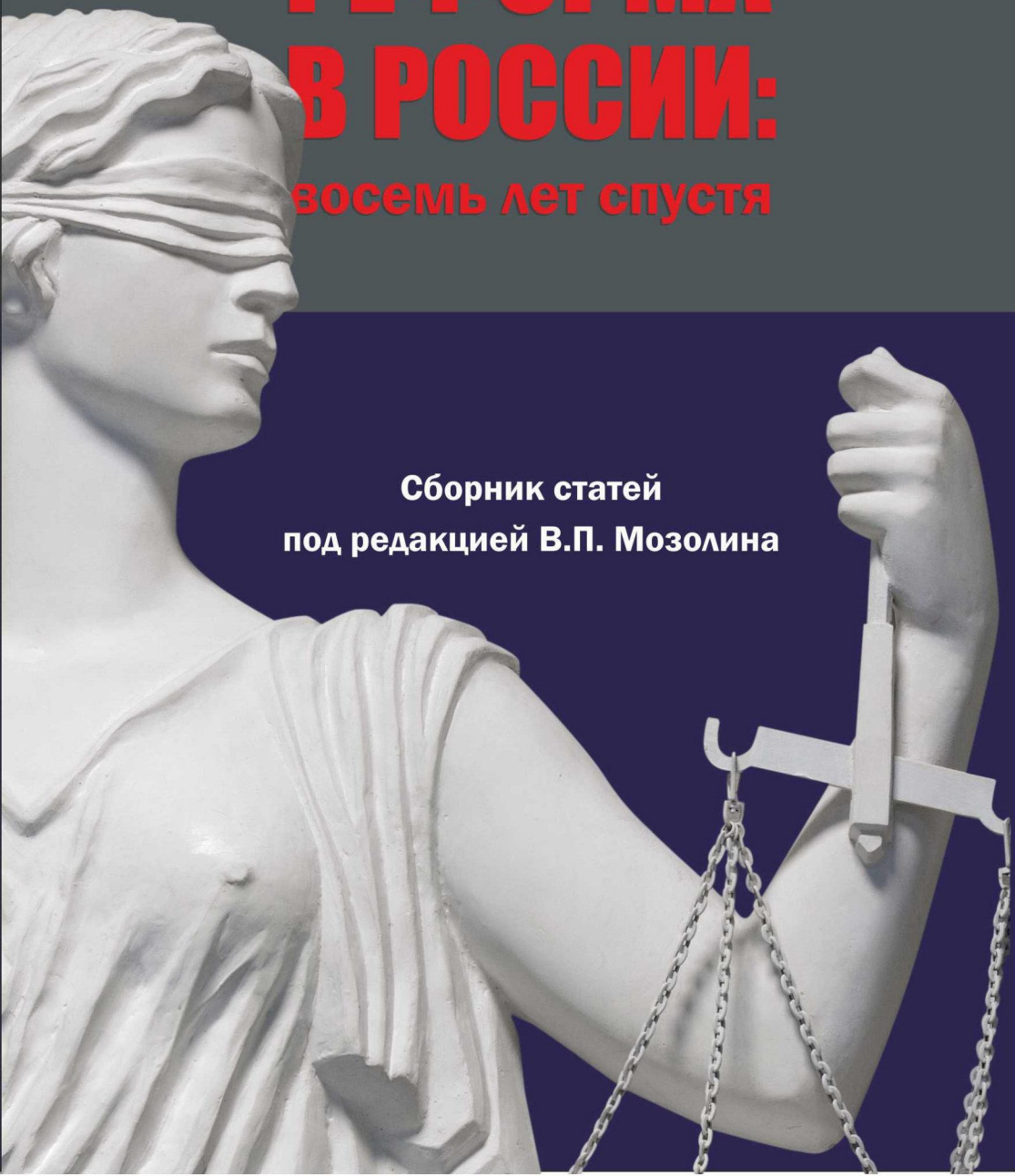


ПРАВОВАЯ РЕФОРМА В РОССИИ:

ВОСЕМЬ ЛЕТ СПУСЯ

Сборник статей
под редакцией В.П. Мозолина



Междисциплинарный Центр философии права

Международный Союз (Содружество) адвокатов

Межрегиональный общественный фонд
«Фонд развития права»

Совет молодых юристов Московского регионального
отделения Ассоциации юристов России

Адвокатская палата г. Москвы

(при участии адвокатской конторы «Аснис и Партнеры»)

ПРАВОВАЯ РЕФОРМА В РОССИИ: ВОСЕМЬ ЛЕТ СПУСТЯ

**Сборник статей под редакцией В. П. Мозолина
Составитель П. Д. Баренбойм**

ЛУМ
Москва
2013

УДК 340(470)(091)

ББК 67.4

П68

П68

Сборник статей / Под редакцией В.П. Мозолина.

Составитель П.Д. Баренбойм.

Правовая Реформа в России: восемь лет спустя. — М.: «ЛУМ», 2013. — 348 с.

Сборник статей под редакцией классика российской юридической науки Виктора Павловича Мозолина посвящен, в первую очередь, проблеме официального объявления и содержательного развития правовой реформы в России.

Опубликование в 2004 году исторических «Тезисов о правовой реформе в России» Председателя Конституционного суда РФ Валерия Дмитриевича Зорькина, к сожалению, не привело к изменению позиции исполнительной и законодательной властей по вопросу объявления (или, как отметил в своей статье Генри Маркович Резник, «необъявления») правовой реформы. Через восемь лет после опубликования доктринальной программы правовой реформы можно констатировать, что о ней, как и об утвержденной в 1991 году Концепции судебной реформы, как бы стараются забыть. При этом в соответствии с проведенными в 2012 году опросами общественного мнения, большинство граждан страны не удовлетворены работой судов.

Без правовой реформы развитие страны по всем направлениям, особенно в сфере экономики, будет происходить менее эффективно.

**Legal Reform in Russia: Eight Years After
Collection of articles / Edited by Viktor Mozolin**

Collector of articles Petr Barenboim, – М.: LOOOM Publishing, 2013.— 348 p.

This is a collection of articles under the editorship of Professor Viktor Mozolin, one of the current leaders of Russian legal science. The articles mainly concern the problem of official announcement and development of legal reform in today's Russia.

In 2004 the Chairman of the Constitutional Court of the Russian Federation, Valery Zorkin, announced a historic program of nation-wide legal reform, "Theses for Legal Reform in Russia". Regrettably, Zorkin's announcement has amounted (as prominent Moscow lawyer Henry Reznik puts it in his contribution to this volume) to a "non-announcement"— since it has failed to alter the intransigent position on legal reform taken by the Russian executive and legislative authorities.

Today, eight years after the publication of Zorkin's program, some leading political figures in Russia appear to have completely forgotten not only about this program but also about the Concept of Judicial Reform adopted as far back as 1991. Meanwhile, public opinion polls conducted in 2012 show that majority of Russian citizens are deeply dissatisfied with the performance of Russian courts. The lack of adequate legal reform will continue to retard this country's development in all areas, especially stifling its economic development.

ISBN 978-5-9903067-6-9

Оформление © ЛУМ/LOOOM, 2013

СОДЕРЖАНИЕ

В. П. Мозолин — Предисловие	5
В. Д. Зорькин — Тезисы о правовой реформе в России	20
В. П. Мозолин — Восемь лет спустя	38
Г. А. Гаджиев — Использование онтологоико-правовой методологии при решении проблем цивилистической теории	63
Е. Г. Тарло — Проблемы правовой и судебной реформы	93
В. М. Жуйков — Судебно-правовая реформа и проблемы специализации судов	122
В. И. Лафитский — Правовое государство и факторы его развития в сравнительно-правовом измерении	149
Г. М. Резник — Правовая реформа и адвокатура	174
А. Я. Аснис, Л. О. Иванов — Конституционно-правовые проблемы реализации права на защиту при решении следственными органами вопроса о продлении срока следствия	193
В. А. Виноградов — Правовая реформа требует серьезного финансирования	208
Ш. Н. Хазиев — Международный опыт и конституционно-правовые проблемы научного обеспечения расследования и судопроизводства по делам об экономических преступлениях	216
А. В. Смирнов — К вопросу о продолжении судебной реформы в России	243
П. Д. Баренбойм — Соотношение доктрин Верховенства права и Правового государства как главный вопрос конституционализма	266
В. Д. Мазаев — К истории вопроса о российской правовой реформе	306
Иэн Стюарт — От “верховенства права” (Rule of Law) к “правовому государству”(Legal State): время реинкарнации?	322
Список авторов	343

ПРЕДИСЛОВИЕ

Виктор Павлович МОЗОЛИН

ПРАВОВАЯ РЕФОРМА В РОССИИ

Восемь лет назад впервые в истории нашей страны Валерием Дмитриевичем Зорькиным сформулирована в тезисной форме программа правовой реформы в России. Думается, никого не удивило, что это сделано именно им. Этот выдающийся юрист стал первым в истории Председателем Конституционного суда России, принимавшим в начале 1990-х годов, как бы символизируя равенство судебной власти, военные парады рядом с главами исполнительной и законодательной властей, а затем мужественно противостоявший применению военной силы в 1993 году. Он прошел через опалу власти, но вновь был избран Председателем Конституционного суда.

Зорькин к тому же является на сегодняшний день крупнейшим философом права, а без философии права невозможно осмыслить задачу проведения правовой реформы во всем ее масштабе. Прошло более восьми лет, а власти России продолжают замалчивать идею объявления правовой реформы. Сегодня это кажется еще более далеким от осуществления, чем в 2004 году. Тем не менее, обязанность юридического сообщества — добиваться от исполнительной и законодательной властей объявления и продвижения правовой реформы.

Как специалист по гражданскому праву хотел бы рассмотреть пути развития гражданского законодательства в России через призму доктрины правовой реформы, выдвинутой В. Д. Зорькиным.

Валерий Зорькин правильно заметил в своих Тезисах: «В отношении формирования пока еще не сложившейся системы законодательства России преобладают устаревшие подходы,

в том числе и к кодексам. Особенно не хватает комплексности и систематичности корпоративному праву, которое частично регулируется ГК РФ, частично другими, плохо увязанными между собой законодательными актами. В этих условиях очень важна разумная интернационализация российского права.

Наиболее логичной представляется адаптация нового российского законодательства к стандартам Европейского Сообщества, которые в настоящее время внедряются в законодательства стран Балтии и Восточной Европы, т.е. стран, вполне сравнимых с Россией.»

Развитие гражданского права необходимо рассматривать в контексте общего развития российского права. Более того, его следует постоянно соизмерять с развитием гражданского и торгового права высокоразвитых стран мира, поскольку гражданское право России является составной частью конгломерата общемировых систем права.

На законодательном уровне в центре российского гражданского права, как известно, находится Гражданский кодекс РФ, принятие которого растянулось на довольно значительный период времени, начиная с 1994 г., и продолжается по настоящее время.

Но сам по себе Гражданский кодекс РФ, каким бы важным законодательным актом в системе российского государства он ни был, еще не считается правом в собственном смысле этого слова.

В состав понятия права, в том числе гражданского права, в качестве его составных частей входят как минимум три юридических элемента: правосознание, нормы права и правоприменение. Указанные элементы должны присутствовать в понятии права в совокупности. При отсутствии любого из них перестанет существовать и само право.

В понятие права нередко включают в качестве его этического элемента также справедливость. Однако в общей гуманитарной доктрине необходимо проводить различие между правовыми нормами поведения людей и нормами нравственности, основанное, прежде всего, на способах и порядке их применения. При нарушении первых применяется государствен-

ное принуждение, при нарушении вторых применяются меры общественного осуждения лиц, их не выполняющих. В случае же включения норм справедливости в состав права они неизбежно теряют свою самостоятельность, в том числе в качестве критерия по установлению необходимого соответствия издаваемых государством правовых норм нормам нравственности, господствующим в обществе, что может привести к весьма пагубным последствиям для всего общества. В этом случае перестают существовать и нормы нравственности, и нормы права. Нормы нравственности должны существовать в качестве самостоятельной группы норм в общей системе правил, определяющих поведение членов общества.

Сказанное ни в коей мере не принижает роли и значения норм справедливости в существовании и функционировании права в обществе. Право должно быть основано на нормах справедливости.

Через нормы справедливости право проникает в сознание каждого человека. Иначе человек не может быть убежден в правильности своего поведения, а нормы права вообще перестанут применяться так, как хотелось бы обществу и законодателю. Право как социальная категория вообще не может существовать без норм нравственности. Это парные социальные категории, функционирующие в обществе параллельно, т.е. не сливаясь в какое-либо единое моногамное образование.

Несколько слов о каждом из элементов, входящих в структуру права. Бесспорно, что одним из ведущих начал в формировании права является правосознание членов общества. Правосознание присутствует в течение всех периодов, связанных с зарождением, существованием и применением права: в период, предшествующий созданию правовых норм, на стадии их разработки и принятия соответствующими государственными органами власти, в течение всего времени функционирования в обществе, включая возможность принудительного применения правоохранительными органами государства в случае их нарушения.

В составе общего понятия правосознания необходимо выделять профессиональное правосознание юристов, которое

должно присутствовать на всех стадиях зарождения и существования правовых норм. Особенно важно — на стадии разработки и принятия законов, прежде всего, кодексов. К сожалению, в отличие от общепринятой мировой практики, у нас в России до сих пор встречаются случаи, когда не разработка доктрины предшествует принятию закона, а наоборот, на основе уже принятого закона формируется его доктрина. Так, в частности, случилось с принятием Государственной Думой четвертой части Гражданского кодекса РФ, посвященной праву на результаты интеллектуальной деятельности.

Проект данного Кодекса (его четвертой части) был, по существу, монополично разработан в недрах Исследовательского центра частного права при Президенте РФ. При этом он не был предметом последующего широкого профессионального обсуждения до его принятия Федеральным Собранием РФ, результатом чего явилось наличие в нем весьма существенных недостатков.

Второй элемент понятия права — это нормативные акты, верховенство в которых принадлежит закону. Основываясь на положениях ст. 10 Конституции РФ, закрепившей принцип разделения государственной власти в стране на законодательную, исполнительную и судебную, понятие закона в п. 2 ст. 3 Гражданского кодекса РФ используется в узком значении этого слова в качестве нормативного акта, принимаемого исключительно законодательными органами Российской Федерации и субъектами Российской Федерации.

Господствующую позицию в числе законов, естественно, занимает Конституция РФ. В связи с этим возникает вопрос о соотношении Конституции РФ с нормами международного права, при решении которого нет единодушного мнения в цивилистической доктрине.

По нашему мнению, первичным и основополагающим нормативным актом является Конституция РФ, в соответствии с которой от имени нашего государства подписываются международные договоры, происходит присоединение к международным договорам и осуществляется решение других вопросов, связанных с применением права на территории РФ. Согласно

п. 1 ст. 7 ГК РФ, «общепринятые принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются в соответствии с Конституцией РФ составной частью правовой системы Российской Федерации».

Третий элемент в понятии права — это практические действия по применению закона (иного нормативного акта) к конкретным жизненным обстоятельствам, осуществляемые субъектами права, как правило, на добровольной основе без вмешательства правопринудительных органов государства. При отсутствии добровольности в применении закона самими субъектами права таким элементом становятся решения судов, а в случаях, прямо предусмотренных законом, постановления других правоохранительных органов государства.

Если говорить о создании и действии права, то можно сказать, что оно состоит из двух последовательно осуществляемых стадий.

На первой, верхней законодательной стадии происходит создание общего правила поведения для всех без исключения субъектов права, которому те должны безукоризненно следовать независимо от того, идет ли речь о Президенте государства, учителе, инженере, рабочем, Газпроме или мелком предпринимателе.

Вторая стадия рассчитана на создание и применение индивидуальных правил поведения физическими и юридическими лицами требований закона с учетом специфики каждого конкретного случая, связанного с его применением. При принудительном применении закона приходится прибегать к помощи судов или иных правоохранительных органов государства. При добровольном применении субъектами права закона индивидуализация заключенного в нем общего правила поведения осуществляется каждым из них на основе его собственного правосознания и нравственного отношения к праву в целом.

Как при добровольном, так и принудительном способах применения закона (иного нормативного акта) должно действовать правило неоднотипности решений, могущих быть принятыми по одному и тому же делу с участием различных субъектов права. Так же, как не существует двух абсолютно одинаковых

людей, нет и двух абсолютно одинаковых судебных дел с абсолютно аналогичными условиями и способами их решения. Поэтому при применении одной и той же нормы права при рассмотрении двух похожих одно на другое дел с различным составом их участников решения суда с учетом специфики каждого дела могут быть не одинаковыми.

Именно в этом находит свое проявление принцип индивидуализации применения общих правил поведения, закрепленных в законе (ином правовом акте) на этапе второй стадии создания права. «Конституция США — это не то, что в ней записано, — как заметил еще в начале XIX в. Председатель Верховного суда США Дж. Маршалл, — а то, что говорит о ней судья».

При принудительном применении судом закона (иного нормативного акта) рассматриваемая вертикаль по созданию права замыкается на судебном решении, выносимым судом, обязательным не только для лиц — участников спорного материального правоотношения, но и для всех субъектов права, включая само государство. Именно в момент вступления принятого судом решения в законную силу произошло рождение права в форме его отдельной правовой нормы или нескольких правовых норм.

В данной связи возникает вопрос о том, являются ли Постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ источниками права. Однозначно, да. Кстати сказать, я бы так вопрос вообще не ставил.

Даже решение мирового судьи как самой низшей инстанции в судебной системе нашей страны, вступившее в законную силу, является одним из источников права.

Главным участником цепочки по выработке конкретного источника права является именно тот судья или тот состав суда, который вынес это решение. Так что речь здесь идет не только и не столько о Постановлениях Пленумов высших судебных органов, но и обо всех вступивших в силу и не отмененных решениях судов первой инстанции.

В совокупности одним из важных элементов в понятии права и, соответственно, его источником становится судебная практика. Суд является одним из важнейших государственных

органов, участвующих в процессе формирования права, и это вполне очевидно.

В данном случае под источником права понимается судебное решение, в форме которого происходит применение закона или другого нормативного акта. Именно по решению суда норма закона или другого нормативного акта становится нормой права, обязательной для применения всеми лицами, включая стороны, участвующие в деле, а также третьими лицами, в том числе государством. При этом если данное решение не исполняется сторонами и не соблюдается третьими лицами добровольно, вынесенное судом решение применяется принудительно с использованием необходимых государственных средств принуждения.

Именно суд, а в случаях, указанных законом, и другие правоприменительные органы государства при принудительном применении закона (иного нормативного акта) уполномочены превращать законы и другие нормативные акты в право. Функции суда, связанные с превращением нормы закона в норму права, настоятельно требуют укрепления всего судебного корпуса (состава судей), резкого повышения его профессионального уровня и гражданской ответственности за судьбу создаваемого права.

В данной связи резко возрастает роль адвокатов, мнения которых в условиях перехода к состязательному процессу России должны способствовать принятию судами правильных судебных решений с учетом индивидуализации и применения права к конкретным обстоятельствам каждого конкретного дела, рассматриваемого судом.

При этом важно отметить, что индивидуализация правовой нормы на уровне судебного решения не означает, что одна и та же норма закона (иного нормативного акта) должна преобразовываться в необозримое число правовых норм в решениях судов, выносимых с применением данной нормы закона. В этом случае понятие нормы права как общего правила поведения утрачивало бы свое значение.

Указанное противоречие устраняется вышестоящими судами (апелляционными, кассационными, Верховным Судом

РФ, Высшим Арбитражным Судом РФ) в принимаемых ими определениях и постановлениях. По большому счету именно для этого главным образом и существуют перечисленные выше суды.

В определениях и постановлениях этих судов и формируется общая судебная практика как источник права наряду с правосознанием и законами (иными нормативными актами).

Наличие трех вышерассмотренных источников [правосознания, закона (иного нормативного акта), судебной практики (при принудительном применении нормативного акта, прежде всего закона)] является необходимым условием в создании такого сложного социального образования, каким считается право в жизни общества, функционирующего на основе закона. При отсутствии одного из них в странах с романо-германской системой права, равным образом как и в России, о праве как таковом, действующем во всех сферах жизни общества, говорить не приходится. Взаимодействие всех названных источников в создании и применении права на каждом этапе развития общества должно быть сбалансированным, что в принципе не исключает самой возможности изменения их пропорционального соотношения в отдельные периоды жизнедеятельности общества. В данном случае речь может идти о переходных периодах в развитии общества, когда старые законы перестают действовать, а новые законы еще не созданы.

Рассматривая проблему взаимодействия источников в составе права, нельзя обойти молчанием те страны, в которых действует система англо-американского права, прежде всего родоначинателей этой системы — Англию и США. Своеобразие данной системы, называемой системой прецедентного права, состоит в том, что в отдельных областях применения права, например в таких как отношения, связанные с правом доверительной собственности и правом о действии агентов, из рассмотренной системы источников права выпадают законы, т.е. юридические нормы, создаваемые законодательными органами государственной власти. Их место занимают судебные решения, принятые по аналогичным делам вышестоящими судами равноценной компетенции, называемые прецедентным

правом. По существу, в данном случае речь идет о том, что указанным судебным решениям суды придают не только правоприменительные и правообразующие, но и нормосоздающие государственные функции. Индивидуализация таких прецедентных судебных решений применительно к конкретным обстоятельствам вновь рассматриваемых дел производится на основе использования судами права на вынесение модифицированных решений с учетом особенностей каждого нового дела, находящегося в их производстве. Тем самым обеспечивается, с одной стороны, преемственность и стабилизация основных положений действующего прецедентного права, с другой стороны, развитие его с учетом постоянно изменяющихся потребностей в жизни общества. Пожалуй, наиболее значимым недостатком прецедентной системы права служит отсутствие в правосознании основной массы субъектов права, условно называемых его потребителями, достаточных возможностей в получении информации о содержании и сущности многочисленных судебных решений, принятых в ходе длительной по времени истории становления и развития самого прецедентного права. Даже профессиональным юристам решение такой задачи нередко оказывается не по плечу.

Если же прецедентное право непосредственно используется с применением законов, существующих в той или иной стране с англо-американской системой права, то она по существу ничем не отличается от системы индивидуализации судами общих правил поведения, содержащихся в законах стран с романо-германской системой права и других странах, не входящих в действие англо-американской системы права.

В России, например, в обобщенном виде данная система индивидуализации на общенациональном уровне производится в двух формах: в форме вынесенных Пленумом Верховного Суда РФ и Пленумом Высшего Арбитражного Суда РФ Постановлений по отдельным категориям дел, рассмотренных нижестоящими судами, и информационных писем, принимаемых Президиумами указанных судов по обзору судебной практики.

Всё сказанное выше об источниках права в полной мере относится и к развитию гражданского права в России. Прежде всего, это касается самого соотношения источников в составе гражданского права на современном этапе его развития. В переходный период от системы государственно-плановой экономики к рыночной экономике на первое место в системе источников гражданского права безусловно выходит законодательство, определяющее в своем развитии и общее сбалансированное правосознание граждан в обществе, и, в целом, уровень развития судебной практики.

В России не сложилась система законодательства, из-за чего праву не хватает комплексности и координации. Этот важный вывод В. Д. Зорькин делает в 11-м тезисе своих «Тезисов о правовой реформе в России». И добавляет: «В этих условиях очень важна разумная интернационализация российского права». Мы как-то стесняемся темы заимствования зарубежных правовых институтов, хотя реальная рецепция зарубежного корпоративного права идет в России полным ходом уже более десяти последних лет. Не называя вещи своими именами, не пытаясь привести восприятие западного права в систему, мы подобной фигурой умолчания наносим вред, в первую очередь, зарождающемуся российскому корпоративному праву. Тот факт, что свыше 100 лет назад в России уже проходила рецепция правовых институтов западного гражданского права и они даже успешно начали развиваться на почве российского права, еще не означает, что после 70-летнего перерыва мы не заново воспринимаем банкротство, частную собственность, рынок ценных бумаг, банковское право, которые за это время ушли далеко вперед в развитых правовых системах. Хотелось бы поддержать следующую мысль 11-го тезиса В. Д. Зорькина: «Надо осознать главное: без построения концепции развития, рецепции и координации законодательства процесс его развития, скорее всего, сохранит черты некоторой хаотичности и неорганизованности, что будет препятствовать успешному осуществлению правовой, а значит, и экономической реформы».

В 1993 году Россия впервые за свою историю приняла реально действующую Конституцию, соответствующую всем

современным параметрам конституционного права. В связи с этим можно говорить о рецепции многих норм и принципов передового иностранного конституционного права. Восприятие российским законодательством иностранных правовых институтов в сфере гражданского (в том числе корпоративного) права уместнее назвать неорецепцией, понимая под ней процесс восприятия российским правом — с учетом его национальных особенностей — принципов и норм, действующих в развитых странах мира и получивших признание в мировом экономическом сообществе.

Российское гражданское право, особенно в области регулирования деятельности акционерных обществ, безусловно, имеет исторические корни в весьма прогрессивном для своего времени акционерном законодательстве, существовавшем в стране до 1917 года, и отчасти — в советском законодательстве 20–30-х годов прошлого века. Однако впоследствии в течение десятилетий наблюдался упадок акционерного права.

На этом фоне в акционерном праве западных стран наметились такие тенденции, как «отход от понимания акционерного общества как объединения нескольких лиц... отказ от принципа специальной правоспособности». В то время как в СССР регламентация уставной правоспособности была предельно жесткой, «по законодательству некоторых стран предмет деятельности акционерного общества даже не обязательно должен был указываться в уставе».¹

И главное, в связи с углублением процесса отделения управления акционерными обществами (корпорациями — в США) от собственности управление делами постепенно сосредоточивалось в руках директоров и управляющих, фактически назначаемых крупными акционерами, а общие собрания акционеров фактически и юридически утратили статус основного органа управления акционерного общества. Значительные по сравнению с традиционным акционерным правом изменения

¹ В. В. Лантев. Акционерное право. — М.: Юридическая фирма «Контракт»; Изд. Дом «ИНФРА•М», 1999. — С. 6-7.

коснулись и регулирования рынка ценных бумаг. Многие старые нормы, особенно связанные с регистрацией новых выпусков ценных бумаг, приобретают новый смысл. В момент регистрации выпусков новых акций акционерными обществами госорган имеет возможность индивидуализировать и соизмерять государственную политику с экономической ситуацией в своей стране.

Нормативное регулирование обращения ценных бумаг на подзаконном уровне позволяет учитывать экономические требования того или иного периода развития финансового рынка, быстро и динамично вносить необходимые коррективы в развитие рыночной экономики.

Наиболее характерна в этом смысле деятельность Комиссии по биржам и ценным бумагам США, которая устанавливает и в случае необходимости периодически меняет приоритеты и акценты при применении законодательства. Такая система регулирования позволяет отвечать не только на экономические, но и на социально-политические проблемы по мере их появления.

Так, в США после скандала с крупнейшей корпорацией «Энрон» Комиссия по биржам и ценным бумагам провела широкий пересмотр применения норм акционерного права, сделав упор на борьбу с манипулированием и обманом, защиту прав индивидуальных акционеров.

В западных странах велика и роль судов в воздействии на экономические процессы, происходящие в обществе. Например, американские суды, более чем самостоятельные при принятии решений по экономическим спорам, получают возможность использовать экономическую составляющую корпоративного права, формулируемую государственными регулирующими органами, и тем самым эффективно задействовать профессиональный опыт юристов в регулировании наиболее важной сферы жизнедеятельности американского общества.

Нам не следует забывать, что рассмотрение вопросов права с использованием экономических категорий — магистральное направление современного корпоративного права. Непривычность и новизна такого подхода является проблемой

не только у нас, но и в стране с такой передовой правовой системой, как Германия.

Например, на трудности рецепции в Германии американского подхода «право и экономика» обратил внимание К. Кирхнер. Это встретило сопротивление сторонников автономии права и «метода юридической науки». В 1990-х годах на юридических факультетах страны не было кафедр или исследовательских центров, где исследования фокусировались бы на проблемах «права и экономики». Как результат, пишет К. Кирхнер, «в Германии очень мало студентов, изучающих право, имеют хорошую подготовку в области экономической теории»².

Кроме того, существует, по мнению ученого, различие в правовом мышлении американских и германских судей при применении некоторых правовых норм и доктрин. Эта же проблема различия правового мышления мешает внедрению нового подхода в сфере германского юридического образования.³

Нам следует внимательно отнестись к проблеме рецепции и соответствующего формулирования правового мышления сначала студентов-юристов, а затем соответственно судей, применяющих гражданское право.

Отбрасывание подхода «право и экономика» с его понятиями экономической эффективности и с экономическим анализом как структуры корпоративного права, так и всей системы гражданского законодательства в целом может замедлить формирование современного правового мышления судей, без которого невозможно качественное рассмотрение экономических споров. Оставляя судей наедине с воспринятыми не столько даже самими новыми правовыми институтами, сколько с их названиями, не давая дополнительного доктринального подробного научно-практического разъяснения правового, а порой

² К. Кирхнер. Трудности восприятия дисциплины «право и экономика» в Германии // в сб.: Истоки. Экономика в контексте истории и культуры. — М.: Изд. дом ГУ-ВШЭ, 2004. — С. 376.

³ Там же. — С. 389.

и экономического содержания этих институтов права, мы заведомо создаем возможность искажения в России реального содержания общепринятых институтов корпоративного права.

В России пока не выработан процедурный механизм неорецепции. Нельзя не согласиться с позицией Г. Гаджиева, когда он пишет: «Невольно задаешься вопросом: а не допустил ли ошибку российский законодатель, используя столь широко форму акционерного общества в приватизационном законодательстве? Само по себе огромное количество “акционерных обществ” (кавычки приходится ставить не случайно) в России, притом что в Германии их только 3 тыс.⁴, свидетельствует о том, что, мягко говоря, у нас функционируют нетрадиционные акционерные общества, акции которых не котируются на рынке ценных бумаг, капитал которых нередко не приносит дивидендов, т.е. является “неработающим”. Вот чем оборачивается игнорирование объективных юридических закономерностей!»⁵. Неорецепцию нужно проводить по принципам, аналогичным требованиям статьи 14 АПК РФ, а именно устанавливать содержание доктрин и концепций, лежащих в основе заимствуемых институтов гражданского права, а также анализировать правоприменительную судебную практику. Тогда у нас будет реальная рецепция институтов и норм права, а не только их названий. Следует поддержать Н. С. Бондаря, когда он говорит: «Неопределенность есть некорректная форма внешнего выражения правовой нормы. Требование определенности правовой нормы должно обеспечиваться специальными правилами законодательной техники, вырабатываемыми юридической теорией и практикой»⁶.

⁴ См.: У. Зайберт. Законодательство ФРГ об обществах, основанных на объединении капиталов (акционерное общество и общество с ограниченной ответственностью) // Основы немецкого торгового и хозяйственного права. — М.: «БЕК», 1995. — С. 37.

⁵ Г. А. Гаджиев. Объективная природа правовых принципов и их учет в хозяйственном законодательстве // Законодательство и экономика. — 2004. — № 5.

Важным при толковании содержания недавно воспринятых правовых институтов становится прямое применение судами конституционных принципов и норм.

Конституция Российской Федерации в общих формулах и терминах обозначила принципы построения и развития рыночной экономики, прав собственности и экономической свободы, что является вполне достаточным для целей применения Основного закона. Однако прямое применение норм Конституции судами общей юрисдикции и арбитражными судами возможно только в случае, если при рассмотрении конкретных дел суды в соответствии со своими полномочиями будут применять данные положения Конституции с учетом законодательных норм, регулирующих экономические отношения, в том числе и с учетом норм законодательства об акционерных обществах. Очевидно, что не стоит дожидаться, пока проблемы, вызванные поверхностной неорецепцией институтов гражданского права, будут разрешены Конституционным Судом, а следует своевременно провести их системное научное комментирование и толкование.

⁶ *Н. С. Бондарь*. Конституционная безопасность личности, общества, государства: постановка проблемы в свете конституционного правосудия, обеспечения социальной справедливости, равенства и прав человека // Законодательство и экономика. — 2004, № 4. — С. 10.

Перепечатано из журнала
«Законодательство и экономика», 2004, №2

Валерий Дмитриевич ЗОРЬКИН

ТЕЗИСЫ О ПРАВОВОЙ РЕФОРМЕ В РОССИИ

1. В отличие от судебной реформы, правовая реформа еще никогда не провозглашалась в российской истории.

Наше время — вполне подходящий момент для ее начала. Вообще говоря, строгого и общепринятого научно-юридического понятия правовой реформы нет. Хотя попыток дать такое определение было немало. Прежде всего — в сугубо экономическом русле трансформации правовой системы стран административно-командной экономики к рыночному типу. Не вступая с этими определениями в полемику и ориентируясь, прежде всего, на конкретные реалии России, попробую сказать, какое содержание в эти слова вкладываю я сам. Причем в данном случае — не как Председатель Конституционного Суда, а как ученый и как человек. Если говорить кратко и образно, для меня правовая реформа — это создание системных предпосылок для того, чтобы наша Россия, наконец, «взяла правовой барьер». То есть полностью состоялась как правовое и одновременно социально справедливое государство.

Правовое государство — наша безусловная цель, к которой мы в последние годы, безусловно, очень серьезно продвинулись. Но сказать, что мы этой цели уже полностью достигли, ни один ответственный и вменяемый гражданин, увы, не может. Однако правовое государство невозможно без правового и справедливого общества. Здесь, как ни в какой другой сфере нашей жизни, государство таково, каково общество. А российское общество, опять-таки, правовым пока назвать нельзя.

И движутся они — и государство, и общество — к полноценному правовому состоянию слишком медленно. Я не оспариваю огромных результатов, которые достигнуты в правовой сфере за постсоветскую эпоху. Но одновременно я вижу, насколько эти результаты всё еще далеки от правового идеала. А также вижу, насколько это обстоятельство тормозит реальное развитие России и какие создает разнообразные риски и угрозы. Скажу больше: на мой взгляд, если не форсировать в стране правовую реформу, то и все остальные реформы, прежде всего создание правовой, конституционной экономики, с очень большой вероятностью начнут буксовать. И очень скоро. Развитие реформ в России за прошедшие 10 лет после принятия Конституции Российской Федерации 1993 года говорит о том, что мы сможем преодолеть отставание от ведущих стран мира только используя право как серьезный ресурс развития России, встраиваясь в общемировые стандарты правового поведения. Правовую реформу не зря называют «детонатором» всего реформаторского процесса, включая реформирование экономики. Рыночная экономика не может быть создана без правовых гарантий стабильности собственности и предсказуемости предпринимательской активности, с одной стороны, и эффективного разумного правового регулирования экономических процессов — с другой.

Правовая реформа должна рассматриваться как составная часть всего реформаторского процесса в стране, так как она имеет важное значение, с одной стороны, для стимулирования и легитимации всестороннего развития, а с другой — для поддержания равновесия в государстве и обществе. Она является инструментом проведения необходимых реформ, нахождения баланса конкурирующих интересов, обновления и поддержания экономики и развития гражданского общества. Недооценка правовых ценностей, в первую очередь конституционных, может завести в тупик и существенно замедлить самые прогрессивные реформаторские процессы. По сути дела, в истории России государство никогда не выдвигало концепции или программы правовой реформы. Всё, что делалось в разные исторические периоды, сводилось в основном к судебной

реформе, которая хотя и является сердцевинной правовой реформы, но не охватывает всех ее сторон, связанных с регулированием социальной, политической и экономической жизни.

2. Три основные задачи и направления правовой реформы.

Я бы выделил три основные задачи и одновременно направления правовой реформы. Они, на мой взгляд, таковы:

- правовая трансформация российского общества;
- трансформация и стабилизация системы права;
- реализация жесткой и устойчивой системы правоприменения, гарантирующей доступ граждан к правосудию и обеспечению своих прав и свобод.

Причем подчеркну, что это именно «триединая», системная задача, которую по всем направлениям необходимо решать комплексно и одновременно. И это скорее не задача, а проблема. То есть такая задача, для которой нигде и ни у кого в мире нет готовых безошибочных рецептов решения. Причем проблема эта — крайне сложная. И не на одно десятилетие. Но я убежден, что если мы ее решить не сумеем, то большого будущего в XXI веке у России просто нет. Любая правовая система — это не только свод законодательных актов и инструментов их реализации. Это не только механизм, но одновременно и организм. Механизм — поскольку максимально обезличен, дистанцирован от случайных влияний любых индивидуальных человеческих интересов. Организм — поскольку создан для общества и направлен на членов этого общества, взаимодействует с ними по принципу прямых и обратных связей. Причем любое право никогда не возникало на пустом месте: оно, в конечном итоге, очень сложным и иногда мучительным путем, по-разному и вовсе не в одночасье, оформляло те или иные общественные представления о должном и справедливом. А представления эти — совсем не универсальны в разные эпохи и в различных культурах (так называемое «естественное право» с изменчивым содержанием). Именно поэтому система англосаксонского права очень сильно отличается от континентальных европейских, да и между британским и американским правом отличия крайне велики. Именно поэтому в одной лишь Европе — в рамках так

называемой континентальной системы права — сосуществуют десятки весьма разных правовых систем. По сути ведь, большинство крупнейших исторических трансформаций правовых систем везде проходили под знаменем приближения права к социальной этической норме, к массовым представлениям о справедливом и должном. И до тех пор, пока не обеспечена достаточно плотная взаимная «подгонка», сближение между правовой системой и массовыми представлениями о справедливом и должном, правовое общество и правовое государство остаются проблемой. Вот это движение общества (и государства) к сближению действующей правовой системы с «естественным правом» и справедливостью — я и называю правовой трансформацией российского общества.

3. Соотношение между правовой и судебной реформами.

Правовая реформа включает в себя судебную реформу, вопросы системы и содержания законодательства, юридического образования, правосознания населения, а также корпоративного самосознания юридического сообщества. Вопросы развития судебной реформы сформулированы в «Концепции судебной реформы», принятой Верховным Советом РСФСР 24 октября 1991 г. Этот документ сохраняет свою юридическую силу и значение. Последовательное осуществление принципа разделения властей, предусмотренного Конституцией Российской Федерации, неотделимо от соблюдения независимости принципа обеспечения суда. В вопросе всё еще недостаточного финансирования судов следует подчеркнуть, что экономические издержки, вызванные недостатками в функционировании судебной системы, особенно судов общей юрисдикции и арбитражных судов, во многие сотни раз выше экономических издержек государства и общества по прямому финансированию судебной системы. Укрепление материальной базы судов значительно повысит эффективность их работы.

Судебная реформа ограничивается реформой судов, прокуратуры, адвокатуры, следствия, исполнительного производства и наведения порядка в учете и регистрации правонарушений. Учитывая особенности исторического развития Рос-

сии, можно утверждать, что без широкомасштабной правовой реформы трудно провести и успешную судебную реформу. Право еще не стало общепринятой ценностью даже для многих представителей власти, зачастую считающих интересы государства и государственной собственности преобладающими над интересами граждан и организаций иных форм собственности. Нужно поставить в качестве актуальной задачи 2004–2008 гг. развертывание масштабной правовой реформы сроком до 2020 г. Официальное объявление и обеспечение правовой реформы является прерогативой исполнительной и законодательной власти. Программу правовой реформы следовало бы принять в форме законодательного акта, как государственную программу. Мы же готовы будем внести посильный вклад в разработку этой программы и ее претворение в жизнь. Правовая реформа должна готовиться и проводиться комплексно, с разбивкой на этапы, определяемые политическими циклами и экономическими возможностями, а также развитием административной реформы.

Следует подчеркнуть, что правовая реформа должна решать в первую очередь вопросы экономического развития страны и создания гражданского общества. Официальное провозглашение таких концептуальных принципов правовой реформы, как широкое введение экономических дисциплин в учебные курсы юридических вузов, а также активной адаптации правовых стандартов Европы к российскому законодательству, должно стать столпом правовой реформы на период 2004 – 2008 гг., тем более что даже без значительных финансовых вложений работа по этим направлениям может дать быструю отдачу и предопределить успех последующего развития правовой реформы.

4. Простое принятие хороших законов — не решает задачи.

К сожалению, принятие хороших законов — это не всё. И проблема не только в законах, но и в том, как обстоит дело с массовой социальной нормой, с этими самыми представлениями о должном и справедливом. Это вопрос очень непростой для любого общества, а для нынешнего российского — в осо-

бенности. Ведь как формируются подобные представления? Из достаточно древних (нередко — архаических) локальных верований, на которых когда-то формировалось право обычая, из социальных нормативов и правовых установлений, ведущих свое происхождение из великих религиозных систем, из нормативных установок идеологий. Ранее, в советской России это всё сосуществовало вместе, и была почти единая правовая система, которая очень разные представления о должном накрывала общим «колпаком» законодательства и правоприменения. Подчеркну — почти единая, потому что, например, советское законодательство о семье и браке в разных республиках имело свои отличия. Разнородность описанных «оснований справедливости» и практическая невозможность их соединения в писаном праве — как раз и рождает такие народные выражения, как «судить по закону или по совести?». Но при этом советская идеология не случайным образом адресовалась к религиозным представлениям о справедливом и должном, «моральный кодекс строителя коммунизма» с небольшими нюансами воспроизводил христианские заповеди, и к тем же представлениям о справедливости и должном постоянно адресовалась правовая система. Идеология была плоха? Да, во многом безусловно плоха. Под видом «непримиримой борьбы с буржуазной идеологией» подавлялись неотчуждаемые права и свободы человека и гражданина, отвергалась сама идея права как нормы свободы. Человек не мог заниматься, чем он хочет; не мог ездить, куда хочет; не мог, стать, кем хочет. Такая идеология отвергалась всем существом человека. Это привело к распаду правовой ткани. Такое общество и такое государство оказались неконкурентоспособны в мире и, в конечном итоге, рухнули вместе с идеологией. Но рухнули они ведь вместе с немалой частью той массовой общей нормативности советского типа, которая удерживает социальную стабильность.

5. Социальная стабильность является важным фактором правовой реформы.

Как живет без социальной стабильности — это надо спросить тех, кто прошел через опыт кровавых социально-государственных потрясений. Ответу, как человек и как правоведа:

лучше любая устойчивая социальная нормативность, чем никакой. Общество и государство «без тормозов» — очень страшное (и к счастью, очень редкое в истории) явление. Так вот, у нас в России, когда рухнул СССР, «из-под советских глыб» начали выходить те локальные старые нормы должного и справедливого, которые «дремали» в недрах советской системы. Включая правовые нормы адатов (причем адатов разных) на Кавказе и общинные нормы справедливости в некоторых русских регионах. И включая криминальные и субкриминальные нормы, для которых в советском обществе, признаём, существовали вовсе не маленькие социальные ниши. Оговорю, что социальная революция (а то, что произошло в России в ходе слома советской системы — именно социальная революция, к счастью, почти бескровная) всегда и везде приводит к очень глубоким потрясениям в сфере массовых социальных норм. Но в странах с давней и прочной правовой традицией эти потрясения, как правило, в основном компенсируются внушаемым сызмальства уважением к писаному праву, к закону. А в России, которая никогда подобным уважением к закону не отличалась, мы в результате указанной революции получили, я бы сказал, лоскутно-дырявое и к тому же взаимно-конфликтное этико-нормативное поле. Где есть всё — «от безусловной ценности человеческой жизни» до «око за око», от «не укради, не прелюбодействуй, не лжесвидетельствуй и т.д.» — до «умри ты сегодня, а я завтра», от «возлюби ближнего своего» до воинствующего эгоизма и полной аномии.

Но в любой социально-государственной системе общественный порядок регулирует в первую очередь не писанный закон, а именно это этико-нормативное поле, то есть массовые представления о должном и справедливом. И то, насколько это поле оказалось противоречиво, разорвано, неполно, — превращает правовую трансформацию нашего российского общества в очень сложную проблему.

6. Социальная справедливость и правовая трансформация российского общества.

Возвращаться к уравниловке, разумеется, нельзя. Но заодно напомним, что Россия не только правовое государство,

но и, согласно статье 7 Конституции, — социальное государство. И практическая реализация этой статьи — подчеркну, статьи Основного закона, которая относится к основам конституционного строя и которую мы категорически не имеем права не выполнять, — непростая проблема. Это и проблема права, и проблема справедливости, и проблема экономики.

Простой пример. Как поступить с рабочим, который украл краску со своего завода и продал, потому что на свою зарплату просто не может содержать семью, у него дети голодные? По закону, оставаясь только в рамках права, — нужно его судить и посадить в тюрьму. А по справедливости, что он мог сделать? Перейти на другой завод, где больше платят? А если завод в поселке — единственный, да и тот дышит на ладан? Кормиться с приусадебного участка, то есть перейти на средневековое существование в натуральном хозяйстве? А если у него нет приусадебного участка, или в климате его региона даже картошки на семью не вырастить? Перевезти семью в другой регион, где есть хорошая работа? А где взять деньги на переезд и новое жилье? Президент В. В. Путин не случайно назвал борьбу с бедностью приоритетом программы развития России. Это прямо адресует к нашей проблеме острейшего разрыва между справедливостью и законом, которую без ликвидации бедности просто принципиально не разрешить. А с точки зрения экономической — как ее разрешать? Изымать ресурсы бюджета на поддержку бедных? Но деньги ведь нужны и на армию, и на промышленность, и на образование, и на многое другое. Увеличивать налоги и бюджет, чтобы на всех хватало? Или, как советуют некоторые левые радикалы, «раскулачить» олигархов? А за счет чего тогда предприниматели будут инвестировать в предприятия и создавать условия для экономического роста и технологического развития страны, которые только и могут обеспечить России достойное место в мире XXI века и, в том числе, решительно победить бедность? То есть наш вопрос — о праве и социальной справедливости как главных принципах правовой трансформации российского общества, являющейся необходимым условием его модернизации, технологического прорыва и социальный прорыва, нового структурирования, новой стра-

тификации общества, — этот вопрос и здесь, в сфере экономики, оказывается проблемой. Которую недопустимо решать на основе коммунистической уравниловки («метод шариковых») или государственно-силового «раскулачивания» олигархов — это всё инерционные подходы прошлого. Решать ее придется при помощи сложных и далеко не прямолинейных компромиссов и последовательных приближений. Стимулирование такого пути и призвана обеспечить правовая реформа.

7. Трансформация и стабилизация системы права.

Конечно, необходимо совершенствовать законодательство. С ним у нас, на мой взгляд, три крупные проблемы. Первая проблема — качество, современность и последовательность законодательства. У нас, судя по тем обращениям в КС, которые приходится разбирать, еще очень много плохих законов. Причем плохих в разном смысле. Некоторые из принимаемых законов, увы, видимым образом противоречат и букве, и духу Конституции. Далее, нередко принимаются законы, противоречащие обязательному для исполнения Россией международному законодательству. Ведь наши правовые обязательства по международным конвенциям и соглашениям, опять-таки согласно Конституции, имеют приоритет перед внутренним правом. Но многие российские законодатели об этих международных конвенциях (в том числе касающихся стандартов в области прав человека, технических стандартов, борьбы с коррупцией и организованной преступностью), видимо, просто не знают, либо упорствуют в своих заблуждениях: для одних — «Запад нам не указ!», для других — «народ не тот», «не доросли». И принимают законы, в которые уже изначально заложены будущие правовые коллизии и которые не соответствуют международным правовым стандартам. В результате мы оказываемся на обочине. Технологический прорыв возможен только на базе международно-правовых стандартов. Нигилизм в отношении международно-правовых ценностей дорого обходится в решении любого вопроса, будь то проведение приватизации, регулирование рынка ценных бумаг и т.п. Только тогда, когда все потеряли свои сбережения, спохватились и приняли более или менее нормальные законы и указы. Наконец, немало законов

принимается под давлением лоббистских «групп интересов». И такие законы нередко противоречат базовым интересам общества и государства. Недостаточная квалификация и опыт значительной части российских законодателей — это объективный факт, от которого невозможно отмахнуться. Однако и в других парламентах заседают не только профессиональные юристы (хотя их там обычно всё-таки гораздо больше). Как здесь быть? Во многих странах этот вопрос уже давно решается на основе принципа открытости («транспарентности»): путем тщательного обсуждения законопроектов в профессиональном сообществе и (публично!) в обществе в целом, затем в дискуссиях (вместе с независимыми юристами) во фракциях и профильных комиссиях парламента, и лишь после этого на общих парламентских дискуссиях. Только так можно свести к минимуму возможность появления «плохих» законов и риск дальнейших правовых коллизий, которые используют всякие недобросовестные лоббисты, коррупционеры и политические авантюристы. Но, еще раз подчеркну, у истоков законодательного процесса должны быть именно высокие профессионалы. Которые способны как освоить и критически осмыслить весь богатейший российский и международный исторический правовой опыт, так и творчески применить его к развитию специфической российской правовой системы. Именно специфической: я убежден, что унифицированное мировое право — чистой воды миф. И что призывы попросту скопировать в России, например, германскую, американскую или французскую правовую систему — от недомыслия.

Вторая проблема российского права — нестабильность законодательства. Конечно, это одно из неизбежных последствий тех «послереволюционных» форсированных реформ, которые проводятся в России. Но и здесь у нас явный перебор. Например, недавно принятые кодексы — Налоговый, УК, УПК и т.д. — через два-три года изменены чуть ли не на половину. Причем изменены так, что одни «прорехи» исчезли, но появились другие, не менее опасные. Да к тому же все кодексы плохо увязаны между собой, что создает взаимные правовые лакуны или коллизии. И, в связи с этим, третья проблема — юридические кадры. Они в нынешней России крайне недостаточны

и по количеству, и по качеству. Высококвалифицированные юристы — в острейшем дефиците. Юридическая наука как таковая не обеспечена специалистами той квалификации, которая позволяет решать грандиозную задачу создания новой правовой системы. И, в том числе поэтому, российских студентов-юристов нередко учат не просто плохо, но и «праву позавчерашнего дня». Однако главное — в том, что в описанных условиях праву вообще невозможно эффективно учить! То, что студенту преподают даже на третьем-четвертом курсе, к моменту окончания ВУЗа уже устаревает или оказывается ошибочным. Причем нередко — устаревает в ключевых, базовых показателях. Очевидно, что в этом случае не поможет даже становящаяся ныне весьма модной на Западе концепция «опережающего юридического образования».

Возвращаясь к проблеме непрерывных неоправданных изменений законодательства, укажу, что здесь есть и еще одна опасность. Я недавно об этом писал, говоря о Конституции. Стабильность правовой системы, включая Конституцию как основной закон, — залог социальной, политической, экономической и, в конечном итоге, государственной — устойчивости. И, как ни парадоксально это звучит, — залог развития.

Обновление законодательства необходимо. Плохо, однако, когда законы принимаются непродуманно и наспех, так что сразу после их принятия обнаруживаются прорехи, которые начинают опять же наспех латать. Законодательный процесс обесмысливается, превращаясь в бумажную круговерть. Такими калейдоскопическими изменениями законодательства стираются базовые принципы права — его стабильность и динамизм.

Не может быть эффективного индивидуального, корпоративного, государственного планирования и прогнозирования, если неизвестно, как планы и прогнозы соотносятся с завтрашними законами. Не может быть устойчивости и развития, если нет эффективного планирования и прогнозирования. Даже чисто психологически — не может человек, сообщество, общество нормально действовать, если неизвестны завтрашние «условия игры».

8. Основа и начало правовой реформы — это реформа юридического образования.

Приходится констатировать серьезное отставание российского юридического образования от мировых стандартов, особенно в сфере гражданского и предпринимательского права. Это вызвано не только отсутствием адекватных учебных программ, учебников и подготовленных преподавателей, но и плохим качеством нового законодательства в этих отраслях права. Трудно представить юриста, которому (независимо от специализации) не пришлось бы столкнуться с вопросами экономики и финансов. Однако в учебных программах юридических вузов изучению этих вопросов уделяется очень мало внимания — только сейчас в нескольких московских вузах начато преподавание спецкурса «Конституционная экономика». Действующие учебные программы вузов перегружены, поэтому необходимо в ближайшее время решительно обновить стандарты юридического образования, значительно увеличив объем экономических дисциплин. Параллельно следует расширить преподавание правовых дисциплин в экономических вузах. Основы права и экономики, в том числе конституционного права и конституционной экономики, надо ввести в учебные планы школ и технических вузов. Право постоянно обновляется, и выпускники должны быть готовы к участию в процессе этого обновления, должны уметь отыскивать «право завтрашнего дня».

В российских же вузах еще зачастую обучают «праву вчерашнего дня», что делает проблему разрыва между стандартами обучения и требованиями практики еще более острой. В перспективе (вероятно, не ранее 2010 г.) надо всерьез задуматься о введении единого государственного квалификационного экзамена для судей, прокуроров и следователей, что позволит готовить в равной степени квалифицированных представителей различных юридических профессий. Одной из главных проблем современной России является явно недостаточная забота об уровне высшего образования и развитии академических исследований. В первую очередь это касается права. Страна отстает от настоятельных требований национальной экономики, нуждающейся в десятках тысяч понимающих экономические

проблемы юристов и не меньшем количестве экономистов, разбирающихся в вопросах правового обеспечения. Острота проблемы, похоже, остается не понятой многими, отсюда и ссылки на уровень юридического и экономического образования в Европе (например, во Франции) как на показатель того, что наши дела не так уж плохи. Мы не вкладываем средства в серьезное повышение массового знания иностранных языков у юристов и экономистов, а также в обеспечение взаимного обмена знаниями между ними. Результатом является плохое качество экономического законодательства, проблемы в практике его применения и, в конечном итоге, — отставание в экономическом развитии. Обратите внимание: Китай обошел почти все передовые страны по вложениям в развитие знаний. Думается, с этим в немалой степени связаны его экономические успехи. Буквально все стремительно развивающиеся страны — Китай, Индия, Южная Корея, идущие по пятам за США, — становятся очень конкурентоспособны, инвестируя в образование и профессиональное мастерство, обучая своих граждан «языкам» современной экономики (английскому, программированию и финансам)». Даже европейские инвестиции в науку и образование далеко отстают от этих стран. Если в России сейчас нет денег на инновации в обучении праву и экономике, следует временно решать эти вопросы реструктуризацией учебного процесса. Мы не можем ждать, пока подрастет первое поколение, в котором студенты-юристы будут иметь хотя бы бытовой запас экономических знаний, а студенты-экономисты будут со школы знакомы с основными правовыми (особенно конституционными) ценностями. Преодолеть разрыв сейчас можно только интенсивными усилиями по внедрению экономических и конституционных знаний в вузах. Поэтому для России введение в юридических и экономических вузах такого нового учебного курса, как конституционная экономика, становится критически важным. Это может стать пусть и временной, но серьезной мерой к существенному повышению качества обучения.

9. Жесткая и устойчивая система правоприменения.

Хочу напомнить, что судебный вердикт должен быть не только безусловно законным, но и справедливым. А наказание

виновного — соразмерным и (об это сейчас почему-то почти не говорят, а зря) неотвратимым. То есть нужна целостная, понятная людям и внутренне для них не чуждая система правоприменения, от судов всех типов и всех инстанций до структур исполнения судебных решений, в том числе исполнения наказаний. И в создании такой системы есть, опять-таки, серьезные проблемы. Милиционера или судью с зарплатой намного ниже прожиточного минимума очень трудно удержать от искушения коррупцией. И это — проблема бедности и социальной справедливости. Но милиционера или судью, плохо знающего непрерывно меняющиеся и юридически неряшливые законы, очень трудно заставить их исполнять, то есть обеспечивать эффективное правоприменение. Я ведь не случайно в самом начале говорил, что правовая реформа — дело системное, и что эти проблемы придется решать вместе, комплексно, что называется, «в одном пакете». Но те же самые проблемы, в принципе, в полной мере касаются не только судей и работников правоохранительных органов. Они касаются и чиновников, и предпринимателей, и военных, — всех без исключения российских граждан. То есть речь должна идти и о профессиональном юридическом образовании, и о массовом юридическом воспитании и «ликбезе».

По сути, нам придется создавать широкое современное российское правосознание. Как его создавать? Готовых рецептов ни у кого нет. В самом грубом приближении могу лишь наметить следующую цепочку: от полноценного современного правосознания юридического сообщества, через правосознание власти всех ветвей, — к массовому правосознанию. Другого способа добиться устойчивого, безусловного, эффективного правоприменения я не знаю. Я ведь постоянно слышу разговоры о том, что стоит лишь власти взять дубинку покрепче и начать как следует контролировать правоохранительные органы, суды и т.д., начать массово сажать оборотней в погонах и без оных, — и всё сразу станет законно и хорошо. Это — полная ерунда. Безусловно, бороться с коррупцией и нарушениями законов в правоохранительной и судебной системе самыми жесткими мерами — совершенно необходимо. Но, увы, совершенно недостаточно. Правоприменение — сфера очень тонкая и неоднозначная,

и в таких сферах, как показала вся человеческая история, у кнута и дубинки диапазон эффективности очень небольшой. Впрочем, как и у пряника. И единственный способ добиться здесь кардинальных перемен к лучшему — не репрессии, а именно создание широкого социального правосознания.

10. Правосознание власти и правовая реформа.

Юристы знают, что вопрос о правосознании власти задавали уже тысячи лет назад, в «эпоху пирамид», и много раз после этого. И тысячи лет даром не прошли. Ответ на этот вопрос — знаменитое «разделение властей», осуществление государственной власти на основе разделения на законодательную, исполнительную и судебную. Для государственной устойчивости и государственной целостности необходимо точное соответствие, раз уж мы заговорили о пирамидах, трех граней пирамиды власти — законодательной, исполнительной и судебной. Нет устойчивой исполнительной власти — общество и государство погружаются в хаос. Нет устойчивого законодательства и осуществления правосудия только судом — и исполнительная власть рискует выродиться либо в беспредел тоталитаризма, либо в беспредел криминализации и государственного распада.

По своей форме действия всех властей должны существовать в виде ступенчатой правовой системы — пирамиды, вершиной которой является Конституция и заложенный в ней принцип правового государства, или, что то же самое, принцип господства права. Пирамида государственной власти в ее «статике и динамике» существует лишь в форме пирамиды права (правовой системы). Государство и право — это не две вещи, положенные в разные карманы. Нет государства, отдельного от права. Государственная власть, она — или правовая (легитимная, справедливая), или антиправовая (коррупционная, криминальная, тоталитарная). Подчеркну, что в «эпохи перемен», во время революционных социальных преобразований, исполнительная власть как наиболее активное по своей природе начало всегда и везде приобретает особое значение: именно она, как показывает исторический опыт, концентрирует в себе и вокруг себя некое «вещество перемен». И именно она — по необходимости срочно действовать — выступает на первый план, быстрее всего

выстраивая свою пирамиду. Иногда исполнительная власть при этом оказывается гипертрофирована, нередко — опасно гипертрофирована. Но рецепт цивилизованной борьбы с этой угрозой единственный: поскорее достраивать адекватную, дееспособную и сбалансированную пирамиду государственной власти (и тем самым пирамиду права) — дееспособные и адекватные органы законодательной и судебной власти, действующие независимо друг от друга, но строго на основе Конституции, налаживать непротиворечивое взаимодействие между всеми перечисленными органами государственной власти во всех трех ее ипостасях. Без этого не будет ни правового (конституционного) государства, ни правовой (конституционной) экономики.

11. Определение системы законодательства как направление правовой реформы.

Отставание юридического образования от мировых стандартов, особенно в сфере гражданского и предпринимательского права, не преодолено не только из-за отсутствия адекватных учебных программ, учебников и подготовленных преподавателей, но также из-за плохого качества нового законодательства. В отношении формирования пока еще не сложившейся системы законодательства России преобладают устаревшие подходы, в том числе и к кодексам. Особенно не хватает комплексности и систематичности корпоративному праву, которое частично регулируется ГК, частично другими, плохо увязанными между собой законодательными актами. В этих условиях очень важна разумная интернационализация российского права. Наиболее логичной представляется адаптация нового российского законодательства к стандартам Европейского Сообщества, которые в настоящее время внедряются в законодательства стран Балтии и Восточной Европы, то есть стран, вполне сравнимых с Россией. Концепция единого правового пространства России и Европы может стать основой для принятия нового законодательства. При этом понятно, что Россия не может не остаться в семье континентального права. Идеи о необходимости перехода России к системе общего, англо-американского права, широко распространенные среди экономистов, следует оценить как не реалистичные и отнюдь не полезные.

Правильнее всего ориентироваться на Европу, которая постепенно воспринимает много ценного из англосаксонского и из американского права. Надо осознать главное: без построения концепции развития, рецепции и координации законодательства процесс его развития, скорее всего, сохранит черты некоторой хаотичности и неорганизованности, что будет препятствовать успешному осуществлению правовой, а значит, и экономической реформы. Ясные и гибкие приоритеты в развитии системы права необходимо определить уже в 2004 г. на начальном этапе правовой реформы. И еще один важный момент. Различия в законодательстве могут иметь серьезные негативные последствия для развития экономической и финансовой интеграции стран СНГ и, соответственно, также для развития экономики России. Многие из бывших республик СССР выбрали европейские, а не российские правовые ориентиры, например, материалы для Единого Гражданского Кодекса Европы и другие стандарты предпринимательского и финансового права. Поэтому важна концепция единого правового пространства СНГ и Европы, которая даст твердую основу для развития российского законодательства. Сохранение СНГ как единого рынка является критически важным для российской экономики и может быть достигнуто только при условии единообразия экономического законодательства.

12. Движущие силы правовой реформы.

Правовая реформа должна осуществляться силами не только государства, но и самого юридического сообщества, а также широкой общественности. Необходимо поощрять корпоративное самосознание юридического сообщества, особенно судейского, но необходимо и требовать внедрения им в своих рядах самых высоких профессиональных этико-правовых стандартов. Успешному развитию судебно-правовой реформы могли бы способствовать постоянное взаимодействие между корпорациями судей и адвокатов, совместное и регулярное обсуждение с учеными-юристами проблем и перспектив ее осуществления.

Особо следует подчеркнуть важность повышения правосознания, заключающегося в безусловном уважении к право-

вым ценностям, в первую очередь, к конституционным ценностям, со стороны всех государственных органов.

Применение ими права (добровольное, без судебного воздействия) является индикатором правовой культуры государства, показателем уровня его правового и особенно конституционного развития. Отношение общества в целом и каждого его члена в частности к конституционным ценностям является лакмусовой бумажкой наличия либо отсутствия гражданского общества в России. Принятие Конституции 1993 года стало важным этапом реформаторского процесса в России, однако конституционная реформа, как и судебная, не может успешно развиваться вне питательной среды комплексной правовой реформы. Программа правовой реформы должна быть не правительственной, а государственной. Ее следует утвердить законом и неуклонно осуществлять по этапам вплоть до 2020 г. Тогда появляется шанс на формирование к этому сроку развитой правовой системы, построение основ правового государства, преодоление отставания от стран с развитой правовой системой. Критически важен период 2004 – 2008 гг., когда будет заложена основа реформы. Программа правовой реформы должна включать все параметры и стандарты развитой правовой системы: от численности юристов в стране и кадровых решений обеспечения судов до решения всех организационных и финансовых вопросов, в том числе широкого действия суда присяжных.

Виктор Павлович МОЗОЛИН

ВОСЕМЬ ЛЕТ СПУСТЯ

В 2004 году Председателем Конституционного Суда Российской Федерации В. Д. Зорькиным были опубликованы тезисы о правовой реформе в России.⁷ Впервые в нашей стране в повестку сегодняшнего дня был поставлен вопрос о необходимости проведения правовой реформы, включающей в себя модификацию всех отношений, связанных с деятельностью законодательных, исполнительных, судебных органов государства в области права, и, разумеется, с повышением правосознания граждан в сфере создания и исполнения действующего в стране законодательства.

В предлагаемом В. Д. Зорькиным понятии правовой реформы речь идет о создании системы правовых предпосылок в России, находящейся на пути преобразования общества, основанного на командно-административных методах правового регулирования экономики, в общество с рыночной экономикой, функционирующей в условиях существования в стране правового государства с социально-ориентированной экономикой и правом, гарантирующем демократические права и свободы граждан, предусмотренные в Конституции Российской Федерации.

В настоящей статье читателю предлагается научно-теоретический анализ состояния и перспектив развития российского законодательства, действующего в сфере правового регулирования экономики. Данный анализ проводится в рамках действия предлагаемой автором системы российского права, позволяющей выявить основные недостатки в действующем законодательстве и определить тенденции его развития, глав-

⁷ См.: Законодательство и экономика. — 2004, №2.

ным образом на примере гражданского законодательства, находящегося в настоящее время в состоянии реформирования.

«Я вправе ожидать от вас, — просил присяжных заседателей и судей в конце XIX века известный российский адвокат Владимир Иванович Жуковский, — критического отношения к закону, потому что только при критическом отношении возможно к нему уважение. Прогрессивное развитие общечеловеческих идей всегда опережает закон, и он обречен на бесконечное совершенствование».⁸ В данном случае я прошу депутатов Государственной Думы Российской Федерации критического отношения к проекту закона о внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации, поскольку многие положения в нем не соответствуют общечеловеческим идеям, которые должны быть закреплены в законе, определяющем прогрессивный уровень российского законодательства, регулирующего экономику.

О праве вообще

Право в широком смысле слова как социально-системное образование содержащихся в нем правовых норм, регулирующих общественные отношения на началах обязательного их исполнения, состоит из трех взаимосвязанных между собой компонентов: правосознания членов общества и общества в целом; закона и подзаконных нормативных актов и правил; правоприменительной деятельности субъектов права и специально создаваемых государственных и общественных образований, осуществляющих контроль и исполнение субъектами права действующего в стране законодательства.

Под правосознанием понимается осознанная в обществе потребность введения правового регулирования определенных общественных отношений в жизнедеятельности общества и государства. Данные потребности должны выражаться в необходимости принятия государством законов и (или) иных

⁸ См. А. В. Крахмалюк, А. Ж. Малышева. Корифеи присяжной адвокатуры. — М.: «Новая юстиция», 2007. — С. 97.

нормативных актов, поддержания их в силе и, что не менее важно, обязательном их исполнении членами общества, независимо от занимаемой ими должности и положения. «Все равны перед законом и судом», — провозглашено в статье 19 Конституции Российской Федерации.

Рассматривая проблему правосознания, выступающего в качестве источника права, представляется наиболее важным в решении данной проблемы определение процесса и способа формирования, выявления и доведения до законодателя сформировавшегося в обществе правосознания о необходимости принятия того или иного федерального или регионального закона, нужного обществу.

К сожалению, какого-либо обобщенного правового нормативного акта, предусматривающего данный процесс, способы формирования и превращения правосознания в закон, в настоящее время в стране не существует. В действующей Конституции Российской Федерации имеются нормативные положения о разработке проекта и принятии новой Конституции Российской Федерации, а также о субъектах права законодательной инициативы по принятию федеральных законов. Так, согласно пункту 3 статьи 135 Конституции Российской Федерации, проект новой Конституции разрабатывается Конституционным Собранием и принимается им двумя третями голосов от общего числа его членов или же выносится на всенародное голосование. Нынешняя же Конституция Российской Федерации была принята всенародным голосованием на референдуме 12 декабря 1993 года.

В соответствии с пунктом 1 статьи 104 Конституции Российской Федерации право законодательной инициативы о принятии федеральных законов принадлежит Президенту Российской Федерации, Совету Федерации, членам Совета Федерации, депутатам Государственной Думы, Правительству Российской Федерации, законодательным (представительным) органам субъектов Российской Федерации, а также Конституционному суду Российской Федерации, Верховному суду Российской Федерации, Высшему Арбитражному суду Российской Федерации по вопросам их ведения.

Сам же процесс формирования общественного мнения о том, какой закон сегодня нужен стране и каким должно быть содержание такого закона, например, по повышению привлекательности иностранных инвестиций в сфере производства новых видов медицинских препаратов для лечения наиболее опасных болезней сердечно-сосудистых заболеваний человека, в нашей стране остается за пределами такого правового регулирования. В результате появляются законы, ненужные обществу. И наоборот, не разрабатываются законы, которые обществу крайне необходимы. Так, в интересующей нас сфере развития комплексного законодательства по регулированию экономики до сих пор господствует правосознание, формируемое юристами, поддерживаемое сторонниками одноотраслевого законодательства, близко стоящими к высшим органам государственной власти, наделенным правом законодательной инициативы по внесению законопроектов в Федеральное Собрание Российской Федерации. В состав разработчиков наиболее важных законов, например таких как Закон о внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации, включаются юристы-ученые и практики, придерживающиеся по роду своей профессиональной деятельности и занимаемому положению строго частно-правовой цивилистической ориентации. Специалисты комплексных отраслей законодательства, без участия которых в разработке новых законов гражданское законодательство в настоящее время вообще существовать не может, как правило, в подобного рода работу над проектами законов не допускаются.

По аналогичной схеме проводится и общественное обсуждение подготовленных законов, в том числе и на слушаниях в Государственной Думе Российской Федерации.

Такой подход к работе над законопроектами следует признать порочным, находящимся в явном противоречии с самим понятием правосознания как источника российского права. В данной сфере деятельности вообще не должно быть даже понятия инакомыслия. Иначе будет иметь место то, что мы сегодня имеем. Проектом закона об изменениях в Гражданский кодекс Российской Федерации совершенно бесцеремонно, не считаясь с репутацией Федерального Собрания Российской

Федерации как высшего законодательного органа России, пытаются изгнать только что созданную Федеральным законом от 3 декабря 2011 года коммерческую организацию в форме хозяйственного партнерства из перечня российских юридических лиц, наделяемых правом заниматься предпринимательской деятельностью в своей собственной стране и других странах мира, потому что это противоречит научным взглядам отдельных разработчиков данного проекта Закона.

О какой стабильности законов в нашей стране после этого можно будет говорить, если Государственная Дума Российской Федерации преобразует проект данного предложения в Федеральный закон. Тем более, что даже в реальном научном отношении никаких препятствий для признания хозяйственного партнерства в качестве разновидности хозяйственного общества в российском праве не должно существовать. Данная юридическая конструкция, впервые созданная в США еще в последней четверти прошлого века, получила большое распространение в этой стране, как новая организационно-правовая форма ведения бизнеса, направленная на совершенствование устаревающей формы акционерного общества (предпринимательской корпорации в США), рожденной в начале XVI века.

Закон

В понятии права закон как его составная часть занимает центральное положение. Разумеется, речь идет не только о законе, как основополагающем источнике права, принимаемом Федеральным Собранием Российской Федерации, если говорить о федеральном законе. В законах обычно содержатся наиболее принципиальные положения и правовые нормы, определяющие характер, глубину и направления правового регулирования общественных отношений, являющихся предметом его воздействия на них. Поэтому, нередко они сопровождаются целой серией подзаконных нормативных актов, таких как указы Президента Российской Федерации и постановления Правительства Российской Федерации, называемые иными правовыми актами, а также нормативные акты мини-

стерств и ведомств, издаваемые в пределах имеющейся у них компетенции.

В России, являющейся страной кодифицированного законодательства, наиболее значимые правовые нормы федерального законодательства, регулирующие отношения в сфере экономики, объединяются в Кодексы одноотраслевых правовых норм (Гражданский кодекс Российской Федерации, Налоговый кодекс Российской Федерации, Кодекс об административных правонарушениях Российской Федерации, Уголовный кодекс Российской Федерации, Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации, Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации, Уголовный процессуальный кодекс Российской Федерации) и кодексы многоотраслевых правовых норм (Земельный кодекс Российской Федерации, Водный кодекс Российской Федерации, Лесной кодекс Российской Федерации и другие).

На вершине федеральных законов в России, естественно, находится Конституция Российской Федерации, по своей значимости являющаяся Основным законом российского государства. Помимо прочих своих качеств, заложенных в ней, о которых будет сказано ниже, она выступает также в роли главного гаранта соблюдения законности и стабильности закона в стране. Противопоставление российского закона праву, допускаемое отдельными учеными-юристами, мотивируемое тем, что помимо прав человека, закрепленных в законе, также существуют так называемые естественные права человека, не предусмотренные законом, не допустимо.

Действительно, в Конституции Российской Федерации отсутствует прямое упоминание о естественных правах, которое, однако, употреблялось в одном из проектов Конституции Российской Федерации. Составители Конституции от этого отказались, поскольку в тексте самой Конституции основные права человека и гражданина и их гарантированная защита государством полностью предусмотрены. «Мы, многонациональный народ Российской Федерации, объединенный общей судьбой на своей земле, — говорится в Преамбуле Конституции Российской Федерации, — утверждая права и свободы человека, граждан-

ский мир и спокойствие... принимаем Конституцию Российской Федерации».

Правоприменительная деятельность

Под правоприменительной деятельностью понимается добровольное применение субъектами права закона и иного нормативного правового акта, а при отсутствии такового — принудительное применение их судами и иными правоохранительными органами в государстве в рамках предоставленных им полномочий.

В результате осуществления правоприменительной деятельности закон и иной нормативный правовой акт превращается в право. Разумеется, наступает это при условии, что сам процесс преобразования закона (иного нормативно-правового акта) в право осуществляется в полном соответствии с существующим в стране правопорядком.

Применительно к деятельности судов, являющихся основными органами правоприменительной деятельности в государстве, это связывается с вступлением вынесенного судебного решения (приговора) в законную силу и его исполнением в установленном судом порядке.

При этом при преобразовании закона (иного нормативного правового акта) в право необходимо также учитывать фактические обстоятельства, в условиях действия которых осуществляется данный процесс преобразования. Дело в том, что при установлении законом общего правила поведения для всех субъектов права, на которых он распространяется, применение данного правила к конкретным лицам по своему результату может быть различным. В этих случаях вступает в силу так называемое правило индивидуализации выносимых судом решений (приговоров) с учетом рассматриваемых судом фактических обстоятельств каждого дела и личного поведения участвующих в нем субъектов права.

Общий вывод в целом о праве

При всем отмеченном различии правосознания, закона и его применения как отдельных элементов единого общего понятия права, каждый из них взаимно дополняет друг друга

и существовать отдельно друг от друга не может. Если же это всё же случится, то право как таковое вообще перестанет существовать. Само же российское право в его современном состоянии должно представлять собой системное социальное образование, базирующееся на Конституции Российской Федерации.

О правовой реформе в особенности

При анализе особенностей и направлений осуществления правовой реформы в современной России мы исходим из понятия правовой реформы, данной В. Д. Зорькиным. Под правовой реформой понимается трансформация правовой системы, функционировавшей в условиях административно-командной экономики в Советском Союзе, в правовую систему общества с рыночной экономикой, создаваемую в современной России, проводимая при непосредственном участии государства, находящегося в стадии преобразования его в правовое государство.

В основе данной реформы находилась и до сих пор продолжает находиться коренная перестройка отношений по передаче подавляющего большинства основных средств производства из государственной собственности в частную собственность путем их приватизации, повышении экономической эффективности в использовании остающихся в государственной и муниципальной собственности средств производства, имеющих общегосударственное значение для всего российского народа, и, разумеется, полная реконструкция самого института права собственности в условиях существования в стране различных форм собственности: частной, государственной, муниципальной собственности, с обеспечением необходимого обществу справедливого баланса их взаимодействия.

В проведении указанной системной трансформации экономических и правовых отношений при переходе от социалистических форм собственности к капиталистическим формам, основанным на частной собственности на средства производства и предметы потребления, не удалось избежать и ошибок, особенно в сфере приватизации, когда переход наиболее ценных средств производства в частные руки, прежде всего

природных ресурсов, осуществлялся по существу за бесценок с явным нарушением действующих в капиталистическом обществе экономических законов. В стремлении к ускоренному темпу создания в стране нового отряда собственников, которые должны были обеспечить бесперебойный, достаточный для населения страны уровень развития экономики, государство в девяностые годы прошлого века нередко действовало методом проб и ошибок. Безусловно, сказалось при этом и отсутствие в России необходимых научных экономических разработок.

В результате, по выражению известного российского государственного деятеля конца девяностых годов, и получилось, «как всегда». В настоящее время Россия не имеет достаточно разработанной общегосударственной системы экономического развития страны и по существу никакой одобренной государственной скоординированной с ней общей системы российского законодательства и права, в рамках которой должно развиваться законодательство, регулирующее экономику, в том числе основы такого законодательства, каковым является гражданское законодательство. По существу, единственным научным направлением, которым мы пользуемся, служит новое направление, называемое «конституционной экономикой», объединяющее в себе экономические и правовые теоретические исследования. Базируется оно на Конституции Российской Федерации 1993 года, закрепившей общие основы и принципы создаваемой в стране экономики и действующего, а также зарождающегося законодательства, в правовом регулировании экономики нашей страны.

В философском смысле слова в российском законодательстве речь идет о применении к системе законодательства парной категории законов диалектики «общее — единичное», в рамках которой конституционное законодательство выполняет функции «общего диалектического закона».

Под Конституцией Российской Федерации действует громадное число так называемых в философии единичных законов в форме кодексов и отдельных законов, противодействующих между собой и применяемых по принципу: «а вы друзья как ни садитесь, всё в музыканты не годитесь».

Более того, Гражданский кодекс Российской Федерации, называемый отдельными цивилистами «экономической конституцией страны»⁹, отличается приданием ему своеобразно-правового характера, выходящего за рамки системы российского права. Так, российскому законодателю ничего не стоило Федеральным законом от 24 ноября 2004 года №147-ФЗ включить в Гражданский кодекс Российской Федерации в качестве Части четвертой «Права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации» практически полного пакета действовавших отдельных законов об интеллектуальной собственности, содержащих в себе наряду с гражданско-правовыми нормами многочисленные административные и процедурные нормы. И сделано это с явным нарушением п. «о» ст. 71 Конституции Российской Федерации, согласно которой правовое регулирование интеллектуальной собственности в состав гражданско-правового законодательства не входит.

Небезынтересно при этом отметить, что одним из консультантов группы разработчиков, участвовавших в подготовке проекта Четвертой части Гражданского Кодекса Российской Федерации, был юрист из Нидерландов, в чей Гражданский кодекс в конце прошлого века была включена аналогичная глава.

Не приходится уже говорить о непрекращающихся попытках разработчиков проекта закона об изменениях в Гражданский Кодекс Российской Федерации включить в него и тем самым распространить гражданско-правовое регулирование на внутрикорпоративные отношения, в нарушение всяких правовых норм и элементарного человеческого разума, включая

⁹ «После некоторой эйфории, связанной с созданием и вступлением в действие в 1995—1996 годах Гражданского кодекса, — отмечает С. С. Алексеев, — когда он именовался «второй» и «экономической российской конституцией» (комплементарные определения, которые — если честно — во многом инспирированы самими цивилистами), вскоре, спустя всего два-три года, наступило время весьма прохладного отношения к гражданскому законодательству». С. С. Алексеев. Частное право. — М.: «Статут», 1999. — С. 106.

прямой запрет на это, содержащийся в статье 2 самого Гражданского Кодекса Российской Федерации.

Одним словом, внутрисистемное взаимодействие отдельных законов, институтов и подсистем права внутри общей системы российского права по состоянию на август 2012 еще не сложилось. Более того, судя по Проекту закона об изменениях в Гражданский Кодекс Российской Федерации, по нашему убеждению, законодателю предлагается при совершенствовании Гражданского Кодекса Российской Федерации идти в неправильном направлении.

Пока еще не поздно, в понятии права на уровне его центрального звена, каковым является законодательство, требуется существенная корректировка самого направления в развитии законодательства, регулирующего отношения в сфере экономики.

Юридически и материально это предопределяется усложнением общественных отношений, регулируемых правом. В связи с этим законодательство, прежде всего гражданское законодательство, ранее действовавшее на началах монопольного регулирования имущественных и неимущественных отношений, составляющих его предмет, более не в состоянии выполнять возложенную на него функцию, действуя в автономном режиме в одиночку.

Россия вступила, также как это случилось ранее с другими странами в мире с развитыми системами рыночной экономики, в стадию господствующего действия в экономике комплексного законодательства.

В создавшихся условиях общая система законодательства и права, основанная на многочисленных, не поддающихся количественному измерению отдельных законов и отраслей законодательства, применявшаяся в СССР, рухнула. В результате единичные отрасли законодательства, включая гражданское законодательство, оказались в свободном плавании.

Положение осложняется еще и тем, что российское законодательство структурно продолжает базироваться на кодифицированной системе законодательства, прародителем которого считается кодекс Юстиниана.

Вместо того, чтобы идти по пути развития комплексного законодательства, осуществляемого в сфере регулирования экономики на основе гражданского законодательства, в России возобладали другие тенденции. В нарушение принципов, заложенных в действующем Гражданском кодексе Российской Федерации, не говоря уже о нарушении норм конституционного права, происходит процесс искусственного расширения предмета гражданско-правового регулирования за счет включения в него отношений, которые в него входить не могут.

Последний пример, о котором говорилось выше, связан с попытками разработчиков Проекта кодекса включить в него гражданско-правовое регулирование внутрикорпоративных отношений.

При этом абсолютно не принимается во внимание законодательный и правоприменительный опыт других стран с кодифицированной системой права, таких, например, как Германия и Франция. В указанных странах комплексное законодательство как таковое развивается за пределами гражданских кодексов. Сами гражданские кодексы так же не остаются законами с неизменяемым содержанием. По мере юридической необходимости, обуславливаемой потребностями внесения в них изменений и дополнений, модификации подвергаются нормы и институты, имеющие строго цивилистический характер. Так, подобного рода цивилистическая модификация норм обязательного права в Германском гражданском уложении произошла в 2002 году.

Говоря о кодифицированной правовой системе в России, необходимо иметь в виду, что в нашей стране действует два вида кодексов: одноотраслевые кодексы, содержащие нормы одной отрасли законодательства, например Гражданский кодекс Российской Федерации и Кодекс об административных правонарушениях Российской Федерации, и многоотраслевые кодексы, такие как Земельный кодекс Российской Федерации и Градостроительный кодекс Российской Федерации.

О системе российского права

Система российского права как научная категория основывается на системе законодательства, которая должна применяться при принятии новых законов и осуществлении правоприменительной деятельности государственными и общественными органами в пределах их компетенции, предоставленной законом. Данную систему права рекомендуется также использовать в учебных планах и программах высшими учебными заведениями страны при подготовке ими юристов.

При ознакомлении с проектами законов, представляемых в Государственную Думу Российской Федерации, и учебными планами вузов, осуществляющих подготовку юристов, обращает на себя внимание два обстоятельства. Старая система права, существовавшая в СССР, до сих пор продолжает оказывать давление на государственные органы в современной России, участвующие в разработке и принятии законов, также как и на высшие учебные заведения, готовящие кадры юристов, которые будут определять лицо российской юриспруденции в будущем. Это — во-первых. Далее. Идет сплошной поток проектов комплексных законов, которые по понятным причинам невозможно разложить в прокрустовом ложе по отдельным структурно-отраслевым позициям действующего законодательства.

В результате оказывается весьма трудным, если не сказать невозможным, объективная оценка достоинств и недостатков, определение коэффициента и степени эффективности будущих законов после ведения их в действие. Это — во-вторых. К сожалению, никакой другой, более совершенной общей системы российского права государство не выработало, да видимо без активной помощи компетентных в этом ученых-юристов выработать не в состоянии. Настоятельно требуется, чем раньше — тем лучше, разработка новой системы российского законодательства и права, как минимум по инициативе, а еще лучше при активном участии со стороны государства в лице его заинтересованных органов, с последующим широким ее обсуждением юридической общественностью страны и проведением Всероссийского совещания юристов, которое могло бы ее одобрить и рекомендовать к принятию в качестве федерального закона.

Со своей стороны, мы бы рекомендовали предлагаемый в качестве одного из возможных проектов новой системы российского законодательства и права наш проект, впервые озвученный на Всероссийской конференции, организованной и проведенной Московской государственной юридической академией под руководством академика РАН О. Е. Кутафина 24 ноября 2001 года. С тех пор прошло более десяти лет, в течение которых данный проект доказал свою жизнеспособность и востребованность юридической наукой использованием его в учебном процессе по подготовке юристов в МГЮА имени О. Е. Кутафина.

Предложенная система законодательства и права в самом общем виде состоит из трех уровней: общего уровня и двух единичных уровней. Последующих уровней просто не дано. В них нет никакой юридической необходимости.

Общий уровень включает в себя конституционное право, являющееся базовой корнево-ствольной частью российского права.

Во второй уровень входят единичные подсистемы ветви права, представляющие собой конструктивно-несущие части в структуре российского права. К ним относятся семь правовых общностей: гражданское право, административное право, налоговое право, трудовое право, корпоративное право (находится в стадии нормативного формирования), уголовное право и процедурно-процессуальное право, в том числе гражданский процесс, арбитражный процесс, уголовный процесс.

Критериями отнесения правовых общностей к названным ветвям права являются: (1) в сферу действия каждой из них входят отношения, в которых участвуют или могут участвовать все субъекты права (граждане, юридические лица, Российская Федерация, субъекты Российской Федерации, муниципальные образования), и распространяющие свое действие на всю территорию Российской Федерации; (2) юридическая природа и характер правоотношений, возникающих в результате правового регулирования отношений, составляющих предмет каждой ветви права, индивидуально-самостоятельный метод правового регулирования отношений и отраслевой вид ответственно-

сти; (3) юридический потенциал действия правовых норм ветви права, способных входить в правовые общности структурных образований третьего уровня общей системы права при образовании комплексного законодательства.

Третий уровень составляют правовые образования, действующие в отдельных сферах жизнедеятельности общества и государства в формах комплексных многоотраслевых кодексов (Земельный кодекс Российской Федерации, Жилищный кодекс Российской Федерации и другие) и комплексных нормативных актов (Закон о недрах, банковское законодательство, энергетическое законодательство и т.д.). Комплексные правовые образования объединяют в себе нормы, входящие в соответствующие ветви права, и специальные нормы права, отражающие специфику отношений, регулируемых комплексным законодательством. С точки зрения своего воздействия на экономику комплексные правовые образования, входящие в третий уровень общей системы законодательства и права, выполняют функции плодоносящих ветвей фруктового юридического дерева, возвращающего обществу плоды своей юрисдикционной деятельности в обмен на вложенные в него социально-экономические и правовые инвестиции, необходимые для обеспечения жизнедеятельности самого общества.

В целом, изложенная общая система российского законодательства и права создает необходимые организационно-функциональные условия для повышения целевого и более эффективного потенциала воздействия законодательства на отношения, регулируемые в сфере экономики. Одновременно создается профессионально организованная правовая база, которая может быть использовано высшими учебными заведениями при подготовке высококвалифицированных кадров-юристов для настоящей и будущей юриспруденции.

О правовом регулировании комплексных имущественных отношений

Регулирование правом имущественных отношений в сфере экономики в настоящее время приобрело комплексный характер. В их формировании и функционировании задейство-

ваны не только лица, являющиеся непосредственными участниками производственного процесса по изготовлению и выпуску пользующейся спросом у потребителей продукции и оказанию услуг (собственники средств производства, его организаторы и владельцы рабочей силы), но и само государство, обеспечивающее предоставление бизнесу необходимых финансовых и иных услуг, в том числе связанных с обеспечением безопасности ведения в стране бизнеса, не говоря уже о многочисленных посредниках по доведению продукции и услуг до их потребителей. Всё это вместе взятое в конечном счете отражается на цене, которую потребители вынуждены платить всем указанным участникам производства за приобретаемый товар. Естественно, в условиях конкуренции на рынке такая цена может повышаться или, наоборот, временами понижаться. Но остается, бесспорным то, что за рыночную экономику, особенно ту, которая еще не сложилась, нужно всем поименованным выше лицам и государству платить. Для потребителей она стала таким же товаром, как и конкретные виды товаров и услуг, потребляемые ими.

Правовое регулирование комплексных имущественных отношений не может осуществляться на индивидуальной отраслевой правовой основе. Монопольное положение индивидуальных отраслей законодательства, включая гражданское законодательство, в правовом регулировании экономики, существовавшее ранее, уходит безвозвратно в прошлое. На смену ему приходит комплексное законодательство, одним из компонентов которого становятся правовые нормы индивидуальных отраслей законодательства. Собственно, оно уже пришло в Россию еще в минувшем веке в период существования Советского Союза. В Российской Федерации, входившей в состав СССР, к примеру действовал Жилищный кодекс РСФСР 1983 года, объединявший в себе нормы административного и гражданского права. В отдельных сферах правового регулирования экономики, например в транспортных перевозках грузов, пассажиров и багажа, широко применялись межотраслевые кодексы и комплексные законы.

По понятным причинам интенсивность и мощность применения комплексного законодательства в регулировании

экономики резко возросла в современной России, ставшей на путь создания в стране рыночной экономики.

Но в настоящее время одного роста комплексных законов, основанных на сохранении целостности правовых норм различной отраслевой принадлежности, объединяемых в единое комплексное образование, уже недостаточно. Это — пройденный этап в развитии комплексного законодательства.

Законодательство и правоприменительная практика интуитивно пошли дальше, чего, к сожалению, нельзя сказать о российской юридической науке. Для этого ученым необходимо преодолеть два основных взаимосвязанных между собой препятствия, стоящих на пути движения вперед.

Первый барьер непосредственно связан с продолжающей существовать в цивилистической доктрине позиции о необходимости сохранения первозданной отраслевой чистоты правовых норм, в том числе гражданско-правовых норм, в системе российского права при объединении в комплексном законодательстве. Именно в таком девственном состоянии они должны сосуществовать и действовать с нормами других отраслей законодательства в составе комплексных законов, регулирующих имущественные и неимущественные отношения.

Данная позиция получила официальное признание в п. 2 ст. 3 ГК РФ, согласно которому «нормы гражданского права, содержащиеся в других законах, должны соответствовать настоящему кодексу».

В опубликованной нами в 2010 году статье «Роль гражданского законодательства в регулировании комплексных имущественных отношений»¹⁰ была сформулирована иная позиция. Основной смысл ее сводился к тому, что гражданско-правовые нормы не могут быть неприкасаемыми в своем цивилистическом содержании. Они обладают способностью превращаться во внеотраслевые нормы, утрачивая при этом свою цивилистическую принадлежность. Названы они были реперными правовыми нормами по той причине, что подобного рода мо-

¹⁰ Журнал Российского права. — 2010, № 1. — С. 26.

дификации цивилистического содержания во внеотраслевое содержание могут быть, как правило, подвержены гражданско-правовые нормы, занимающие в комплексных законах ключевое положение. В качестве примера такой реперной правовой нормы была приведена правовая норма, содержащаяся в п. 2 ст. 223 ГК РФ: «В случаях, когда отчуждение имущества, — говорится в ней, — подлежит государственной регистрации, право собственности у приобретателя возникает с момента такой регистрации, если иное не установлено законом». В данной норме объединены воедино, взаимно дополняя друг друга, две правовые нормы, принадлежащие к различным отраслям законодательства: гражданскому законодательству, имеющему частно-правовой характер (возникновение права собственности у приобретателя имущества) и административному законодательству, принадлежащему к публичному праву (государственная регистрация, определяющая момент возникновения права у приобретателя).

В результате, законодателем была создана внеотраслевая правовая норма, которую невозможно признавать ни гражданско-правовой, ни административно-правовой. Если же говорить в целом о реперных внеотраслевых правовых нормах в гражданском законодательстве, то в настоящее время они численно представляют собой в нем весьма заметный сегмент правовых норм. К тому же, они занимают узловые позиции в системе наиболее значимых институтов гражданского права, распространяя свое действие на отношения, регулируемые нормами права собственности, правового статуса субъектов права в гражданских правоотношениях, ценообразования, возмещения вреда, причиненного гражданам, способам защиты нематериальных прав и благ граждан и их прав на результаты интеллектуальной деятельности.

В данной связи необходимо отметить, что по существу все по своему содержанию и цели действия конституционные положения и нормы права, применяемые в сфере экономики, имеют реперный внеотраслевой характер, что нами было на-

глядно показано на примере права собственности.¹¹ И, главное, наметилась вполне определенная тенденция увеличения роли реперных внеотраслевых норм в регулировании имущественных отношений в сфере экономики на основе использования гражданско-правовых норм. В этих условиях представляется вполне своевременным исключить из Гражданского кодекса Российской Федерации содержащуюся в п. 2 ст. 3 правовую норму, препятствующую дальнейшему развитию комплексного законодательства в сфере экономики.

Второй барьер, стоящий на пути развития комплексного законодательства в сфере экономики страны, непосредственно связан с чрезмерной идеализацией деления российского права на право частное и право публичное. Устранение или как минимум смягчение данного барьера должно находиться в соответствии с происходящим в российском праве процессом увеличения в общей системе российского законодательства и права роли комплексного законодательства, связанным с объединением в единое целое правовых норм, продолжающих называться нормами публичного и частного права. В сфере действия комплексного законодательства деление права на публичное и частное право становится просто беспредметным.

При этом необходимо отметить, что при объединении норм частного и публичного права в комплексном законодательстве последнее становится более значимым в демократическом измерении социальным институтом в обществе, нежели чем отдельно существовавшее право публичное и право частное. Нормы административного и налогового законодательства, включаемые в комплексные законы, автоматически утрачивают заложенный в них государственно-приказной характер, и приобретают новое качество, заключающее в себе право публичного субъекта считаться и действовать при применении внеотраслевой нормы права в качестве равноправного соучастника и обладателя внеотраслевой нормы с другими ее участ-

¹¹ См.: В. П. Мозолин. Модернизация права собственности в экономическом измерении // Журнал Российского права. — 2011, №1. — С. 26—30.

никами во взаимных отношениях между собой и в отношениях с третьими лицами. В свою очередь, частно-правовые нормы, преобразуемые совместно с нормами публичного в межотраслевые нормы права, наделяют их обладателей правом при применении межотраслевой нормы повышенной гарантией в случае ее нарушения или оспаривания в отношениях с участием третьих лиц.

В целом следует признать, что сама идея жесткого деления российского права на право публичное и частное в его существующем виде, основанная на принципе «или — или» и имеющая сугубо доктринальный характер, в современных условиях, существующих в России, утратила свое значение. Если в какой-то степени еще можно было о ней говорить в девяностые годы прошлого века, когда руководство Российского государства на начальном этапе пути при решительном избавлении страны от социалистического общественного строя, существовавшего в Советском Союзе, и переходе к созданию в стране капитализма, основанного на частной собственности, способно было еще говорить, о том что «мы ничего публичного не признаём, для нас всё в области хозяйства есть частное, а не публичное», в противовес известной ленинской формуле, произнесенной в 1922 году в период НЭПа, что «мы ничего частного не признаём, для нас все области хозяйства есть публично-правовое, а не частное», то в настоящее время такая частно-правовая идеология может существовать только на бумаге. В реальной жизни она не существует.¹² Не существует не только, потому что не предусмотрена действующим законодательством, но и по причине ее прямого противоречия Конституции Российской Федерации. Конституция объединяет в себе единый блок конституционных правовых норм, не делимых на публичные и частные правовые нормы. Их сердцевину составляют нормы о праве и свободе человека, никем, в том числе и Федеральным Собранием

¹² В. П. Мозолин и В. И. Лафитский. О системе Российской академии наук, банка России и других юридических лиц в связи с проектом новой редакции Гражданского кодекса РФ // Законодательство и экономика. — 2011. №1. — С. 9.

Российской Федерации, не могущие быть пересмотренными. «Человек, его права и свободы являются высшей ценностью, — провозглашается в ст. 2 Конституции, — признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина — обязанность государства». Частными и публичными могут быть лишь интересы субъектов права, охраняемые правом, но не само право.

В связи с бурным ростом комплексных имущественных отношений в сфере экономики и утратой монопольного положения ветвей права, включая гражданское право, в регулировании данных отношений, возникает вопрос о дальнейшей судьбе Кодексов, в том числе Гражданского кодекса Российской Федерации, являющихся основными источниками соответствующих ветвей права.

Должны ли эти кодексы сохранять свой первоначальный вид, разумеется, с возможными изменениями и дополнениями содержащихся в них отраслевых и внеотраслевых реперных норм, или от них следует отказаться с переводом в разряд многоотраслевых кодексов, действующих в строго ограниченных сферах правового регулирования общественных отношений по образцу Единообразного торгового кодекса США, или же следует избрать какую-либо иную модель трансформации кодексов с учетом своеобразия развития экономики в отдельно взятой стране?

По нашему глубокому убеждению, Россия как страна сложившегося в ней кодифицированного законодательства должна идти по первому пути развития законодательства, регулирующего рыночно-экономические отношения. Прежде всего, это относится к Гражданскому кодексу Российской Федерации, необходимое совершенствование которого может осуществляться исключительно на цивилистической основе, как это, например, делается в других странах мира, находящих в орбите действия кодифицированного законодательства, включая Германию и Францию.

К сожалению, в определенной части цивилистического сообщества ученых-юристов в России начинает формироваться иное направление в развитии российского гражданского законодательства, связанное с включением в Гражданский кодекс

Российской Федерации многочисленных правовых норм и даже отдельных правовых общностей нецивилистического характера (например, корпоративного права), и специальных правовых норм, составляющих основу правовых общностей третьего уровня общей системы российского права. Наиболее отчетливо это выразилось в Проекте закона о внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации, прошедшем первое чтение в Государственной Думе Российской Федерации. Если идти по этому пути и дальше, то в конечном итоге Гражданский кодекс Российской Федерации вообще может прекратить свое существование. Этого допустить нельзя, поскольку, по нашему мнению, в настоящее время стране нужен, может быть, даже больше, чем ранее, именно одноотраслевой цивилистический Гражданский кодекс, с включением в него также реперных межотраслевых норм, создаваемых на основе гражданско-правовых норм, содержащихся в ГК РФ.

В условиях развития комплексного законодательства на гражданское законодательство возлагается осуществление весьма важной новой функции, условно называемой организационно-координирующей функцией. В силу данной функции именно нормы гражданского законодательства должны формировать законодательную базу возникающих правовых общностей третьего уровня общей системы российского права, регулирующих экономику. В связи с этим, комплектование таких общностей, придание совместимости нормам различной отраслевой принадлежности, объединяемых в единое целое, определение коэффициента полезного воздействия правовой общности на регулируемые отношения в сфере экономики — всё это относится к компетенции органов и лиц, обладающих необходимыми профессиональными знаниями предмета правового регулирования и, разумеется, специалистов в области гражданского права.

О роли гражданско-правовой науки

Цивилистическая наука в России по результатам своего воздействия на правовое регулирование отнесений в сфере экономики далеко отстает от потребностей сегодняшнего дня.

Как следствие этого, законодательство вынуждено идти впереди юридической науки при решении насущных проблем быстро изменяющихся экономических условий в жизнедеятельности общества при переходе от командно-централизованной экономики, существовавшей в Советском Союзе, к обществу полномасштабной рыночной экономики в современной России. Всё должно быть наоборот.

Определение закономерностей и направлений в развитии права в стране должно относиться к числу основных первоочередных задач, решаемых юридической наукой до того, как такое решение будет использовано в законе. Разумеется, решение данной задачи во многом зависит от состояния и уровня развития экономической науки в этой области, которые, кстати, оставляют желать много лучшего. Данное обстоятельство в определенной степени может быть преодолено юристами тем, что юридическая наука в России не должна развиваться исключительно на национальной основе. По своей сущности, российская наука существует и развивается в условиях международного юридического сообщества, результаты деятельности которого могут и должны быть использованы российскими юристами при решении рассматриваемой проблемы правового воздействия на имущественные отношения в сфере рыночной экономики в России.

В качестве примера того, когда закон опережает юридическую науку, можно привести правовую норму, содержащуюся в ст. 223 ГК РФ, о которой говорилось выше. Данная норма, включенная в Гражданский кодекс по инициативе государства, была принята потому, что она непосредственно выражала потребности общества в этом. Все третьи лица, включая само государство в лице его налогового ведомства, не говоря уже о сторонах заключаемых договоров, по которым право собственности должно было переходить к его приобретателям, остро нуждались в информации о том, кто является собственником недвижимого имущества на каждый данный момент времени. При этом не принималось во внимание то, что по существовавшему в юридической науке мнению, гражданско-правовая норма может существовать и применяться только в первоизданном нетронутом

виде и ни в коем случае не смешивается с административными и иными отраслевыми видами правовых норм. И, разумеется, на тот период времени, когда эта норма включалась в ГК РФ, не существовало в юридической науке какой-либо теории о внеотраслевых нормах, называемых реперными правовыми нормами. Да и в настоящее время после появления такой теории подавляющее большинство российских ученых-юристов продолжает оставаться приверженцами старой стерильной теории о чистоте гражданско-правовых норм, совершенно игнорируя при этом, что кто-то, в том числе само государство, в законодательной и правоприменительной деятельности широко применяет на практике внеотраслевые правовые нормы.

Естественно, возникает вопрос о причинах отставания российской цивилистической науки в сфере правового регулирования экономики. К тому же это происходит при наличии актуальных и достаточно крупных научных исследований в области отдельных институтов гражданского права, таких как право собственности, договорное право, защита личных неимущественных прав, право интеллектуальной собственности и другие. По нашему мнению, подобного рода изоляция научных исследований в области гражданского права объясняется, прежде всего, одним индивидуальным обстоятельством.

В сфере правового регулирования экономики остро чувствуется отсутствие надлежаще разработанной и научно обоснованной общей теории о системе российского законодательства и права, действующего в условиях создания в России рыночной экономики. Над учеными и государством в сфере осуществления законодательной и правоприменительной деятельности продолжает довлеть старая, отжившая общая система права, основанная на разделении законодательства по отдельным, не поддающимся исчислению независимым друг от друга отраслям права, созданная в Советском Союзе. В настоящее же время подобного рода подход к действующему праву и научным исследованиям в нем глубоко антинаучен. Существующие правовые общности могут существовать и развиваться только во взаимодействии друг с другом в рамках единой общей системы российского законодательства и права. При отсутствии

такого взаимодействия любая правовая общность за пределами общей правовой системы российского права существовать вообще не может. Вот почему настоящая статья начинается и заканчивается рассмотрением положений об общей системе российского законодательства и права и комплексном законодательстве, в рамках которого должно осуществляться указанное взаимодействие входящих в нее правовых общностей.

Что касается самого комплексного законодательства и применения в нем внеотраслевых реперных правовых норм, то в настоящее время наиболее значимой научно-практической проблемой, которую, по нашему мнению, необходимо безотлагательно решать ученым-юристам, становится определение направлений и создание механизма формирования новых внеотраслевых реперных норм, отсутствующих в действующем законодательстве. Усиление эффективного правового влияния на отношения, обеспечивающие жизнедеятельность российского общества и государства, диктуется условиями, существующими и быстро изменяющимися не только в России, но и во всем современном мире.

Разумеется, что при этом не исключается возможность дальнейшего совершенствования и самой системы российского законодательства и права.

Гадис Абдуллаевич ГАДЖИЕВ

**ИСПОЛЬЗОВАНИЕ
ОНТОЛОГИКО-ПРАВОВОЙ МЕТОДОЛОГИИ
ПРИ РЕШЕНИИ ПРОБЛЕМ
ЦИВИЛИСТИЧЕСКОЙ ТЕОРИИ**

Для юридической мысли характерна такая черта, как ее пластичность, любовь к конструкциям и даже фантазиям, переносящим ее из узкого мира эмпирической действительности в огромный мир метафизически возможного.

Е. Спекторский

Онтология права в качестве объекта своего познания рассматривает один из сегментов бытия человека — правовую реальность. Она систематизирует онтологические категории, имеющие отношение к миру права. Практическая значимость онтологии права в том, что она представляет собой разновидность методологической науки, причем не всеобщей, а отраслевой, юридической. Есть разные точки зрения на то, что такое отраслевая методология. Р. Лукич считал, что любые т.н. общие теоретические положения претендуют на то, чтобы считаться философскими обобщениями¹³. Д. А. Керимов полагает, что любая прикладная наука может достичь и нередко достигает таких высот теоретических обобщений, которые приобретают подлинно философское звучание¹⁴. В своих научных поисках

¹³ Радомир Д. Лукич. Методология права. — М.: «Прогресс», 1981. — С. 24.

¹⁴ Д. А. Керимов. Методология права. Предмет, функции, проблемы философии права. — М.: Изд-во СГУ, 2009. — С. 93.

я преследовал цель не только описать онтологию права, но и по возможности обнаружить в ней нечто такое, что могло бы послужить развитию и общей онтологии. Конечно, главной целью онтологии права, и в частности, онтологии гражданского права является ее методологическая направленность в сторону не общей философии, а в сферу юридической науки.

Философия права и ее онтологический раздел отражает явления правовой реальности в виде предельно обобщенных категорий, выявляет общие (объективные) закономерности развития правовой реальности, а также «смежных» с ним пространств экономической, политической реальности, пространства этики. Д. А. Керимов пришел к выводу, что методологию следует понимать как концептуальное единство ряда компонентов. Она не является локальной дисциплиной, существующей изолированно от всего комплекса наук, но внутренне имманентна всей науке в целом и каждой ее отдельной отрасли. Она делится на две органически между собой связанные и взаимодействующие части: всеобщую методологию и методологию отраслевых наук, в том числе и правовую методологию, разрабатываемую в том числе и философией права.

При решении гражданско-правовых проблем полезно использовать философско-правовые подходы. В частности, перспективной представляется идея выделения различных реальностей: овеществленной, психической, социальной, в том числе правовой. Известные социологи П. Бергер и Т. Лукман обращают внимание на то, что реальность — это качество, присущее феноменам иметь бытие, независимое от нашей воли. Авторы особо выделяют реальность повседневной жизни, называя ее высшей. По сравнению с ней другие реальности оказываются конечными областями значений, анклавами в ее рамках, отмеченными характерными значениями и способами восприятия¹⁵. Эти же онтологические идеи высказывал русский философ права Б. Кистяковский, который писал, что окружающая нас жизнь — это неоднородная реальность, она представлена

¹⁵ См.: П. Бергер, Т. Лукман. Социальное конструирование реальности. Трактат по социологии знания. — М.: «Медиум», 1995.

различными реальностями. Одно дело — реальность физических вещей (вещный мир), другое — духовная реальность литературного или художественного произведения. Эти различные реальности тесно связаны между собой и как бы опираются друг на друга.

Возвращаясь к чисто эмпирическому понятию реальности и поставив вопрос, какова же реальность права в его целом, Б. Кистяковский высказывает мысль о том, что реальность права, с одной стороны — психическая, а с другой — духовная, но отнюдь не физическая. К правовой реальности относится и сама общественно-государственная организация, складывающаяся из правоотношений и правовых учреждений. Право, как и всякая культурная ценность, является произведением человеческого духа, но при своем объективировании произведения человеческого духа всегда получают то или иное материальное воплощение. Заключительные выводы Б. Кистяковского о правовой реальности сводятся к следующему: «Ели мы после всего сказанного сравним реальность права с реальностью рассмотренных нами различных видов культурных благ, то мы прежде всего, конечно, должны будем признать своеобразие той реальности, которая присуща праву. Ее следует поставить приблизительно посередине между реальностью произведений скульптуры и живописи, с одной стороны, и произведений литературы и музыки — с другой. Но всё-таки ее придется признать немного более близкой к реальности первого вида культурных благ, чем второго»¹⁶.

Правовая реальность может быть обоснована как особая разными способами. Один из них — специфика юридических понятий, которые формируются на протяжении тысячелетий, и в XIX в. благодаря исторической школе права сложился концептуализм как некая параллельная овеществленному миру особая правовая реальность.

¹⁶ Б. А. Кистяковский. Социальные науки и право. Очерки по методологии социальных наук и общей теории права // Философия и социология права. — СПб.: Изд-во Русского Христианского гуманитарного института, 1998. — С. 184.

Эзотерический характер юридических понятий особенно наглядно проявляется в гражданском праве. Когда цивилисты употребляют понятие вещи, то оказывается, что они подразумевают бестелесные вещи; когда юристы применяют понятие лицо — субъект права, то в отличие от обывателей, которые сразу представляют себе биологическое существо, они имеют в виду юридическую маску, которой пользуется человек как биологическое существо. И у человека таких масок может быть несколько. Это может быть маска физического лица, а кто-то может использовать дополнительно маску индивидуального предпринимателя. Если юристы в своем концептуальном пространстве используют понятие вины или воли, то они вкладывают в него совершенно иной смысл, чем в теологии или психологии. Таким образом, все базовые юридические понятия имеют особый смысл. Как иронически подметил Р. Йеринг, сложился «рай юридических понятий», благодаря которому юриспруденция отделилась от других гуманитарных наук. Возможно, этот сепаратизм носил вынужденный характер, поскольку юриспруденция должна была освободиться от влияния религии, но тем не менее образовалась интеллектуальная параболо, звеньями которой являются и римские юристы, и средневековые комментаторы римского права (глоссаторы), и немецкие пандектисты. Завершающим звеном в этой цепочке можно считать Г. Кельзена с его учением об основной норме¹⁷.

Юридический концептуализм проявляет себя и с помощью особого типа аргументации. Судьи на европейском континенте используют так называемый интерналистский тип аргументации, при котором допускаются ссылки только на формальные источники права. И конечно, юридическая наука при этом демонстрирует определенное лицемерие, поскольку в реальном процессе правоприменения подспудно присутствуют и неправовые по своей природе аргументы.

Экстерналистский тип аргументации европейский концептуализм не приветствует. Европейский судья в отличие от

¹⁷ См.: Чистое учение о праве Ганса Кельзена. — Вып. 1. — М.: ИНИОН АН СССР, 1987. — С. 9, 34.

американского не станет ссылаться на философские работы И. Бентама или на пьесы У. Шекспира.

Американские судьи знают, что такое экономический анализ права. У них иная философско-правовая традиция: они не боятся признавать новые социальные интересы, о которых право не имеет представления. И это традиция правового реализма, которая предопределяет особый, американский тип правопонимания. Для нас этот тип представляет интерес, поскольку Европейский суд по правам человека воспринял именно его, а не интерналистский подход Г. Кельзена.

Можно предположить, что эти две интеллектуальные параболы отличаются потому, что опираются на разные философско-правовые основы. Для европейских юристов безусловным философско-правовым авторитетом был И. Кант. Известный русский неокантианец П. И. Новгородцев считал, что крупной и знаменательной работа юриспруденции может быть, лишь когда она исходит из идеальных начал и вдохновляется ими, когда она, свободно обозревая свой нормативный материал, возвышается над ним во имя высших принципов. Без этого ей остаются полезные, но чисто технические задачи приспособления законодательного материала для нужд практического оборота¹⁸.

В Англии и США И. Кант был менее популярен, чем в Европе, поскольку там большим уважением пользовался И. Бентам с его учением утилитаризма. Одним из элементов утилитаризма является самооценность экономической свободы, которая представляет собой юридическое, конституционно-правовое понятие. Но ведь оно является параллельным понятию экономической эффективности. Лучше всего обеспечить экономическую эффективность можно путем экономической свободы. Образно выражаясь, экономическая свобода, с точки зрения американских юристов и философов права, — это юридические одежды эффективности. На европейском континенте всегда была заметна тенденция пиетета перед право-

¹⁸ См.: П. И. Новгородцев. Нравственный идеализм в философии права (к вопросу о возрождении естественного права) // Проблемы идеализма. — М.: «РОССПЭН», 2010. — С. 227.

вой этикой. Так, основоположник современной социологии Э. Дюркгейм показал (продолжая мысль О. Конта), как разделение общественного труда приводит к появлению социальной солидарности¹⁹. По сути, разделение труда имеет не только экономический смысл, но и важное нравственное, этическое значение, поскольку солидарность — это этическая категория.

Профессиональное мышление юриста утрачивает важнейший навык — видеть полноту жизни и у нее учиться. Глаза юриста застилает то, что я называю символическими правовыми структурами, или знаками — юридическими понятиями, лежащими в основе позитивного права. Как математические формулы образуют мир математики, как особую реальность, как ноты и мелодии образуют пространство музыки, так и правовое пространство использует свои символы²⁰.

В правовой действительности происходит преобразование вещного мира. В результате юридического восприятия действительности, формирования особого рода мышления — юридического мышления — происходит отражение действительности в этом обедненном и кривом зеркале. Право — это очень искаженное зеркальное отражение действительности, поскольку оно неизбежно использует разного рода фикции, символы. Правопорядок, как и нравственный порядок, по мнению Н. Н. Алексеева, «сам по себе есть фикция». Основные нравственные и юридические понятия — суть «виды практических фикций»²¹.

Николай Николаевич Алексеев, рассуждая о том, является ли положительное право частью бытия, по сути, приблизился к объяснению того, что представляет собой правовая реальность, которая, с одной стороны, противостоит эмпирической реальности, а с другой стороны, сама является «фактом», бытием (но бытием «сверхопытным», идеальным, символическим).

¹⁹ См.: Э. Дюркгейм. Социология: ее предмет, метод, предназначение. — М.: «Канон», 1995. — С. 326.

²⁰ Н. Н. Алексеев [сост.]. Основы философии права. — СПб.: Изд-во С.-Петербург. юрид. ин-та, 1999. — С. 21.

²¹ *Ibid.* — С. 21.

Фактическая действительность овеществлена, осязаема, видима, материальна. Стены и изгороди — вот пример той части вещного мира, которая показывает всем, что какая-то часть вещного мира, недвижимости находится в обладании каких-то субъектов права. Можно представить себе такую гипотетическую ситуацию, как одномоментная отмена всех законов. Но и при таком мыслимом исчезновении правового пространства пространство реальной действительности со всеми стенами и изгородями останется. Право собственности, акты регистрации недвижимости реальны, но это особая, правовая реальность. Представим себе современный коттедж где-нибудь в окрестностях Санкт-Петербурга. Перед взглядом обывателя предстает достаточно дорогое строение, которое может быть оценено, к примеру, в один миллион долларов. Но это же строение глазами юриста предстанет совершенно иным, если он обладает информацией, что дом возведен самовольно или есть проблемы с его регистрацией. Цена этого строения, его ликвидность резко снижаются. Юристы в отличие от обывателей воспринимают две разные реальности — обычный реальный мир и правовую реальность. Изучающие право студенты постигают правовую реальность с помощью, образно говоря, особых юридических очков, через которые реальный мир предстает в ином качестве.

Эрнандо де Сото пишет, что частью правового пространства является понятие права собственности. Именно зарегистрированное право собственности представляет собой ценность, капитал, который возникает благодаря его отражению в записях о праве собственности, о залоге в тексте договоров и в прочих подобного рода юридических бумагах, фиксирующих экономически наиболее полезные характеристики отношений активов в противоположность зримым качествам самих вещей²². В то время, как человек переключает свое внимание на право собственности, на наличие государственной регистрации, а не на сам дом, он сразу же переходит в иное концеп-

²² Эрнандо де Сото. Загадка капитала. — М.: ЗАО «Олимп-Бизнес», 2001. — С. 56.

туальное пространство, в котором «живут» субъекты и объекты прав и другие явления. Это и есть правовое концептуальное пространство (ПКП).

То, что право собственности — это явление правовой реальности, легко убедиться, если вспомнить, как недвижимость (дом) переходит из рук в руки. Глядя на дом, нельзя определить, кто является его собственником. В материальном мире после смены собственника ничего не меняется. Дом останется таким же, если его сдали в аренду или в залог. Право собственности на дом — это не сам дом, а часть правовой концепции. Большая часть объектов недвижимости, если они одновременно «отображены» в правовом концептуальном пространстве, самым неожиданным образом увеличивает стоимость вещи. Миф о царе Мидасе, который превращал в золото всё, к чему прикасался, — это отличный образ идеальной правовой системы, где налажены регистрационные механизмы. Дом может использоваться и для проживания, и как обеспечение при получении кредита, и как источник инвестиционных средств — и всё это увеличивает его стоимость. Гениальную мысль высказал Аристотель, который заметил, что возможности что-либо делать с вещами бесконечно возрастают, когда наше мышление концентрируется на их скрытых возможностях!

В правовом концептуальном пространстве обитают образы и символы реальных вещей и субъектов. В конце XX века появляется еще одно пространство — пространство виртуальной реальности²³. Его появление означает то, что праву брошен новый вызов, — пожалуй, сложнее, чем за всю его историю. Несомненно, виртуальное пространство и новые технические возможности передачи информации создают для права ситуацию, близкую к глубокому кризису. Где-нибудь на сайте в Англии появляется информация, очерняющая доброе имя человека. Как с этим явлением справиться, если право традиционно привязано к территории государства, и межгосударственное регулирова-

²³ О. А. Антонова, С. В. Соловьев. Теория и практика виртуальной реальности. Логико-философский анализ. — СПб.: Изд-во С.-Петербург. ун-та, 2008.

ние не в состоянии пока защитить достоинства человека? Или же виртуальное пространство — это реализация вековой мечты человечества об абсолютной свободе? Значит ли это, что можно пропагандировать терроризм в виртуальном пространстве? С помощью Интернета можно осуществлять расчеты, не признающие границы, национальные правовые пространства. Появляется общемировое виртуальное пространство, в котором с помощью компьютеров, юридических инструментов — деривативов, векселей, рискованных активов — появляются экономические призраки, легко проникающие сквозь границы и радующие своих владельцев временными спекулятивными доходами. Но в результате происходят мировые экономические кризисы. И это серьезнейший вызов современному праву.

Даже такая, казалось бы, простая проблема, как пластиковые карты для расчетов, порождает для судов сложнейшие правоприменительные проблемы. В очередной раз реальная действительность «обгоняет» вечно отстающее право.

Правовое концептуальное пространство постоянно развивалось. В новое время наиболее сильным являлось, пожалуй, влияние немецкой правовой науки, которая в XIX веке в основном представлена исторической школой права, основанной Ф. Савиньи. В традициях этого направления юриспруденции было стремление к предельной автономизации правового концептуального пространства, ограждение его от прочих научных дисциплин. Это типично концептуальная юриспруденция, по выражению Р. Йеринга, — «юриспруденция понятий». Юристы создали автономный, замкнутый мир правовых понятий и считали, что право может быть свободно от субъективных суждений правоприменителя, поскольку правовое концептуальное пространство позволяет получить решение правовой проблемы во всех мыслимых случаях посредством применения объективных методов (например, аналогия закона или права) в рамках замкнутой логической системы юридических норм.

Вот тут-то и выявляется практическая значимость этих, казалось бы, предельно абстрактных онтологических категорий. Категории правовой онтологии, оказывается, обладают огром-

ным методологическим потенциалом. Более того — от них зависит сам тип юридического мировоззрения.

Концептуализм в праве — это, по сути, часть юридического мировоззрения, теоретическая система, которая базируется на юридических символах — понятиях, конструкциях, фикциях. Право — это прежде всего правовые понятия, и самые важные из них — объект прав (вещь), субъект прав, правоотношения, вина, воля, источник права, ответственность и т.д. Все они априорны по своей природе, первичны, это не результат, а инструмент науки. Вещи — это уникальный элемент правового концепта. Именно они представляют собой объекты-гибриды, в которых соединяется природное, социальное и идеальное бытие.

Правовые понятия представляют собой не случайно обобщенную совокупность правовых явлений, а объективно необходимые категории юридического мышления, которые мифологизируют реальную действительность, поскольку оперируют априорными понятиями, и которые носят оценочный характер, поскольку направлены на упорядочение отношений между людьми посредством разделения юридически существенного от юридически безразличного. Юридический концепт появился тогда, когда римские юристы создали понятие субъекта права — *persona*, который является юридическим символом. Это не реальный, биологический человек, а правовое существо.

Как человек, оказавшийся в греческом или римском театре, где артисты носили специальные маски, переносился в особый мир, так и юристы для пространства правовой реальности ввели знаково-символическое понятие субъекта права. Оказывается, что физическое лицо — это не человек, а правовая маска человека. Со времен классического римского права утверждение о том, что субъектом права является только живой человек, становится ошибочным, как связанное с узкорелистическим пониманием права, его концепта, в котором и еще не родившийся человек, и человек умерший могут быть признаны «субъектами права». То есть для римских юристов *persona* — это был не человек, которого можно было потрогать руками, для них была несущественна телесная сущность человека, они

признавали разницу между физическим и юридическим рождением человека.

Чрезвычайно занимательно юридическое понятие «интерпретация». Вообще-то английское слово *interpret* означает перевод слова с одного языка на другой.

Есть у этого понятия и другой смысл, который ему придан в правовом пространстве, — это поиск иного, юридического смысла слова. Римская формула *interpretare et concordare leges legibus est optimus interpretandi modus* (толковать таким образом, чтобы гармонизировать одну норму права с другой, это лучший способ толкования) свидетельствует о том, что уже в то время *interpretare* означало не только перевод слова с одного языка на другой. Весьма поучительна история с переводом известными русскими цивилистами И. Б. Новицким и Г. Ф. Шершеневичем термина *persona*. В известном учебнике римского права И. Б. Новицкого латинское слово *persona* переведена как «лицо». То есть для него *persona* — это человек, пускай и не каждый, раб — это человек, но не *persona*, не лицо. Он недвусмысленно пишет, что лица — это люди. И Г. Ф. Шершеневич в первом издании своего учебника, следуя традиции, перевел *persona* как лицо. Но затем, в последующем, более позднем издании «Учебника русского гражданского права» он вдруг неожиданно переводит *persona* как «маска», взяв тем самым на вооружение это понятие не как антропологическое, биологическое, а как сугубо юридическое понятие.²⁴

Казалось, какое значение для онтологии права имеет перевод латинского термина *persona* — лицо или маска? Оказывается, имеет, причем значительное. Е. Спекторский разъясняет, почему Г. Ф. Шершеневич уточнил свое понимание *persona*: «Даже понятие физического лица является чем-то надэмпирическим, особым метафизическим придатком к реальному человеку. Это понятие является как бы метафизической маской, личиной, надеваемой на людей юриспруденцией, — подобно той маске с очень широким ртом этрусского происхождения, ко-

²⁴ Д. В. Пятков. Физическое лицо человека // Цивилист. — 2012, № 1. — С. 33.

тору носили римские актеры и которая называлась *persona*»²⁵. Вот откуда — из атрибутов театральной жизни — заимствовано важнейшее юридическое понятие *persona*! И не случайно, что Г. Ф. Шершеневич в своем учебнике гражданского права точно использует вместо понятия «лицо» слово «маска». По всей видимости, он был знаком с работой Э. Форчеллини²⁶.

Д. В. Пятков обратил внимание на то, что и один из учеников П. И. Новгородцева — Е. Н. Трубецкой — различал понятия *persona* (субъект права) и человек как биологическое существо: «... раз закон признает, охраняет право зародыша, последний тем самым признается за субъекта права. Но, если так, то, стало быть, субъектом права может быть лицо, еще не родившееся...».

«Известный воздухоплаватель Андрэ, отправившийся открывать Северный полюс, быть может, давно покоился на дне Ледовитого океана, когда право еще продолжало признавать субъекта прав Андрэ, признавало его брачные, имущественные и другие права, доколе не истек установленный французским законом срок безвестного отсутствия. Стало быть, таким образом, субъект права и лицо живое, физически существующее, не совпадают между собой», — писал Е. Трубецкой.

В отличие от современной цивилистической литературы, судя по которой вопрос о лице потерял дискуссионный характер, в дореволюционной литературе по философии права и по гражданскому праву существовали разные точки зрения о понятии лица, которые, с нашей точки зрения, отражали разные методологические подходы в понимании правовой реальности. Е. Н. Трубецкой очень емко показал суть цивилистической проблемы и ее онтологическую «подкладку». Он писал: «В большинстве юридических энциклопедий отдел о субъекте права начинается

²⁵ *Е. В. Спекторский. Юриспруденция и философия // Юридический вѣстникъ. — М., 1913. — Кн. 2. — С. 72—73.*

²⁶ *Aeg. [Eg.] Forcellini. Totius latinitatis lexicon / consilio et cura Jac. Facciolati / Secundum III ed. cujus curam gessit Jos. [Gius.] Furlanetto. — Ed. in Germania prima. — Т. III. — Schneeberg: C. Schumann, 1833. — P. 365, статья PERSONĀ.*

с положения, что субъектом прав является человек, физическое лицо. Положение, что люди являются субъектами прав, само собой очевидно и не нуждается в разъяснении. Но рядом с этим значительная часть юристов полагает, что субъектами права могут быть только живые, действительные люди. Положение это служит в наше время предметом спора, имеющего перво-степенное значение. Утверждение, что субъектом права может быть только живой человек, тесно связано с узкореалистиче-ским пониманием права»²⁷.

Узкореалистический подход к праву — это не только отрицание правовой реальности за субъектами права, не совпадающими с биологическими человеческими существами, это и негативное отношение к другим элементам юридического концепта и, в частности, к воле государства. Воля государства в юриспруденции как понятие предполагает совсем не то, что обычно понимается под волей в философии или психологии.

В этом, собственно, кроется суть онтологической ошибки, допускаемой теми учеными, которые считают это юридическое понятие метафизическим вздором. Объем юридических понятий не совпадает с аналогичными понятиями в других интеллектуальных концептах. По всей видимости, в праве выработаны защитные механизмы от угроз методологического синкретизма, а поэтому каждый из элементов сложной конструкции, именуемой юридическим концептом действительности, необходимо оберегать.

Д. В. Пятков обратил внимание, что Г. Ф. Шершеневич незадолго до своей кончины в 1912 г. изменил свой взгляд на понятие субъекта права, прибегнув к конструктивной критике известной теории фикции, обнаружив принципиальное сходство между физическими и юридическими лицами: «Основная ошибка теории фикции заключается в том, что она предположила, будто человек становится субъектом права в силу своей че-

²⁷ Е. Н. Трубецкой. Лекции по энциклопедии права. — <http://civil.consultant.ru/reprint/books/112/> (подг. по печ. изданию: Кн. Е. Н. Трубецкой. Лекции по энциклопедии права. — М.: Т во тип. А. И. Мамонтова, 1917).

ловеческой природы; субъект права, потому что человек, или — человек, а, следовательно, субъект права... В действительности всякий субъект есть создание объективного права. Субъекты — это те центры, около которых волей закона объединяются юридические отношения, образуя обособленные комплексы. Здесь мы обнаруживаем основную ошибку теории германистов, которые во что бы то ни стало искали в субъекте реальность, тогда как субъект права есть только юридическое представление, всё равно, идет ли речь о юридическом или физическом лице»²⁸.

До кн. Е. Н. Трубецкого и Г. Ф. Шершеневича сходные взгляды на субъект права в середине XIX в. высказывал немецкий ученый Отто Гирке, утверждавший, что лицо — это исключительно правовое понятие, которое получается при помощи совершаемой правосознанием абстракции, путем выделения одной части действительности. Поэтому юридический субъект невидим и неосязаем. Такой же точки зрения придерживался Ганс Кельзен, который утверждал, что лицо, как оно понимается юристами, есть понятие не фактическое, а чисто нормативное²⁹. Всякое лицо, считал он, как субъект права есть нечто совершенно искусственное, созданное особой юридической конструкцией. Поэтому нельзя отождествлять человека с правовым субъектом. Понятие «человек» не совпадает с понятием «личность» в юридическом смысле слова, психологическая воля человека не имеет ничего общего с его юридической волей. Человек становится лицом, когда при помощи юридической конструкции он превращается в особый «центр вменения», лежащий по ту сторону фактических отношений. Подобным центром вменения правовой концепт может считать и не только человека. Существует тождество внутренней природы государства как юридического лица с внутренним существом любого иного субъекта права — будь то человек, корпорация, общество, учреждение. По мнению Г. Кельзена, есть полное сходство между юридической волей государства и волей других лиц в юридическом

²⁸ Д. В. Пятков, указ. работа. — С. 36.

²⁹ Н. Н. Алексеев. [сост.]. Основы философии права. — СПб.: Изд-во С.-Петербург. юрид. ин-та, 1999. — С. 78.

смысле этого слова, поскольку волей этой является способность к юридическому вменению³⁰. Говоря о субъектах гражданского права, следует затронуть проблему классификации субъектов гражданского права, принятой в ГК РФ. Это, как известно, трехчленная классификация, когда субъектами гражданского права признаются наряду с традиционными юридическими и физическими лицами еще и публично-правовые образования. Гражданское право сформировалось очень давно, и поэтому оно имеет внутреннюю выверенную логику. Одна из базовых конструкций логики — правило последовательной дихотомии, в соответствии с которым право может быть либо публичным, либо частным. Соответственно, субъекты гражданского права являются либо юридическими лицами, либо физическими. Иного не дано. Почему же появились публично-правовые образования? В 30-е гг. XX в. после известного высказывания и идеологической установки о том, что ничего частного в нашей стране не признается, соответственно, не существовало никакого частного элемента в гражданском праве. Эта дихотомия, по сути, исчезла, и теперь появилась трехчленная классификация субъектов гражданского права. Но насколько она оправдана? Правы те ученые, которые утверждают, что юридические лица должны быть подразделены на две категории: юридические лица публичного права и юридические лица частного права. И отечественного законодателя следует поддержать, если он предусмотрит такую классификацию субъектов. Во всяком случае, когда приходится оценивать, скажем, правовой статус Русской Православной Церкви, и вдруг обнаруживается, что это субъект частного права, и многоуровневое иерархически построенное имущество является частной собственностью, то не так-то просто воспринимаются эти положения. Думается, что Русская Православная Церковь — это юридическое лицо публичного права. Что же касается собственности этого субъекта, то это не частная собственность с точки зрения тех публичных целей, для которых эта собственность существует.

³⁰ Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Сборник переводов. — Вып. 2. — М.: ИНИОН АН СССР, 1988. — С. 40.

Особенность правовой реальности такова, что в ней существуют такие субъекты, как акционерные общества одного лица. В реальной жизни слово общество обозначает множество его участников, поэтому АО одного лица может восприниматься как юридический оксюморон. Но в пространстве правовой реальности существуют странные, мифические существа. В реальности нет человека (людей) с двумя лицами. Это только в греческой мифологии существовал двуликий Янус. В правовой реальности у человека есть физическое лицо как его юридическая маска, которую он надевает для участия в особых отношениях — правоотношениях, причем таких юридических масок (юридических личностей) у человека может быть несколько — маска физического лица; маска индивидуального предпринимателя; маска акционерного общества (в случае создания АО одного лица).

Юридический концепт действительности постепенно приобрел качество системности, логичности, стал в XIX в. завершённой системой взглядов, проникнутых единым замыслом. Это проявляется во взаимосвязи понятий: закон — лицо — юридическая воля — правоотношения — юридическая ответственность — юридическая причинно-следственная связь и т.д.

Именно взаимосвязь элементов, образующих юридический концепт, может служить доказательством онтологического существования этой системы юридических идей. Такой элемент этой системы, как воля законодателя, имеет важную, пожалуй, даже в некоторой степени системообразующую роль. Во взаимосвязи с ним находится важный для юридического концепта принцип правовой определенности (ясности, непротиворечивости права).³¹

³¹ В Постановлении Конституционного Суда РФ от 16 марта 1998 года подчеркивается значение формальной определенности правовой нормы, которая в ряде случаев может быть достигнута только путем выражения в законе воли законодателя, а не путем субъективности усмотрения того или иного правоприменительного органа (Конституционный Суд Российской Федерации. Постановления. Определения. 1997-1998. — М., 2000. — С. 224).

В юридическом концепте воля законодателя (воля государства) оказывается не в пространстве реальной действительности, в которой обитают реальные люди — депутаты, наделенные индивидуальной волей. Такой подход отвергается концептуально, воля государства — это юридическая воля, а поэтому при выяснении ее содержания индивидуальная воля депутатов имеет не очень большое значение. Отсюда и явно второстепенное значение, которое сейчас имеет т.н. исторический способ толкования юридических норм.

Восприятие воли государства (воли закона) как юридической воли не является абсолютно субъективным изобретением юридического ума. Скорее наоборот, юридический разум отозвался на объективную потребность. Поскольку общественные отношения в реальной действительности находятся в постоянном развитии, юридические нормы постоянно устаревают. Объективно необходим такой юридический механизм, который позволил бы законодателю делегировать полномочия по обновлению закона от законодателя судам. Законодатель сознательно включает в законы т.н. общие юридические нормы (нормы-принципы), а суды под видом толкования развивают правовую систему. Для правового регулирования принципиально важно, чтобы юридическая норма была ясной и понятной, без этого немыслима единообразная судебная практика. Но если исходить из узкореалистического понимания понятия «воля законодателя», то тогда усилия судей будут сориентированы на уяснение внутренней индивидуальной воли парламентариев, участников коллективного волеизъявления.³² Нет нужды доказывать, что это весьма затратное занятие, исключающее рациональное распоряжение ресурсом времени.

³² Г. Кельзен писал, что правопорядок — это и есть выражение воли государства, правопорядок «персонифицируется в качество государственной воли», т.е. государственная воля — это «лишь общая форма выражения образующих этот порядок правовых норм, т.е. речь идет о законах». См.: Чистое учение о праве *Ганса Кельзена*. Сборник переводов. — Вып. 1. — М.: ИНИОН АН СССР, 1987. — С. 47.

По сути, тут срабатывают соображения утилитаризма и рациональности — нет нужды тратить время на выявление воли каждого депутата. Собственно, объективно выявить ее просто невозможно. Даже если предположить невозможное, что все реальные депутаты были объединены «одной, но пламенной страстью» при принятии закона, то и в таком случае не будет совпадения между понятием «воля законодателя» и понятием «юридическая воля». Первая изучается социологией, социальной психологией, вторая — юриспруденцией. Возникла объективная необходимость отказаться от узкореалистического понимания воли законодателя, заменив его юридическим понятием, юридической волей государства. Она совершенно иначе ориентирует познавательную активность судов в процессе т.н. толкования юридических норм. Развивающийся юридический концепт отказывается от представления о том, что истинное право — это только то, которое создается законодателем (позитивный закон). Прежде, до XIX века, юридический концепт признавал, что право развивается, но без участия судей и креативных субъектов права. Если право менялось судом, то это явление рассматривалось как патология.

Современный образ юридического концепта дополнен образом креативного судьи, который творит право. Он настолько могуществен, что Рональд Дворкин не случайно сравнивает его с Геркулесом. Судебная практика становится самостоятельной правовой силой, право становится продуктом судебской интерпретации.

Эту взаимосвязь можно наглядно обнаружить в тех случаях, когда имеет место широко распространенная в российском законодательстве трансплантация норм из иностранного правопорядка³³.

³³ О юридической трансплантации см.:

— *Pierre Legrand, The Impossibility of «Legal Transplants» [Пьер Легран. Невозможность «трансплантации права»] // Maastricht Journal of European and Comparative Law. — 4/1997. — P. 111—124;*

— *Kath. Pistor. The Standardization of Law and its Effect on Developing Economies [Кэт. Пустор. Стандартизация права и его*

Правовая норма в ее современном понимании не может существовать вне культурно-правового контекста, из которого она заимствована. Правовая норма находится в невидимых логических, исторических, социальных связях с реальностью, она лишь частица правовой жизни. Это понятие используется в философии права Г. Радбруха. Он различает правовую науку в узком смысле и широком смысле. Первая занимается правопорядком, и прежде всего нормативным порядком. Предметная сфера такой правовой науки ограничивается позитивным правом, это сфера догматической юриспруденции. Ее не интересуют проблемы правовой жизни, правовые факты, она сосредоточивается на правовых нормах. «Правапорядок, правовые нормы, — писал Радбрух, — это понятия, прямо относящиеся к ценности, данности, которые по сути своей призваны служить

влияние на развивающиеся экономики] // *American Journal of Comparative Law* . — 50 (1/2002). — P. 97—130;

— *Dan. Berkowitz, Kath. Pistor, Jean François Richard. The Transplant Effect* [Дэн. Берковиц, Кэт. Пистор, Жан-Франсуа Ришар. Эффект трансплантации] // *American Journal of Comparative Law* 51 (2/2003), 163—203;

— *Rolf Knieper. Möglichkeiten und Grenzen der Verpflanzbarkeit von Recht* [Рольф Книпер. Возможности и границы трансплантации права] // *RabelsZ* 72 (1/2008). — S. 88—113.

По прежней концепции, согласно которой история права — это по большей части история заимствований и ассимиляции идей из других юридических систем, ср.:

— *Roscoe Pound. The Formative Era of American Law* [Роско Паунд. Эпоха формирования американского права]. — 1938. — С. 94.

Ср. также:

— *Alan Watson. Legal Transplants. An Approach to Comparative Law* [Алан Уотсон. Юридические трансплантации. Подходы к сравнительному праву, 2 е изд. — Athens (Georgia): Univ. of Georgia Press, 1993.

справедливости. Правовая жизнь, правовые факты — понятия, опосредованно относящиеся к ценности...»³⁴.

Понятие культурно-правового контекста юридической нормы может быть использовано в качестве инструмента для обнаружения онтологической структуры правовой жизни, правовой реальности. Правовая норма обычно рассматривается как функция, как производное от воли законодателей. При этом под последней понимается коллективная воля депутатов парламента определенного созыва. Полагаю, что такое понимание воли законодателя, от которой зависит бытие нормы, ошибочно. Роль юридической нормы в жизни общества настолько важна, что ее нельзя связывать с коллективной волей законодателей. Она является производной и от воли народа, понимаемой в глубоко юридическом смысле, и от воли государства. Воля государства проявляется прежде всего во всей системе юридических норм, представляющих логическую систему, построенную на определенных принципах. Посредством этой системы можно выявить цель принятия конкретного закона, а совокупность законов позволяет увидеть общее содержание всего законодательства. Воля государства выявляется не только посредством волеизъявления депутатов парламента, но и благодаря усилиям судей, которые часто выявляют смысл юридической нормы, исходя из тех общих целей, которые преследовал законодатель, принимая закон. Иногда эти цели трудно установить, если руководствоваться только текстом отдельной нормы.

Общие цели всего законодательства, отдельной отрасли законодательства или отдельного закона — это часть правовой реальности, лежащая в основе толкования. Примером может послужить норма ч. 2 ст. 6 Гражданского кодекса РФ, в которой упоминаются «общие начала» гражданского законодательства. В ст. 1 ГК РФ содержится перечень общих начал гражданского законодательства: это основные его принципы. Поэтому в ситуации сложного правоприменения, при коллизии между равно-

³⁴ Густав Радбрух. Философия права. Пер. с нем. — М.: «Международные отношения», 2004. — С. 127.

ценными нормами или обнаружении пробела в правовом регулировании, при толковании воли законодателя судья может обнаружить неясные проявления воли законодателя в общих началах, т.е. в духе закона.

Предлагаемое представление о понятиях «воля народа», «воля государства» является базовым для правового концептуализма. Оно поможет лучше понять задачи, стоящие перед официальным судебным толкованием. Более того, и ответ на вопрос, является ли судебное (официальное) толкование когнитивным, прежде всего зависит от правильного понимания понятия «воля государства». Самое важное — это то, что воля государства как концептуальное юридическое понятие находится не в пространстве реальной действительности, в которой обитают биологические существа-люди: депутаты, специалисты и т.д. Такой подход, попытка обнаружить людской субстрат применительно к понятию «воля законодателя», как узкореалистический подход к праву в юридическом концептуальном пространстве преодолен. В правовом концепте понятие «воля государства», выраженная в законе, та воля, на которую ориентируется суд при интерпретации закона, носит автономный, сугубо юридический характер. Появление его было объективно необходимым. Дело в том, что юридические нормы по истечении времени постоянно устаревают в силу того, что общественные отношения в реальной действительности находятся в постоянном развитии. Для целей правового регулирования общественных отношений необходимо, чтобы предписания носили ясный, непротиворечивый, понятный характер. Появление новых общественных отношений зачастую приводит к образованию пробелов в правовом регулировании. Позитивное право не всегда предоставляет решения для любого рассматриваемого казуса. Обычно в случаях, когда говорят о пробелах, на самом деле речь идет о том, что в законе отсутствуют исключаящие из общих правил предписания для особых случаев. Заполнение пробелов означает, что судья ради особых жизненных случаев переступает через общее правило, находит для них новую норму, чаще всего развивая положения уже существующих специальных

предписаний³⁵. Предположим, что в судебной практике преобладала бы та точка зрения, которую мы обозначили как узкорелистическое понимание смысла понятия «воля законодателя». В таких случаях, в каждом отдельном случае, когда закон неясен, необходимо было бы обращаться к законодателям на предмет выяснения их, законодателей, воли, которую они имели в виду при создании закона. Но законодательные органы работают в определенных циклах, в течение которых людской состав органа меняется. В силу ряда факторов, в таком случае пришлось бы тратить большое количество времени и сил на выяснение воли в условиях коллективного волеизъявления. С экономической точки зрения, это очень затратное мероприятие. Поэтому когда появилось сугубо юридическое понятие «воля законодателя», юристы, конструируя его таким образом, что обращение к обстоятельствам принятия закона является только одним из нескольких возможных способов толкования, по сути исходили из необходимости рационального распоряжения ресурсами времени и денег. Даже в тех совершенно маловероятных случаях, когда голосование при принятии закона отличается редким единодушием, то и в таком случае нет гарантии, что будет полное совпадение между тем, что подразумевается в юридическом концепте под «волей законодателя», то есть понятия из правовой реальности, и тем понятием «коллективная воля законодателей, принимавших закон», которое относится к иной реальности — реальности жизни — и которое изучается методами социологии.

Сконструированное юристами в созданном ими юридическом концептуальном пространстве понятие «воля законодателя» носит специфический смысл, который совершенно иначе, чем в социологии, ориентирует познавательный процесс судей. Те ученые, которые не видят разницы между правовой реальностью и реальностью жизни, которые стоят на позициях узкорелистического понимания права, доказывают, что понятие «воля законодателя (государства)» абсурдно. Но на что же должна быть направлена когнитивная активность судей при не-

³⁵ Э. Цительман. Пробелы в праве // Российский ежегодник теории права. — 2010, № 3. — С. 621.

ясности смысла юридического текста? Как распознается воля государства? Обратим внимание на то, что судебные решения объявляются от имени государства. Что это — некая традиция или же это элемент системы, именуемой нами юридическим концептуализмом, как явление в сфере правовой реальности, образующей в области высшей реальности, реальности жизни, некий анклав? Специфическое юридическое содержание понятия «воля законодателя» отличается от аналогичного понятия³⁶, которым оперируют в социальной психологии или в социологии, тем, что оно не признает фикцию в виде воображаемого единого образа единой воли законодателей. Воля законодателя является не средством толкования, а его целью и результатом, — писал Густав Радбрух, и это утверждение полностью соответствует юридическому концепту³⁷. Целью судебного толкования и выявления воли законодателя является поддержание системности в праве, это объективная потребность поддержания правопорядка в непротиворечивом состоянии. Следовательно, при таком подходе к официальному толкованию Конституции обнаруживается, что вся деятельность по выявлению воли законодателя, в том числе и конституционного законодателя, формируется принципом правовой определенности. При решении задачи, связанной с априорной необходимостью выявления воли законодателя, смысл нормы предполагает одновременно систематизированное уяснение смысла правопорядка в целом. В результате такой специфически-юридической познавательной деятельности, направленной на выявление воли законодателя, предметной сферой этой деятельности оказывается

³⁶ Об этом писал Э. Цительман в своей работе «Юридическое волеизъявление» 1878 г. (см.: *Ernst Zitelmann. Die juristische Willenserklärung. // Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts / Hrsg. von Dr. Rudolf v. Jhering und Dr. Joseph Unger; in Verbindung mit Otto Bähr und Agathon Wunderlich. — Jena: Verl. von Gustav Fischer, vornals Friedrich Mauke. — XVI Bd. = N.F. IV Bd., 1878. — VIII, S. 357 - 436).*

³⁷ *Г. Радбрух. Философия права. Пер. с нем. — М.: «Международные отношения», 2004. — С. 128— 129.*

не исследование коллективного волеизъявления, а системных связей между различными нормами позитивного права, а также между различными онтологическими структурами правовой реальности. В результате этой особой когнитивной деятельности возможным оказывается и такой результат, который изначально законодателем не замышлялся. Суд может лучше понять и сформулировать юридическую норму, чем создатели закона, закон на самом деле всегда мудрее своих разработчиков, поскольку он попадает в систему юридических норм позитивного права и находится в контексте других слоев правовой реальности, различающихся между собой по критерию формальной определенности. Позитивное право как средний слой правовой реальности обладает признаками формальной определенности. Что же касается общих принципов права, обычаев, традиций, юридических судебных и доктринальных концепций, то они образуют высший и нижний слои правовой реальности и характеризуются формальной неопределенностью.

Совершенно прав Густав Радбрух в своем выводе о том, что «юридическое толкование — не переосмысление задуманного, а окончательное осмысление продуманного»³⁸. Оно, — пишет Г. Радбрух, — отталкивается от «филологической интерпретации закона, чтобы быстрее обрести самостоятельность — подобно кораблю, уходящему в плавание, который лоцман проводит по предписанному маршруту через портовые воды, а затем капитан “кладет” на собственный курс в открытом море». Оно исподволь трансформирует умозрения законодателя в нормы, которые толкователь установил, «как если бы он сам был законодателем», следуя формуле знаменитого вводного параграфа Швейцарского ГК. Оно — не разлагаемая на элементы смесь теоретического и практического, познаваемого и творческого, непродуктивного и продуктивного, научного и интуитивного, объективного и субъективного. Сколь бы ни было толкование практическим, творческим, продуктивным и интуитивным, оно, тем не менее, обусловлено меняющимися потребностями права. Поэтому содержание воли законодателя, установление кото-

³⁸ *Ibid.* — С. 131.

рой является целью и результатом толкования, не закрепляется им на вечные времена, а способно отвечать на меняющиеся с течением времени правовые потребности и вопросы обретением нового значения. Не следует думать, что воля законодателя — одноразовое волеизъявление, воплотившееся в законе. Она — «долговечная, закононосная воля», способная к постоянным изменениям. «Законодатель, — говорит Гоббс, — это не тот, властью которого закон обретает жизнь, а тот, властью которого закон продолжает оставаться законом».³⁹ Судья не должен придавать чрезмерного, абсолютного значения тексту юридической нормы. Он должен понимать, что есть некая объективная реальность в виде амбивалентности многих слов, из которых состоит юридическая норма.

Двойственность смысла слова — это явление, которое возникло тогда же, когда возникла речь как способ коммуникаций между людьми. Именно поэтому появилась наука о толковании — герменевтика. Герменевтика как отрасль философского знания осуществила онтологизацию символов и знаков, обратив внимание не столько на значение знака, сколько на бесконечный, но законосообразный процесс его интерпретации⁴⁰. Развивающаяся жизнь не только изменяет слова, но и меняет смысл старых слов. Г. Радбрух обратил внимание на то, что духовные речи, произносимые по случаю каких-либо событий, содержат отдельные слова священных текстов, в которые всё время вкладывается новый смысл, в зависимости от ситуации, не обращая внимания на их первоначальный смысл. В этом смысловом богатстве и разнообразии заключена неизбежная жизненность библейских слов. Но так и в словах юридических норм присутствует особая витальность, основанная на том, что можно менять первоначальный смысл слов, используемых в юридическом тексте, исходя из общей цели, стоящей перед правовым регулированием. Следуя сложившейся сакральной

³⁹ *Ibid.* — С. 131.

⁴⁰ См. подробнее об этом: *Поль Рикёр. Конфликт интерпретаций. Очерки о герменевтике.* — М.: «Медиум», 1995.

традиции почитания священных текстов, юристы хитроумно перенесли эту традицию и на юридические тексты.

Онтологическая категория «правовая реальность» может оказаться пригодной для завершения многовековой научной дискуссии о понятии гражданского правоотношения, которое приобрело характер сложной научной проблемы. Можно согласиться с В. А. Беловым, что проблема — это не любой возникший в науке гражданского права вопрос, это не синоним понятия «научный вопрос». Научная проблема как специально-научное понятие — это сложившиеся обстоятельства или ситуации в науке. «Ситуация» — это родовая категория по отношению к «проблеме». По мнению В. А. Белова, проблемная ситуация — это «ситуация научного бессилия»⁴¹. Не думаю, что положение дел в науке гражданского права столь критично, что можно было бы использовать такие характеристики, как научное бессилие. Полагаю, что проблема понятия гражданского правоотношения вполне решаема при использовании онтологико-правовой методологии.

Ей посвящено огромное количество научных работ. Самые выдающиеся советские ученые-цивилисты XX века считали своим долгом принять участие в дискуссии о понятии гражданского правоотношения. М. М. Агарков, Н. Г. Александров, С. С. Алексеев, С. Н. Братусь, Д. М. Генкин, О. С. Иоффе, О. А. Красавчиков, В. П. Мозолин, В. А. Тархов, Ю. К. Толстой, Е. А. Флейтиц, Р. О. Халфина, В. Ф. Яковлев высказались по проблеме понятия гражданского правоотношения. И несмотря на это, не кажется преувеличением утверждение В. А. Белова и А. Б. Бабаева о том, что многие ее аспекты остаются в зоне крайней противоречивости⁴². Это обстоятельство должно настораживать: если по понятию, которое, безусловно, является одним из базовых для науки гражданского права, так много лет ведутся дискуссии, то это означает неблагоприятное в методоло-

⁴¹ Гражданское право. Актуальные проблемы теории и практики // Под общ. ред. д.ю.н. В. А. Белова. — М.: «Юрайт-Издат», 2007. — С. 25—26.

⁴² *Ibid.* — Р. 198.

гической базе этой науки. Я бы не согласился с утверждением В. А. Белова и А. Б. Бабаева о том, что «при определенном подходе к исследованию это понятие становится равнозначным понятию о правовой реальности вообще — понятию высшей степени обобщения и абстракции»⁴³. Такое утверждение, к сожалению, является свидетельством незнания философско-правовой литературы, послужив причиной столь очевидного обеднения основной категории онтологии права. Покритиковав авторов за эту неточность, я должен отметить, что последующие их рассуждения и описания, напротив, заслуживают похвалы. Они правы, выделив несколько основных подходов к понятию правоотношения в отечественной науке.

1) Первый подход предполагает определение правоотношения (юридического отношения) как общественного отношения, урегулированного нормами права. Такой подход к понятию правоотношения условно называется материальным или содержательным. Сторонники этой точки зрения — Л. И. Петражицкий, Н. М. Коркунов, в советский период — Р. О. Халфина. Правоотношение рассматривалось ими как синкретическое единство общественного отношения и собственно юридического отношения, возникшее в силу того онтологического факта, как наличие правового регулирования.

2) Другие ученые считали, что после возникновения юридического отношения (которое, несомненно, является следствием правового регулирования) общественное отношение существует наряду с новым отношением — правоотношением. Ф. Г. Шершеневич считал, что правоотношение — это только сторона бытового, жизненного отношения между людьми.

Для понимания сути дискуссии следует обратить внимание на то, кто признается участником правоотношения, поскольку общественные отношения всегда включают в свою структуру в качестве элементов 1) субъектов, с их статусами и ролями, ценностями и нормами, потребностями и интересами, 2) содержание деятельности субъектов и их взаимодействий (включая эквивалентность или неэквивалентность социальных

⁴³ *Ibid.* — Р. 198.

обменов), 3) оценку отношений, осуществляемую субъектами путем сравнения элементов своих отношений с элементами отношений других субъектов, участвующих в подобных отношениях. Новейшие подходы к пониманию общественных отношений акцентируют внимание на том, что субъектами их являются люди. Этот, казалось бы, банальный вывод еще не столь давно не носил очевидного характера. Да и сейчас встречаются ученые, утверждающие, что возможно возникновение юридического отношения между лицом и вещью. Такова была точка зрения немецких цивилистов XIX века Регельсбергера и Дернбурга. Князь Е. Н. Трубецкой доказал ошибочность этого мнения, отметив, что «юридические отношения суть всегда отношения между лицами»⁴⁴. Сторонники господствующего в начале XX в. воззрения утверждали, что, напротив, юридические отношения — это отношения лица к вещи. Ими приводился пример, когда человек, прогуливаясь на берегу моря, находит жемчужную раковину, в силу чего, по их мнению, между человеком и раковиной возникает отношение собственности. Ввиду того, что в таком случае не возникают отношения между лицом, нашедшим вещь, и другими лицами, эти ученые считали, что могут существовать такие юридические отношения лица к вещам, которые не являются отношениями с другими лицами.

Е. Н. Трубецкой убедительно показал, что при таком подходе смешиваются две совершенно различные вещи: фактическое господство лица над вещью и господство юридическое. Взяв раковину в руки, человек вступает в фактическое обладание данной вещью, при этом возникает отношение, являющееся «тканью» овеществленной, фактической реальности: никакого юридического отношения между лицом и раковиной не возникает.

То обстоятельство, что человек живет в обществе, уже выработавшем представления о юридическом концепте действительности, означает, что в связи с фактическими отношени-

⁴⁴ Е. А. Трубецкой. Лекции по энциклопедии права. — [ibid.]. — С. 158.

ями, с фактическим господством над вещью, возникают иные, юридические отношения. Объективное право придает фактическому господству характер юридического отношения. Это значит, что объективное право признает господство над найденной вещью исключительно за лицом, ее нашедшим, и ограждает такое господство против всяких посягательств других лиц. И это значит, что право устанавливает отношение лица не к вещи, а к другим лицам. А если отношение лица к вещи не затрагивает право других лиц, то праву до него нет никакого дела. Право не терпит только насилия и самоуправства человека. Оно состоит из правовых конструкций, составляющих часть содержания юридического концепта действительности, которые блокируют малейшее проявление насилия и произвола. Поэтому право и насилие (произвол) находятся в вечной оппозиции. Закон может допускать насилие (произвол), но при этом не быть правом. Вот почему правовая реальность является таким сложным и многогранным понятием.

«Ткань» правовой реальности образуют только юридические, правовые отношения. И это значит, что они существуют наряду с материальными, общественными отношениями, образуя постоянную пару отношений. В правоотношении осуществляется только лишь «сцепление» юридической обязанности, которая первична, с субъективным правом. Последнее проявляет свою экзистенцию только потому, что есть юридическая обязанность. Корреляция, взаимодействие «юридическая обязанность — субъективное право» представляет собой юридическую модель (идеальную структуру) материального отношения. И вот эти идеальные структуры и являются частью правовой реальности, но не самой правовой реальностью, в структуре которой есть еще много чего — и правовые нормы, и обычаи, и mores (нравы).

Таким образом, мы солидаризируемся с позицией В. А. Белова и А. Б. Бабаева, которые считают, что понимание правоотношений как отношений фактических, выделяющихся лишь урегулированием нормами права, является ошибоч-

ным⁴⁵. Их точка зрения коррелирует с методологически обоснованной научной позицией Ю. Г. Ткаченко, который писал, что «... отношения, подвергаемые регулированию со стороны права, можно с функциональной точки зрения называть правовыми, но при этом следует помнить, что регулирование не изменяет характера отношений, т.е. они остаются либо экономическими, либо политическими, либо духовными... правовой элемент этих отношений выступает формальной стороной содержания отношения»⁴⁶.

⁴⁵ Гражданское право. Актуальные проблемы теории и практики... — [ibid.]. — Р. 201.

⁴⁶ Ю. Г. Ткаченко. Методологические вопросы теории правоотношений. — М.: «Юрид. лит.», 1980. — С. 93—94, 99—100, 101, 105.

Евгений Георгиевич ТАРЛО

ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОЙ И СУДЕБНОЙ РЕФОРМЫ

Тезисы о правовой реформе, опубликованные В. Д. Зорькиным восемь лет назад, и сейчас являются весьма актуальными, поскольку он выдвинул идею правовой реформы, которая, в отличие от судебной реформы, вообще никогда не провозглашалась в российской истории. Председатель Конституционного Суда России и одновременно один из ведущих ученых страны наметил общую структуру оптимальных концептуальных действий государства в направлении претворения в жизнь его характеристики как правового, функционирующего на основе принципа верховенства права.

Дополнительным гарантом Конституции РФ в рамках разделения властей, предусмотренных ст. 10 Конституции РФ, является Конституционный Суд РФ. Его председатель В. Д. Зорькин высказал важную мысль о взаимоотношениях государства и гражданского общества: «Здесь очень важно сказать и о правосознании власти.

Если власть станет стремиться создавать под себя удобное право, то любая правовая реформа станет не более чем фикцией. Ведь элементы гражданского общества у нас еще в рыхлом состоянии. Отсутствие системы политических партий вместе с отсутствием массового правосознания общества создает колоссальную базу для поворота к неправовому государству. Мы сейчас боремся за господство права. Я верю, что не произойдет перехода к антиправовому государству, но мы ныне находимся в такой точке, когда решается правовая судьба России».⁴⁷

⁴⁷ «Родная газета». — 29 апреля 2004.

В. Д. Зорькин очень точно указал на неразрывную связь состояния правовой системы, правовой реформы с состоянием экономики страны: «Правовую реформу не зря называют “детонатором” всего реформаторского процесса, включая реформирование экономики, — пишет он, — Рыночная экономика не может быть создана без правовых гарантий стабильности собственности и предсказуемости предпринимательской активности, с одной стороны, и эффективного разумного правового регулирования экономических процессов — с другой. Правовая реформа должна рассматриваться как составная часть всего реформаторского процесса в стране, так как она имеет важное значение, с одной стороны, для стимулирования и легитимации всестороннего развития, а с другой — для поддержания равновесия в государстве и обществе. Она является инструментом проведения необходимых реформ, нахождения баланса конкурирующих интересов, обновления и поддержания экономики и развития гражданского общества. Недооценка правовых ценностей, в первую очередь конституционных, может завести в тупик и существенно замедлить самые прогрессивные реформаторские процессы».⁴⁸ Действительно, практика показывает, что многие экономические процессы «тормозятся» неправовым законодательством, неправильным и нестабильным правоприменением и т.д. Поэтому реализация в нашей стране полномасштабной правовой реформы должна стать фундаментом экономических программ развития.

Подлинное осуществление правовой реформы в России немислимо без неукоснительного соблюдения на практике базовых принципов, основывающихся на концепциях верховенства права и правового государства, таких как принцип правовой определенности, презумпция невиновности, защита прав и свобод граждан государством, в том числе в судебном порядке. Применение этих принципов, по обоснованному мнению В. Д. Зорькина, является одной из системных предпосылок для того, чтобы Россия взяла «правовой барьер». Именно поэтому

⁴⁸ «Законодательство и экономика». — 2004, № 2.

названные принципы находят свое отражение в Конституции России, обладающей свойством прямого действия и в связи с этим подлежащей применению непосредственно в правоотношениях любого вида.

Элементом правовой реформы является реформа судебная. Целями судебной реформы в том числе можно назвать формирование условий для такого судебного правоприменения, которое отвечает естественно-правовым, конституционно-правовым и конституционно-экономическим принципам.

Планы государственного аппарата по реформированию судебной системы на ближайшие несколько лет закреплены Концепцией федеральной целевой программы «Развитие судебной системы России на 2013–2020 годы», утвержденной распоряжением Правительства Российской Федерации от 20.09.2012 № 1735-р. Принятие подобного рода правовых актов положительно характеризует работу в этой области, позволяя упорядочить и систематизировать ее, придать ей единые, четкие, определенные цели.

Вместе с тем, представляется не в полной мере правильным уход от понятия собственно судебной реформы, заменивший его на термин «развитие судебной системы». Со времени утверждения Верховным Советом РСФСР 24 октября 1991 года «Концепции судебной реформы», безусловно, в области функционирования судебной системы многое изменилось, и эти изменения носили положительную динамику. Однако замена понятия судебной реформы на термин «развитие судебной системы» изначально ориентирует правоприменителя на сохранение общих парадигм работы судебной власти при корректировке отдельных недостатков.

Имеющиеся же в нынешней судебной системе, особенно в системе судов общей юрисдикции, проблемы во многом носят фундаментальный характер. Их решение не может сводиться к техническим вопросам финансирования судейского корпуса, расширения площадей и т.п. — безусловно, имеющим существенное значение, но не определяющим сущностную концепцию механизма выполнения судами своих основных функций.

Одной из таких фундаментальных проблем судебной системы является всё еще устойчивый судейский юридический позитивизм, нередко могущий быть названным, по меткому выражению В. Д. Зорькина, «вульгарным». Наихудшее его проявление заключается в фактической невозможности во многих случаях прямого применения Конституции России, базовых, общечеловеческих, естественно-правовых принципов — верховенства права, справедливости, правовой определенности, стабильности правового регулирования, презумпции невиновности, государственной защиты прав и свобод человека и других — в рамках обычного судебного правоприменения. Разрозненные законы, подзаконные акты, распоряжения, инструкции, противоречащие этим принципам, нередко становятся каменной стеной на пути правового функционирования судебной власти, вынуждая граждан обращаться в высшие судебные инстанции, способные применять эти принципы — Конституционный Суд России, Европейский Суд по правам человека и т.п.

Изложенное легко проиллюстрировать на примере применения судами правил о достоверности доказательств в уголовном процессе в соответствии с конституционными принципами презумпции невиновности и правовой определенности. Являясь одним из базовых столпов правового государства, презумпция невиновности, как один из указанных принципов, призвана обеспечивать недопустимость привлечения к каким-либо видам ответственности граждан, не совершавших противоправных деяний. Особенное значение, безусловно, применение данной презумпции приобретает в случае с привлечением к уголовной ответственности — самому строгому ее виду.

Принцип правовой определенности, вытекающий из признаваемых российской Конституцией доктрин правового государства и верховенства права, подразумевает такую систему законодательства и правоприменения, которая обеспечивает четкое понимание гражданином правовых последствий совершения им тех или иных действий, известную предсказуемость правоприменительных актов.

Применительно к уголовной ответственности презумпция невиновности и принцип правовой определенности, пре-

жде всего, означают необходимость доказательства вины гражданина надлежащим способом, т.е. таким, который позволяет однозначно судить о его виновности.

С этой точки зрения категорически важным становится вопрос об экспертизе и заключениях экспертов как одного из доказательств в уголовном процессе. Это доказательство по целому ряду категорий уголовных дел (предпринимательских и других), являющихся обычно и наиболее резонансными, по факту носит главенствующий характер. На заключениях экспертов чаще всего базируются, например, приговоры по делам об «экономическом» мошенничестве, преднамеренном и фиктивном банкротстве и т.д. В этих условиях обеспечение естественного, конституционного права граждан на защиту от необоснованного уголовного преследования невозможно без определения однозначной достоверности экспертиз и их методик.

Российская правовая система всё еще не пришла к полному осознанию этого факта. Результатом этого становится привлечение к уголовной ответственности на основании экспертиз, не имеющих определенных, опубликованных, однозначных методик (такие экспертизы чаще всего встречаются по делам об экономических преступлениях — финансово-аналитическая, финансово-экономическая и другие), или вообще на современном уровне развития науки не могущих иметь такие методики. В последнем случае, по существу, используются квазидоказательства, основанные на паранаучных исследованиях, такие, например, как заключения, полученные на основании использования полиграфа, не имеющие каких-либо внятных доказательств их достоверности.

Понимание того, что вопросы научного обеспечения экспертиз являются, прежде всего, конституционно-правовыми, непосредственно влияющими на реализацию презумпции невиновности, Экспертно-консультативный совет при Комитете Совета Федерации по конституционному законодательству, реорганизованном впоследствии в Комитет по конституционному законодательству, правовым и судебным вопросам, развитию

гражданского общества, подошел к решению этих вопросов именно с конституционно-, теоретико-правовых позиций.

Далее приводятся заключения, выработанные по указанным проблемам экспертным юридическим сообществом и одновременно являющиеся яркими их иллюстрациями, после изучения которых можно будет сделать окончательный вывод по поставленной проблеме.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Экспертно-консультативного совета по конституционному законодательству при Комитете Совета Федерации по конституционному законодательству, правовым и судебным вопросам, развитию гражданского общества

**О конституционно-правовых проблемах уголовно-правовой политики в России: соотношение понятий и терминов, используемых в уголовном праве и в судебно-следственной практике, с правовыми нормами и понятиями, используемыми в гражданско-правовой науке, и научное обеспечение доказательств по делам об экономических преступлениях
02.04.2012**

Проанализировав с позиций конституционно-правовых проблем уголовно-правовой политики в России доклады ведущих ученых и практиков в области судебных экспертиз по делам об экономических преступлениях, уголовного права и уголовного процесса, а также законодательство и правоприменительную практику через призму вопросов соотношения понятий и терминов, используемых в уголовном праве и в судебно-следственной практике, с правовыми нормами и понятиями, используемыми в гражданско-правовой науке, а также научного обеспечения доказательств по делам об экономических преступлениях, Экспертно-консультативный совет по конституционному законодательству (далее – Совет) пришел к следующим выводам.

1. В соответствии со статьей 19 Конституции Российской Федерации все равны перед законом и судом. Как отмечал Конституционный Суд Российской Федерации, это конституционное положение означает, что при равных условиях субъекты права должны находиться в равном положении. Если же условия не являются равными, федеральный законодатель вправе установить для них различный правовой статус⁴⁹.

Статья 49 Конституции предусматривает ведение уголовного процесса на основе принципа презумпции невиновности, предполагающего необходимость соблюдения критерия надлежащей доказанности вины в уголовном процессе для привлечения лица к соответствующему виду ответственности. Данное положение конкретизируется уголовно-процессуальным законодательством.

Названные конституционные положения прямо применимы к правоотношениям, возникающим в процессе расследования уголовных дел и уголовного судопроизводства. Последние с учетом этих положений должны осуществляться с соблюдением требований об обеспечении равенства субъектов уголовно-процессуального права при аналогичных условиях, в частности обвиняемых по уголовным делам с аналогичными «входными» данными, а также о необходимости надлежащего доказывания, то есть только теми доказательствами, которые отвечают всем необходимым установленным законом критериям: относимости, достоверности, допустимости, а в совокупности – достаточности. Совет полагает, что названные требования относятся и к заключению и показанию эксперта.

1) Как было установлено в рамках экспертных дискуссий и при анализе законодательства и правоприменительной практики, на сегодняшний день в Российской Федерации отсутствует как единый перечень методик в области экономической экспертизы, так и единые наименования видов экспертиз. Так, в соответствии с Перечнем родов (видов) экспертиз, утвержденным Приказом Минюста России от 14.05.2003 № 114, вопро-

⁴⁹ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 06.12.2001 № 255-О.

сы судебной экспертизы по делам о банкротстве исследуются в рамках судебной финансово-экономической экспертизы, которая назначается для решения задач, касающихся финансовой деятельности предприятий, соблюдения законодательных актов, регулирующих их финансовые отношения с государственным бюджетом, выполнения договорных обязательств, анализа финансовой кредитной деятельности банков, анализа фиктивных и преднамеренных банкротств, распределения и выплаты дивидендов, операций с ценными бумагами, инвестициями и пр. В соответствии с Приказом Министерства внутренних дел России от 29.06.2005 № 511 «Вопросы организации производства судебных экспертиз в экспертно-криминалистических подразделениях органов внутренних дел Российской Федерации» вопросы банкротства относятся к финансово-аналитической экспертизе, предполагающей исследование финансового состояния организаций.

Различие как наименований, так и содержания указанных видов экспертиз уже само по себе позволяет говорить о том, что граждане при рассмотрении в отношении них сходных уголовных дел и назначении экспертизы, связанной банкротством, при равных условиях находятся в различном положении, поскольку доказыванию в данном случае, в сущности, должны подлежать одни и те же обстоятельства, а именно обстоятельства ухудшения финансового положения организации. Это противоречит требованиям статьи 19 Конституции России, в том числе с учетом толкования, придаваемого данной статье Конституционным Судом Российской Федерации.

2) Одновременно необходимо отметить, что, как было отмечено экспертами, опубликованные методики проведения названных видов экспертиз отсутствуют. Единая сертификация подобных методик для экономической экспертизы не применяется. В рамках проведения экономической экспертизы эксперты, как правило, руководствуются методиками экономического анализа, разработанными и опубликованными учеными-экономистами.

Несмотря на то, что данные методики основываются на общепринятых экономических принципах, они не являются

однозначными и эквивалентными, допускают вариативность подходов, могут основываться на различных научных взглядах, отраслевой специфике финансовых показателей, различной степени адаптации зарубежных методик к российской экономике и т.п. То есть при проведении экономической экспертизы возможно применение определенных допущений, предположительных подходов, основанных лишь на научных теориях отдельных авторов, либо даже на отдельных гипотезах. Такие заключения эксперта не могут признаваться достоверными и допустимыми и не могут повышать степень достаточности доказательств в уголовном процессе, соответственно, не отвечают конституционным требованиям статьи 49 Конституции России.

3) При этом необходимо иметь в виду то обстоятельство, что использование даже в таких заключениях эксперта, не отвечающих критериям, направленным на защиту конституционных прав и свобод граждан, научного или квазинаучного языка, ссылки в них на научные подходы, методики экономического анализа, приведение в них подробного исследования числовых показателей в отсутствие у правоприменителя специальных экономических знаний способствует «психологическому давлению» на него, при котором доказательная сила такой экспертизы им необоснованно субъективно повышается. Данный аспект может использоваться в целях манипулирования мнением суда, искусственного расширения доказательной базы по уголовному делу обеими сторонами процесса.

Вместе с тем возможности стороны защиты в области оспаривания экспертного заключения, как представляется, снижены по сравнению со стороной обвинения. Как можно выявить из анализа правоприменительной практики, сторона защиты фактически не участвует в формировании пакета материалов дела, на основании которых составляется экспертное заключение, нередко не знает о составе этих материалов, что минимизирует реализацию предусмотренного уголовным законодательством права на формулирование вопросов эксперту.

Право стороны защиты на привлечение к делу специалиста (в том числе в целях оспаривания заключения эксперта) в определенной мере компенсирует процессуальное

неравенство сторон в области экспертного подтверждения обстоятельств дела. Вместе с тем, как показывает правоприменительная практика и следует из дискуссии с участием экспертов, эксперт и специалист не только формально обладают различным процессуальным статусом, но и, фактически, обладают различной доказательственной силой своих показаний в рамках уголовного судопроизводства.

Кроме того, на этапе следствия привлечение специалиста стороной защиты может быть затруднено путем принятия соответствующих решений следователем, а на этапе судебного разбирательства, несмотря на положения статьи 271 УПК РФ, путем использования, в частности, отсутствия детального порядка допроса явившегося в суд по инициативе стороны специалиста, как это нередко встречается в судебной практике.

Указанные обстоятельства, влекущие в определенной мере элементы процессуального неравенства, нарушают конституционный принцип равенства и состязательности в уголовном процессе, существенно снижая возможности стороны защиты по формированию доказательной базы в соответствии с собственной позицией и оспариванию доводов обвинения. В результате по уголовным делам, где проводятся сложные экспертизы, может быть затруднено осуществление права на именно квалифицированную защиту, гарантируемую статьей 48 Конституции РФ.

При этом Совет отмечает, что проблемы, связанные с процессуальным неравенством сторон в уголовном процессе, наблюдаются не только в России. Так, в США в ходе деятельности специальной рабочей группы по проверке правильности судебных приговоров были выявлены массовые нарушения, связанные, в том числе, с нарушением принципа равенства сторон при проведении судебных экспертиз (в частности, не уведомления стороны защиты, закрытость материалов экспертизы и т.п.)⁵⁰.

⁵⁰ См.: Convicted defendants left uninformed of forensic flaws found by Justice Dept//Washington Post. 17.04.2012.

Сенатом США в последнее время поднимался вопрос и о собственно научной обоснованности экспертизы. Так, анализ криминалистических дисциплин на предмет их реальной научной обоснованности, необходимость проведения дополнительных научных исследований в соответствующей области, вопрос о необходимых национальных стандартах экспертизы были предметом обсуждения, в частности, на заседании Комитета Сената США по торговле, науке и транспорту (*The U.S. Senate Committee on Commerce, Science, and Transportation*), прошедшем 07.12.2011⁵¹.

2. Как было установлено в ходе анализа экспертных докладов, законодательства и правоприменительной практики, государственные и негосударственные экспертные организации подвержены различной степени глубины правового регулирования. Сама по себе судебно-экспертная деятельность, по мнению Совета, содержит в себе значительную публичную составляющую, главным образом выраженную в связанности профессиональной экспертизы в рамках уголовного процесса с защитой конституционных прав граждан. Поэтому не вызывает сомнения необходимость самого по себе регулирования экспертной деятельности в рамках уголовного процесса.

Вместе с тем особое регулирование государственной судебно-экспертной деятельности, в сущности, может обосновываться только отличием соответствующих экспертных учреждений и экспертов по признаку связи с государством, что в разрезе применения конституционного принципа равенства, по мнению Совета, не может быть достаточным основанием для разграничения правового регулирования. Различия в правовом регулировании государственной и негосударственной экспертизы приводят, как показывают эксперты, с одной стороны, к отсутствию реальных серьезных квалификационных требова-

⁵¹ См.: http://commerce.senate.gov/public/index.cfm?p=Hearings&ContentRecord_id=63e87410-acf3-45eb-a849-1b4edf6a8959&ContentType_id=14f995b9-dfa5-407a-9d35-56cc7152a7ed&Group_id=b06c39af-e033-4cba-9221-de668ca1978a&MonthDisplay=12&YearDisplay=2011.

ний к негосударственным экспертам, а с другой – к субъективному восприятию негосударственной экспертизы как менее весомой в целях формирования доказательной базы в рамках расследования уголовного дела. Такое различное регулирование, по мнению Совета, нарушает конституционный принцип равенства экспертных учреждений и экспертов.

3. Как следует из докладов экспертов и анализа правоприменительной практики, в ряде случаев в рамках применения уголовного закона (особенно по экономическим преступлениям) правоприменитель формирует новые понятия и термины, иногда заимствованные из иных отраслей права (корпоративного, гражданского и др.) и т.п. Примером таких используемых судебной и следственной практикой понятий являются, например, термины «фактический руководитель», «фактический владелец» и некоторые другие.

По мнению Совета, из анализа смысла статей 4, 15, 18, 19, 45, 49, 54 Конституции России, конкретизируемых Уголовным кодексом Российской Федерации, следует, что преступность деяния должна устанавливаться непосредственно уголовным законом, и ни одно лицо не может привлекаться к уголовной ответственности при отсутствии прямого указания Уголовного кодекса России на преступность того или иного деяния. В этом смысле правоприменительное формулирование и использование терминов и понятий, не только не предусмотренных уголовным законом, но и не во всех случаях вообще содержащихся в законодательстве, создают недопустимую степень правовой неопределенности, нарушающей соответствующие конституционные права граждан на справедливое судебное разбирательство и на разбирательство дела на основе презумпции невиновности. Если у правоприменителя возникает необходимость соответствующего изменения терминов уголовного закона, он может инициировать необходимые законодательные инициативы, в которых должна быть учтена проблема соотношения и соответствия терминологии уголовного права и других отраслей права.

С учетом изложенного и необходимости более полной реализации конституционных прав граждан в условиях совре-

менного состояния законодательства и правоприменения Совет приходит к следующим итоговым выводам.

1. Субъектам законодательной инициативы Российской Федерации следует всячески поддерживать экспертную работу научного сообщества в области разработки единых законодательных основ регулирования экспертной деятельности в Российской Федерации, принципиально эквивалентных для государственных и негосударственных экспертных учреждений, и прилагать необходимые усилия для принятия соответствующего законодательства в максимально сжатые сроки.

2. Требуется разработка единой обязательной организационной и методической базы проведения профессиональной экспертизы, включающей в себя единую классификацию видов экспертиз с указанием случаев применения каждого из них, требования к квалификации экспертов, определение наиболее достоверных методик, не допускающих произвольной вариативности подходов и использование недоказанных научных гипотез и теорий и устанавливаемых и публикуемых в качестве обязательных для всех экспертов, порядка их оспаривания как действующего нормативного правового акта, а также, возможно, порядок сертификации экспертных учреждений. Разработка такой методической базы должна осуществляться с привлечением ученых в области конституционного права и уголовного процесса, практиков экспертной деятельности, иных заинтересованных сторон.

3. Необходима подготовка изменений в законодательство, выравнивающих баланс прав сторон уголовного процесса в рамках назначения и проведения судебной экспертизы. Возможно, необходимо законодательное обеспечение доступа к проведению стороной защиты самостоятельной экспертизы в уголовном процессе. Разработка указанных изменений должна проводиться с привлечением научного сообщества, практиков экспертной деятельности, представителей органов внутренних дел и адвокатских образований, иных заинтересованных сторон.

4. Требуется установление законодательного запрета на произвольное толкование уголовного закона с тем, чтобы в

рамках уголовных дел могли использоваться только те ключевые термины и понятия, которые прямо установлены уголовным законом. Уголовный кодекс не может подвергаться произвольному расширительному толкованию правоприменителями; для расширения состава преступления и введения новых терминов необходимы законодательные изменения и дополнения собственно в уголовный закон.

Как отмечают специалисты, указанное заключение Экспертно-консультативного совета в совокупности с экспертными позициями, сформированными на его базе, оказало серьезное влияние на содержание Концепции федеральной целевой программы «Развитие судебной системы России на 2013 – 2020 годы», утвержденной распоряжением Правительства Российской Федерации от 20.09.2012 № 1735⁵². Вместе с тем, несмотря на то, что в Концепции содержится немалое количество положений, посвященных экспертизе, проработка этой области является недостаточной, не отражающей в необходимой мере фундаментальные идеи, содержащиеся в приведенном заключении.

Главными тезисами Концепции по вопросам судебной экспертизы являются увеличение финансирования, создание условий для осуществления качественных экспертиз государственными судебно-экспертными учреждениями Министерства юстиции России, которые являются независимой структурой государственных судебных экспертов, не подчиненной органам дознания и следствия, свободной от какой бы то ни было ведомственной заинтересованности, наделение экспертных учреждений новым оборудованием и т.п. Эти тезисы являются правильными, особенно в части акцента на проведение экспертизы учреждениями Министерства юстиции России, что в определенной мере позволит уйти от проблем с независимостью экспертов ведомственных учреждений МВД РФ, но недостаточными.

⁵² См. В. А. Виноградов. Повышение независимости экспертов // Новая адвокатская газета. — № 20 (133), 10.2012. — С. 9.

Основной акцент в Концепции делается на государственной судебной-экспертной деятельности. Между тем, как отмечено Экспертно-консультативным советом, необходимо создавать нормальные, конкурентные условия работы негосударственных экспертных учреждений.

Но самый серьезный недостаток Концепции применительно к экспертизе — отсутствие четкого закрепления необходимости существования опубликованных единых методик как неотъемлемого условия проведения экспертизы. Отсутствие таких методик влечет к непредсказуемости правоприменения, фактической невозможности осуществления защиты в рамках проведения экспертиз — то есть к нарушению принципов презумпции невиновности, правовой определенности и права на защиту.

Без достаточного внимания этому вопросу реформирование института экспертизы даже при наличии достаточного финансирования, помещений, кадров и т.д. не приведет к повышению качества судебных решений и приговоров с точки зрения их соответствия конституционным принципам и защиты конституционных прав граждан.

Далее приводится еще одно заключение, иллюстрирующее рассматриваемую проблему.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Экспертно-консультативного совета при Комитете Совета Федерации по конституционному законодательству

О конституционно-правовых аспектах применения полиграфа в качестве доказательства в уголовном процессе 08.11.2011

Экспертно-консультативным советом при Комитете Совета Федерации по конституционному законодательству (далее – Совет) были заслушаны доклады участников заседания.

Ведущий советник Аппарата Комитета Государственной Думы по безопасности, один из разработчиков законопроекта «О применении полиграфа» (далее – законопроект) **Е.К. Волчинская** отметила, что защита конституционных прав граждан является основной целью законопроекта, хотя данный законопроект и подвергается многосторонней критике. Она пояснила, что УПК РФ допускает в качестве доказательств показания как подозреваемого и обвиняемого, так и эксперта, специалиста и свидетеля, в качестве которых зачастую выступают полиграфологи. По мнению госпожи Волчинской, важным здесь является тот факт, что оценка результата исследования полиграфолога осуществляется судом.

Она также сообщила, что в настоящий момент опрос с использованием полиграфа обычно проводится в рамках психофизиологической экспертизы, допускаемой законодательством. Е.К. Волчинская при этом обратила внимание на Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 21.12.2010 № 28 «О судебной экспертизе по уголовным делам», в котором было отмечено, в частности, что заключение эксперта, равно как и прочие доказательства, не имеет для суда заранее установленной силы и подлежат проверке и оценке по общим правилам, и что судам следует учитывать квалификацию экспертов (п.п. 19, 20). Кроме того, она заострила внимание на том, что задача законопроекта, прежде всего, в том, чтобы корректно вписать возможность проведения опроса в процессуальные рамки и обеспечить достаточную квалификацию полиграфологов.

При этом, по ее данным, Комитет Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации по конституционному законодательству и государственному строительству утверждает, что Верховный Суд России последовательно выступает против использования данных, полученных с применением полиграфа, в качестве доказательств в уголовном процессе. По мнению Е.К. Волчинской, данное утверждение не в полной мере обоснованно. Единственный документ Верховного Суда с такой недвусмысленной позицией – кассационное определение от 04.06.2008, где указано «суд обосновано признал недо-

пустимыми доказательствами три заключения так называемой психофизиологической экспертизы, так как они... не являются доказательствами по уголовному делу. Использование достижений специалистов-полиграфологов в процессе доказывания по уголовному делу законом не предусмотрено. Выводы такой экспертизы не носят научно обоснованного характера». При этом Е.К. Волчинская также указала, что в кассационном определении Верховного Суда от 03.04.2008 содержится аналогичная позиция, основывающаяся на том, что оценка достоверности показаний обвиняемого находится в компетенции суда. В целом судебная практика показывает, что суды нередко отказывают в назначении психофизиологической экспертизы, исходя из того, что такая экспертиза не может быть допустимым доказательством. То есть пока, по мнению Е.К. Волчинской, не приходится говорить об однозначной позиции судов в отношении применения полиграфа. Практика настоящего времени формируется судами низших инстанций.

Она также заметила, что перспектива развития ситуации с применением полиграфа зависит от степени квалифицированности экспертов. Для проведения полиграфологами экспертизы требуется их тщательная переподготовка.

На вопрос Л.О. Иванова о том, имеется ли устойчивая положительная практика по применению полиграфа в качестве средства получения доказательства, Е.К. Волчинская пояснила, что Верховным Судом решения принимаются разные, последовательной позиции у него нет.

На вопрос Е.Г. Тарло о том, что полиграфическая экспертиза имеет меньшую научную историю и неоднозначную научную обоснованность, и каким образом суду в этих условиях оценивать заключение полиграфолога в сравнении с прочими доказательствами, Е.К. Волчинская пояснила, что суд должен самостоятельно оценить данные доказательства. Она еще раз подчеркнула, что качество такой экспертизы в полной мере зависит от качества подготовки полиграфолога. Важно, как будут поставлены вопросы, как он это трактует полученные данные полиграфа. Психофизиологическая реакция человека объективна, но важно, по мнению Е.К. Волчинской, понять, почему

она возникла. Она также отметила, что никакая экспертиза не дает 100-процентный результат. Для повышения ее достоверности следует соблюдать установленный порядок ее проведения.

На вопрос А.И. Александрова о том, есть ли информация об ошибках при использовании полиграфа, Е.К. Волчинская сообщила, что ошибки, конечно, могут быть.

На вопрос Е.Г. Тарло о том, анализировали ли разработчики законопроекта ст.ст. 49, 50, 51 Конституции России, закрепляющие права обвиняемых не свидетельствовать против себя и не доказывать свою виновность, и свидетельствует ли против себя испытуемый на полиграфе, госпожа Волчинская сообщила, что технология такова, что без желания человека участвовать в экспертизе с ним работать невозможно. Законопроект предусматривает согласие испытуемого.

На вопрос А.Б. Пеленицына о том, есть ли зарубежное законодательство о полиграфе, Е.К. Волчинская ответила, что закон, допускающий использование полиграфа, есть в США. При этом А.Б. Пеленицын отметил, что американский закон именуется «О защите работников от полиграфа» (1988) и существенно ограничивает применение полиграфа. Е.К. Волчинская также сообщила, что законы, регулирующие режим полиграфа, есть в Литве, Молдавии, Южной Азии, Японии, а в законе США все же есть условия, при которых его применение допустимо. Е.Г. Тарло подтвердил позицию А.Б. Пеленицына, сообщив, что по имеющимся у него сведениям, полученным из американских юридических источников, ни в одном штате полиграф как средство доказывания в уголовном процессе не разрешен. К.Ф. Гуценко при этом отметил, что в предлагаемом разработчиками российского законопроекта виде законов нет нигде в мире.

Главный научный сотрудник сектора биоэтики Института философии РАН **Г.П. Юрьев** в рамках своего доклада сообщил, что на основании, в том числе, его исследований было создано новое поколение полиграфической аппаратуры. Он пояснил, что «обман» этой аппаратуры невозможен.

Сам факт признания полиграфического исследования как законного средства получения информации, по его

мнению, должен быть закреплен законодательно. Согласие на полиграф представляет собой желание свидетельствовать против себя.

Повышение вероятности верности полиграфической экспертизы обеспечивается, считает Г.П. Юрьев, путем сочетания методов. Посредством новой аппаратуры и сочетания методик можно со 100-процентной вероятностью определить, правду ли говорит человек. От полиграфолога результат зависит несущественно.

На вопрос Е.Г. Тарло о том, является ли субъективное, но отличное от действительности, суждение истинным с точки зрения исследования на полиграфе и истинность чего именно устанавливает полиграфолог,

Г.П. Юрьев сообщил, что полиграф определяет согласованные и рассогласованные реакции человека, то есть устанавливает, уверен ли человек в том, что он говорит. На вопрос Е.Г. Тарло о том, как полиграф отреагирует, если человек уверен в неистинном суждении или если он забыл истину, господин Юрьев ответил, что самое главное в том, что полиграф позволяет установить – по ошибке или умышленно лжет человек.

На вопрос А.И. Александрова о том, существует ли заключение РАН относительно полиграфа, Г.П. Юрьев сообщил, что ему о таких заключениях неизвестно. На вопрос А.И. Александрова о том, имеется ли научно установленный процент ошибок при использовании полиграфа, ответ дан не был.

Заведующая кафедрой уголовно-процессуального права Московской государственной юридической академии имени О.Е. Кутафина **Л.А. Воскобитова** в своем докладе сообщила, что районные суды давно применяют психофизиологическую экспертизу как доказательство обвинения, что с ее точки зрения является юридически неверным. Госпожа Воскобитова считает это гуманитарной катастрофой, которая может привести к массовым незаконным обвинениям.

Исходя из позиции теории доказывания, по мнению Л.А. Воскобитовой, можно отметить следующее. Ст. 74 УПК устанавливает, что доказательства – это сведения, с помощью которых устанавливаются обстоятельства по делу. Уголовное су-

допроизводство – правоприменительная деятельность, предполагающая установление фактической основы, реальных событий действительности. В уголовном процессе их можно познать только через то, как они отразились в объективной реальности, какой след они оставили. Этот след изначально признается доказательством как сведениями о том, что произошло в прошлом. Он только тогда доказательство – когда он несет фактическую информацию, когда является объективно содержательным.

Л.А. Воскобитова также указала, что абсолютных доказательств в уголовном процессе не существует. Каждое доказательство – это лишь часть доказательственной базы, которая содержит фактическую информацию.

По ее мнению, данная конструкция не стыкуется с полиграфическими исследованиями. Полиграфолог фиксирует реакцию человека на заданные вопросы, однако с точки зрения юридической оценки правдивость или ложность показаний человека не имеет значения, поскольку не несет фактической информации о том, что на самом деле происходило в прошлом. Л.А. Воскобитова особенно сакцентировала внимание на том, что когда судом не устанавливается фактическая сторона дела, норма права применяется не к этой фактической стороне, а самой норме права, что недопустимо. В имеющейся же судебной практике, как правило, из заключений полиграфолога фактическая информация не выявляется. Полиграф, по ее мнению, лишь выдает определенные «кривые», и именно человек придает им фактические и содержательные смыслы. Когда судья перестает понимать разницу между фактической информацией и формальными документами уголовного дела, он перестает быть судьей.

Использование полиграфа в уголовном процессе противоречит, по мнению госпожи Воскобитовой, Конституции России. Процессуальный закон позволяет обвиняемому лгать. То, что полиграф устанавливает, лжет он или нет, для юридической квалификации не имеет значения, эту информацию нельзя использовать как доказательство его вины. Он вправе лгать в уголовном судопроизводстве. Если же обвиняемый говорит правду, это также не имеет юридического значения, поскольку

ку в основу обвинения может быть положено только совокупность доказательств. Л.А. Воскобитова обратила внимание на практику ЕСПЧ, который неоднократно указывал, что если в основу обвинения положено доказательство, которое вызывает сомнение – это нарушение права на справедливое судебное разбирательство. Если бы следователь собрал совокупность доказательств, в полиграфе, по ее мнению, не было бы нужды. К нему прибегают, только если нет достаточных доказательств.

В заключение Л.А. Воскобитова обратила внимание на формулировки законопроекта: если законодательство США говорит о запрете использования полиграфа, то разработчики законопроекта – о применении полиграфа в существенном количестве случаев. Правовое регулирование использования полиграфа, по ее мнению, может иметь только ограничительный характер, и одно из императивных ограничений, которое должно быть установлено – запрет на применение информации, полученной с использованием полиграфа, в уголовном процессе.

Профессор кафедры защиты информации МГТУ им. Н.Э. Баумана, эксперт-полиграфолог **Ю.И. Холодный** в своем докладе обратил внимание на многообразие мнений по вопросу использования полиграфа и рассказал о развитии такого использования в России.

Первое применение полиграфа в форме экспертизы состоялось в 2001 году, что было воспринято им как недопустимое явление, поскольку, как он писал в научных публикациях, полиграф применим только в рамках оперативно-розыскной деятельности (ОРД). По мнению Ю.И. Холодного, ни один метод экспертизы не стал развиваться столь бурно, непродуманно и необоснованно, как полиграфический. В 2004 году, по его сведениям, была утверждена программа подготовки специалистов в этой области, хотя не было методики, пособий, преподавателей. Через год появилась методика, подготовленная коммерческой организацией, после чего началось бездумное применение полиграфа в уголовном процессе в форме экспертизы. В стране, по мнению Ю.И. Холодного, крайне негативная ситуация в области профессионализма полиграфологов.

Как указал господин Холодный, установить достоверность метода полиграфа принципиально невозможно, поскольку достоверность этого метода как единого целого зависит, как минимум, от десяти факторов. По данным исследований американских спецслужб (1983 год) достоверность полиграфа складывается в диапазоне от 17 до 98 процентов. По сведениям Ю.И. Холодного, американскими полиграфологами был подготовлен контроллет, в котором утверждалось, что по серьезным уголовным делам (срок от 15 лет, полиграф применялся в 95 % случаев) вероятность ошибки профессионального полиграфолога менее 1 процента. Это, по его мнению, говорит о том, что метод эффективен. Полиграф, как утверждает Ю.И. Холодный, исключительно эффективен, человек перед ним беззащитен, если он хочет скрыть информацию, которая носит для него лично-значимое содержание.

По его утверждению, нельзя согласиться с полным запретом использования полиграфа. Однако с данным методом нужно поработать, понять его возможности и определить, где и как им пользоваться.

Важно также обратить внимание на качество подготовки полиграфологов. В настоящее время имеются случаи, когда эксперты коммерческих экспертных учреждений со стажем 9 месяцев проводят экспертизы. Эти экспертизы часто имеют ошибки. Низкая квалификация полиграфологов, по мнению Ю.И. Холодного, – фундаментальный тезис сегодняшней действительности.

На вопрос Е.Г. Тарло о том, что определяет полиграф, можно ли с помощью полиграфа узнать фактические данные и как судье относиться к показаниям полиграфа, Ю.И. Холодный пояснил, что судье нужно понимать технологию проверки на полиграфе. Она заключается в том, что полиграф направлен на доказательство непричастности человека к преступлению. Доказать его причастность корректным образом возможно только в случае наличия профессионала, «выигрышной» фабулы дела, которая бывает далеко не всегда, а также человека, который адекватен процедуре проверки. Но доказать, что он невиновен, можно.

Ю.И. Холодный согласился с тем тезисом, что с правовой точки зрения результаты исследования на полиграфе могут не иметь значимости, но он считает необходимым юристам и полиграфологам устанавливать сотрудничество в целях определения возможных путей конструктивного взаимодействия в целях обеспечения защиты конституционных прав человека.

Заведующий кафедрой уголовного процесса, правосудия и прокурорского надзора Юридического факультета Московского государственного университета им. М.В. Ломоносова **К.Ф. Гуценко** рассказал о своей позиции, в соответствии с которой никакой речи об использовании полиграфа в качестве доказательства в уголовном судопроизводстве не может быть категорически. Возможно, по его мнению, заключения полиграфологов могут быть использованы в оперативной деятельности для построения версий. Решений же судов на основании того, что достоверно не может быть подтверждено наукой, нельзя допускать.

К.Ф. Гуценко также отметил, что четыремя научными американскими организациями, в т.ч. Национальной академией наук, было проведено исследование, по результатам которого был подготовлен 600-страничный отчет, в котором было указано, что уверенности в достоверности выводов полиграфологов нет и на данном этапе быть не может.

Председатель Комитета Совета Федерации по конституционному законодательству, Заведующий кафедрой уголовного процесса и криминалистики Санкт-Петербургского государственного университета **А.И. Александров** отметил, что необходимо крайне осторожно относиться к уголовному процессу. Если отсутствует безупречное доказательство, коим выводы полиграфолога не являются, оно не может учитываться судом.

Проанализировав доводы экспертов, законодательство и правоприменительную практику, Совет приходит к следующим выводам.

Статья 49 Конституции России закрепляет презумпцию невиновности в уголовном судопроизводстве. Статья 50 запрещает использовать доказательства, полученные с нарушением

федерального закона. Статья 51 устанавливает право человека не свидетельствовать против самого себя.

В соответствии со ст. 74 УПК РФ доказательствами являются сведения, на основе которых суд устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию, а также иных обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела. Ч. 2 ст. 77 УПК РФ устанавливает, что признание вины обвиняемым может быть положено в основу обвинения лишь при подтверждении его виновности совокупностью имеющихся по делу доказательств. В соответствии со ст. 87 УПК РФ проверка доказательств производится судом путем сопоставления их с другими доказательствами, а также установления их источников, получения иных доказательств. Ст. 88 УПК РФ предусматривает, что каждое доказательство подлежит оценке с точки зрения относимости, допустимости, достоверности, а доказательства в совокупности – достаточности.

Советом установлено, что степень достоверности сведений, полученных на полиграфе, однозначно научно не установлена. Помимо приведенных выводов экспертов это подтверждается анализом иных данных. Так, Американская ассоциация операторов полиграфа определяет достоверность испытаний на полиграфе в пределах от 87 до 96 процентов. Министерство юстиции США обнаружило, что результативность проверок на полиграфе – 92 процента⁵³. Как следует из материалов сайта liedetector.by, анализ многочисленных публикаций по проблеме эффективности полиграфных исследований позволяет утверждать, что средняя успешность детекции составляет от 85 до 95 процентов. Одновременно Ю.И. Холодный отметил, что установить точную степень достоверности исследований с использованием полиграфа принципиально невозможно, а американские исследования приводят результаты от 17 до 98 процентов. Таким образом, по мнению Совета, однозначной научно-прак-

⁵³ См. Митричев В., Холодный Ю. Полиграф как средство получения ориентирующей криминалистической информации // Записки криминалистов /Под ред. В.А. Образцова. М. 1993. Вып. 1.

тической оценки достоверности показаний полиграфа в настоящий момент не существует, что уже само по себе вызывает сомнения в возможности использования полиграфа в целях уголовного судопроизводства.

Более того, как подтверждено названными экспертами, степень достоверности информации, полученной на полиграфе, в существенной мере зависит от подготовки и квалификации полиграфологов. Как было установлено в ходе заседания Совета, качество подготовки специалистов, научно-методологических, теоретических основ деятельности по использованию полиграфа в России имеют крайне низкий уровень. Таким образом, условия объективной реальности позволяют Совету говорить о том, что в настоящий момент обеспечение надлежащей защиты прав граждан при использовании полиграфа в качестве средства получения доказательств в уголовном процессе невозможно.

Совет также считает необходимым отметить, что, как было подтверждено экспертами, присутствовавшими на заседании, процедура использования полиграфа предполагает получение строго субъективной информации, сведений о субъективном восприятии испытуемым реальной действительности, которое, очевидно, может существенно отличаться от объективной реальности. Необходимо признать, что в этом смысле результаты полиграфической экспертизы близки к такому виду доказательств, как показания, также отражающие субъективный взгляд допрашиваемого. Вместе с тем Совет считает необходимым учитывать следующее. При оценке конституционности тех или иных явлений правоприменителю необходимо исходить не только из буквального смысла норм, но и из сложившейся правоприменительной практики⁵⁴. Российская правоприменительная практика убедительно показывает, что к заключениям экспертизы, нередко безотносительно к квалификации и степени заинтересованности эксперта, суды относятся с существенно большим доверием, нежели к показаниям тех или иных лиц.

⁵⁴ Правомерность такого подхода, например, отмечается в Постановлении Конституционного Суда РФ от 02.06.2011 № 11-П.

Решения судов, основывающиеся на заключении полиграфологов, не содержат достаточных признаков, указывающих на понимание судьями субъективной обусловленности полученных с использованием полиграфа сведений. Поэтому в рамках существующей судебной практики даже при условии доказательства полной достоверности результатов полиграфической экспертизы и обеспечения высокой квалификации полиграфологов использование полиграфа в качестве средства получения доказательств представляется сомнительным.

Более того, даже условие о получении согласия обвиняемого на прохождение тестирования на полиграфе, по мнению Совета, не является достаточной гарантией его права не свидетельствовать против себя. Отказ обвиняемого от прохождения «экспертизы, подтверждающей достоверность его показаний», уже сам по себе, вне зависимости от правдивости таких показаний, будет для суда являться косвенным подтверждением их недостоверности.

Совет также считает необходимым обратить внимание на опыт США, как страны, имеющий длительный опыт работы с полиграфическими исследованиями, в области регулирования полиграфа. Действительно, как было упомянуто некоторыми из названных экспертов, закон США, о котором шла речь, имеет наименование «О защите работников от использования полиграфа» «Employee Polygraph Protection Act» и речь в нем идет об ограничении возможности применения полиграфа.

Учитывая изложенное, Совет считает использование полиграфа в качестве средства получения доказательств в уголовном судопроизводстве на данном этапе развития научных исследований соответствующей области, подготовки соответствующих кадров и судебной практики недопустимым и противоречащим ст.ст. 49, 50, 51 Конституции России.

Приведенные заключения Экспертно-консультативного совета демонстрируют необходимость принятия реформаторских мер, направленных на обеспечение реализации в рамках

судопроизводства базовых правовых принципов. Решение поставленных правовых задач, как они решены в приведенных заключениях, является концептуально важным для правильного осуществления судебной реформы в стране. Проведение этой реформы на базе заложенных в заключениях правовых подходов станет еще одним системным условием для взятия Россией «правового барьера».

Концепция Федеральной целевой программы, к сожалению, не содержит в себе достаточных мер, направленных на судебное правоприменение, позволяющее исключить неправовые решения и приговоры судов.

Кроме того, судебная реформа не может признаваться «вещью в себе», существовать в отрыве от иных направлений реформ. Как верно отметил В. Д. Зорькин в его «Тезисах о правовой реформе в России», учитывая особенности исторического развития России, можно утверждать, что без широкомасштабной правовой реформы трудно провести и успешную судебную реформу.

Во многом проблема неприменения судами конституционно-правовых принципов заложена в недостаточной ясности законодательства, непроработанности и несистематизированности подзаконных нормативных правовых актов. Поэтому реализация судебной реформы отдельно от реформы общеправовой может не принести сколько-нибудь заметных результатов.

Концепция правовой реформы должна иметь четкие и недвусмысленные цели, отражать задачи, ставящиеся государством в области развития законодательства. Как верно указал В. Д. Зорькин, программу правовой реформы следовало бы принять в форме законодательного акта, как государственную программу. Этот законодательный акт стал бы системным, фундаментальным эталоном, с которым необходимо сверять имеющиеся законодательные инициативы и действующие нормативные правовые акты. Отсутствие такого эталона сегодня влечет разрозненность, несистемность и непредсказуемость правового регулирования, невозможность для граждан и бизнеса формировать горизонты планирования, свойственные развитым странам.

Главной целью правовой реформы, частью которой является и судебная, как представляется, должна стать парадигма проникновения конституционно-правовых принципов, духа Конституции, в законодательство, правоприменение, правоотношения граждан. С учетом сегодняшнего состояния правового регулирования, возможно, необходимо было бы создать механизм предварительного конституционного контроля принимаемых нормативных правовых актов, и механизм сверки последних с программой правовой реформы.

Применительно к анализируемой Концепции необходимо констатировать, что она не отражает достаточной взаимосвязи судебной реформы с иными направлениями правовой реформы.

Еще одним недостатком концепции является фактическое отсутствие упоминания о гражданском обществе, юридической корпорации как движущей силе правовой реформе. Как отмечал В. Д. Зорькин, «правовая реформа должна осуществляться силами не только государства, но и самого юридического сообщества, а также широкой общественности. Необходимо поощрять корпоративное самосознание юридического сообщества, особенно судейского, но необходимо и требовать внедрения им в своих рядах самых высоких профессиональных этических стандартов. Успешному развитию судебно-правовой реформы могли бы способствовать постоянное взаимодействие между корпорациями судей и адвокатов, совместное и регулярное обсуждение с учеными-юристами проблем и перспектив ее осуществления... Программа правовой реформы должна быть не правительственной, а государственной.».

Действительно, как показывают в том числе приведенные заключения Экспертно-консультативного совета, механизм консультаций с экспертным сообществом может давать положительные результаты для целей качественного осуществления правовой реформы. Опубликование проектов наиболее важных законов в Интернете в целях общественного обсуждения, безусловно, — шаг в этом направлении. Вместе с тем этот шаг недостаточен с точки зрения проведения правовой реформы, поскольку обращение к общественному мнению и экспертно-

му сообществу на этапе готового законопроекта фактически лишает их возможности переработать саму концепцию предполагаемого правового регулирования. С этой точки зрения было бы правильным формирование механизма постоянного общественного обсуждения концепций законодательства, как это, например, было сделано при формировании проекта нового Гражданского кодекса. При этом важно использовать механизм реального обсуждения проблем с экспертным сообществом, а не заочной дискуссии эксперта с не желающим дискуссии автором законопроекта.

Таким образом, Концепция Федеральной целевой программы «Развитие судебной системы России на 2013 – 2020 годы» не в полной мере отражает цели и задачи правовой реформы в России, что иллюстрируется приведенными заключениями Экспертно-консультативного совета. Представляется необходимой ее доработка, с тем чтобы связать судебную реформу с другими элементами правовой реформы и определить комплексные механизмы решения существенных, фундаментальных проблем судебной системы и судебного правоприменения.

Виктор Мартенианович ЖУЙКОВ

СУДЕБНО-ПРАВОВАЯ РЕФОРМА И ПРОБЛЕМЫ СПЕЦИАЛИЗАЦИИ СУДОВ

Настоящая статья посвящена исследованию процесса создания и дальнейшего развития судебной системы Российской Федерации — совокупности ее судов, которые Конституцией РФ (ст. 10, ч. 1 ст. 11, ч. 1 ст. 118) провозглашены в качестве органов судебной власти, обладающих исключительными полномочиями по осуществлению правосудия и действующих самостоятельно в системе разделения государственной власти на законодательную, исполнительную и судебную. Мы не учитываем здесь пока еще не вполне отчетливые предложения по слиянию арбитражных судов и судов общей юрисдикции, появившиеся почти одновременно с направлением нашего сборника статей в печать.

Тезисы В. Д. Зорькина о правовой реформе впервые достаточно четко дали определение разграничения правовой и судебной реформы:

«Правовая реформа включает в себя судебную реформу, вопросы системы и содержания законодательства, юридического образования, правосознания населения, а также корпоративного самосознания юридического сообщества... Судебная реформа ограничивается реформой судов, прокуратуры, адвокатуры, следствия, исполнительного производства и наведения порядка в учете и регистрации правонарушений. Учитывая особенности исторического развития России, можно утверждать, что без широкомасштабной правовой реформы трудно провести и успешную судебную реформу».

Устройство судебной системы и деятельность образующих ее судов неразрывно связаны с задачами правосудия.

Важнейшая задача правосудия определена в ст. 18 Конституции РФ — обеспечение (защита) прав и свобод человека и гражданина. Устройство судебной системы должно способствовать решению судами указанной фундаментальной задачи, а также других задач, определенных в законах, регулирующих порядок отдельных видов судопроизводства (ст. 2 АПК, ст. 2 ГПК, ст. 6 УПК, ст. 1.2 КоАП РФ).

Является ли устройство судебной системы Российской Федерации адекватным этим видам судопроизводства и позволяет ли оно судам на всех уровнях этой системы эффективно решать стоящие перед ними задачи либо, наоборот, затрудняет их решение и снижает эффективность правосудия? Это главное, что вызывает необходимость данного исследования.

Целями исследования являются:

- анализ процесса создания судебной системы России;
- выявление особенностей судебной системы России, факторов, влияющих на ее развитие, и тенденций развития;
- анализ эффективности правового регулирования отношений в данной сфере;
- оценка эффективности устройства судебной системы, т.е. ее соответствия целям и задачам правосудия, которое осуществляется в установленных федеральными законами видах судопроизводства (исходя из того, что устройство судебной системы есть форма «жизни» процесса, а процесс есть форма «жизни» материального права, т.е. из того, что устройство судебной системы должно в конечном счете обеспечивать «жизнь» закону через процесс);
- анализ видов и способов специализации в деятельности судов;
- выявление проблем, связанных с устройством судебной системы России, в том числе связанных с созданием специализированных судов (во взаимоотношениях с отдельными видами судопроизводства);
- исследование отечественного и зарубежного научного и практического опыта в данной сфере;
- формулирование общих выводов и предложений.

Необходимо отметить, что ИЗиСП при Правительстве РФ постоянно исследует деятельность судов Российской Федерации, выявляя возникающие в судебной практике проблемы, в том числе связанные с организацией судебной системы и со специализацией судебной деятельности, а также с особенностями регулирования порядка отдельных видов судопроизводства: в периодически разрабатываемых и издаваемых концепциях развития российского законодательства (например, в последнем, пятом, издании Концепций 2010 г. разработаны концепция развития законодательства о судостроительстве и связанная с ней общая концепция развития процессуального законодательства); в монографиях (например, в монографии Ю. А. Тихомирова «Административное право и процесс» исследованы проблемы административного судопроизводства и создания специализированных административных судов); в ежегодных комментариях практики судов общей юрисдикции и арбитражных судов; в аналитических записках и других научных работах.

I. ФОРМИРОВАНИЕ СУДЕБНОЙ СИСТЕМЫ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Судебная система Российской Федерации как судебная система суверенного государства создается с начала 1990 х гг. Ранее она, как известно, входила в судебную систему Союза ССР, частью которого являлась сама Россия (в то время — РСФСР). Потребность в создании собственной судебной системы Российской Федерации (равно как и других органов государственной власти) возникла в связи с распадом в декабре 1991 г. Союза ССР.

На создание и развитие судебной системы России оказали влияние следующие факторы:

— наличие судебной системы Союза ССР, состоявшей к началу 1990 х гг. из общесоюзных судов (Верховный Суд СССР, военные суды) и судов союзных республик, в том числе судов РСФСР, образующих трехзвенную судебную систему (Верхов-

ный Суд РСФСР — верховные суды автономных республик, краевые, областные и другие соответствующие им суды — районные народные суды);

— особенности и потребности «нового» времени (распад Союза ССР, политические, правовые и другие реформы, начавшиеся в России, реальные экономические возможности государства в обеспечении деятельности судов и др.);

— принципиальные изменения в праве (особенно в конституционном и гражданском), которые начались еще в СССР в конце 1980 х и продолжались в России в 1990 е гг.;

— международное право (особенно имеющие большое значение для судебной деятельности акты Организации Объединенных Наций: Всеобщая декларация прав человека, а также ратифицированные СССР Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах, Международный пакт о гражданских и политических правах и Факультативный протокол к нему);

— исторический опыт России (главным образом, уроки судебной реформы 1864 г.);

— зарубежный опыт (особенно опыт организации судебной деятельности в европейских государствах);

— научные исследования отечественных и зарубежных ученых в области права.

В результате воздействия этих факторов изменились основы конституционного строя России и основы правового статуса личности в Российской Федерации, закрепленные в ее новой Конституции и имеющие первостепенное значение для определения организационных форм и содержания деятельности судов: Россия провозглашена в качестве демократического федеративного правового социального государства, в котором государственная власть осуществляется на основе разделения на законодательную, исполнительную и судебную; человек, его права и свободы объявлены высшей ценностью, определяющей смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления, а признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина — обязанностью государства; каждому

гарантирована судебная защита его прав и свобод, в том числе и в случаях их нарушения государством (ст. 1, 2, 7, 10, 11, 16, 18, 46, 64).

Эти глобальные преобразования потребовали переустройства судебной системы, поскольку они принципиально изменили (повысили) полномочия, роль и статус суда. Суд превратился из второстепенного государственного органа с весьма ограниченной компетенцией, каким он был ранее, в орган государственной власти, действующий самостоятельно в системе разделения властей, призванный обеспечивать каждому без каких-либо ограничений защиту нарушенных прав и свобод.

Неограниченность права на судебную защиту и значительное расширение полномочий судов привели к появлению в их компетенции принципиально новых категорий дел (например, об оспаривании нормативных правовых актов), имеющих свою специфику, что вызвало уже в то время потребность в создании новых судов и в определенной специализации их деятельности. В связи с этим уже в 1991 г. наряду с действующими судами РСФСР (впоследствии их стали именовать судами общей юрисдикции, чтобы отличить от иных судов) были созданы новые суды: Конституционный Суд РСФСР — для рассмотрения главным образом дел о конституционности законов, иных нормативных правовых актов и правоприменительной практики; арбитражные суды — для рассмотрения экономических споров между юридическими лицами (ранее эти споры разрешали государственные арбитражи).

В 1992 г. в связи с распадом Союза ССР из общесоюзной судебной системы в судебную систему России (в суды общей юрисдикции) перешли военные суды.

В правовом регулировании устройства судебной системы Российской Федерации можно выделить два этапа:

- 1) 1991–1999 гг. — принятие законов, направленных на формирование судебной системы;
- 2) 2009–2011 гг. — принятие законов, изменяющих созданную судебную систему.

Первый этап

1. Законом от 24 мая 1991 г. внесены изменения в гл. 21 Конституции РСФСР («Суд и арбитраж») и учреждены дополнительно к существующей судебной системе Конституционный Суд РСФСР и арбитражные суды (вместо арбитража), определены полномочия Конституционного Суда РСФСР и Высшего Арбитражного Суда РСФСР, возглавившего систему арбитражных судов.

2. 4 июля 1991 г. принят Закон РСФСР «Об арбитражном суде».

3. 12 июля 1991 г. принят Закон РСФСР «О Конституционном Суде РСФСР».

4. Законом от 21 апреля 1992 г. внесены изменения в ст. 163 Конституции РФ (новое название РСФСР) и в систему судов, возглавляемую Верховным Судом РФ, включены военные суды, которые ранее были в общесоюзной судебной системе в качестве военных трибуналов (Постановлением Президиума Верховного Совета РСФСР от 28 декабря 1991 г. военные трибуналы были включены в судебную систему России с образованием в Верховном Суде Военной коллегии).

5. Законом от 9 декабря 1992 г. в ст. 163 Конституции РФ вновь внесено изменение — в систему судов общей юрисдикции включены мировые судьи (предстояло создать институт мировых судей в соответствии с судебной реформой 1864 г.).

6. 12 декабря 1993 г. в результате референдума была принята новая Конституция РФ, которая в гл. 7 («Судебная власть») предусмотрела, что судебная система Российской Федерации устанавливается Конституцией РФ и федеральным конституционным законом.

Непосредственно в Конституции РФ установлено, что судебную систему России составляют: Конституционный Суд РФ; Верховный Суд РФ, являющийся высшим судебным органом по гражданским, уголовным, административным и иным делам, подсудным судам общей юрисдикции; Высший Арбитражный Суд РФ, являющийся высшим судебным органом по разрешению экономических споров и иных дел, рассматриваемых арбитражными судами (ст. 125, 126, 127).

Таким образом, Конституция РФ установила, что судебную систему Российской Федерации образуют две ветви (суды общей юрисдикции и арбитражные суды) и Конституционный Суд РФ.

Устройство судов общей юрисдикции и арбитражных судов, а также порядок деятельности Конституционного Суда РФ должны определяться федеральными конституционными законами.

Принятие новой Конституции РФ потребовало изменения прежнего законодательства о судебной системе России.

7. Порядок деятельности Конституционного Суда РФ по действующей Конституции РФ определен Федеральным конституционным законом «О Конституционном Суде Российской Федерации» от 21 июля 1994 г. № 1 ФКЗ.

8. Система арбитражных судов была определена Федеральным конституционным законом «Об арбитражных судах в Российской Федерации» от 28 апреля 1995 г. № 1 ФКЗ.

9. Устройство судебной системы России в общем виде было определено в Федеральном конституционном законе «О судебной системе Российской Федерации» от 31 декабря 1996 г. № 1 ФКЗ.

Этот Закон разрабатывался очень долго из-за больших споров об организации системы судов общей юрисдикции (именно по этой причине Федеральный конституционный закон «Об арбитражных судах в Российской Федерации» был принят значительно раньше, хотя должно было быть наоборот).

Наибольшие споры вызвало предложение об учреждении четырехзвенной системы этих судов (вместо трехзвенной): районный суд — областной или другой соответствующий ему суд — окружной суд — Верховный Суд РФ. Из-за тяжелого в то время экономического положения идея создания окружных судов общей юрисдикции была отклонена и сохранена трехзвенная система.

10. Организационное устройство военных судов в системе судов общей юрисдикции, их полномочия, порядок образования и деятельности были установлены Федеральным конституционным законом «О военных судах Российской Федерации»

от 23 июня 1999 г. № 1 ФКЗ (это представляется очень важным, поскольку выдвигалось много предложений о ликвидации военных судов).

11. Федеральным законом «О мировых судьях в Российской Федерации», принятым 11 ноября 1998 г., были решены вопросы организации деятельности мировых судей в качестве судей общей юрисдикции субъектов Российской Федерации.

После внесения в 2000 г. необходимых изменений в ГПК РФ и УПК РФ мировые судьи были наделены полномочиями по отдельным судебным участкам и смогли начать свою деятельность.

Второй этап

На этом этапе, как отмечалось выше, в созданной судебной системе России были произведены изменения, направленные на создание новых специализированных судов:

1) Дисциплинарного судебного присутствия — в качестве судебного органа, действующего вне систем судов общей юрисдикции и арбитражных судов, рассматривающего дела, связанные со спорами о досрочном прекращении полномочий судей за совершение ими дисциплинарных проступков (Федеральный конституционный закон «О Дисциплинарном судебном присутствии» от 9 ноября 2009 г. № 4 ФКЗ и Федеральный конституционный закон от 9 ноября 2009 г. № 5 ФКЗ, которым внесены изменения в федеральные конституционные законы «О судебной системе Российской Федерации» и «Об арбитражных судах в Российской Федерации»);

2) Суда по интеллектуальным правам в системе арбитражных судов (Федеральный конституционный закон «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон «О судебной системе Российской Федерации» и Федеральный конституционный закон «Об арбитражных судах в Российской Федерации» в связи с созданием в системе арбитражных судов Суда по интеллектуальным правам» от 6 декабря 2011 г. № 4 ФКЗ).

В течение длительного времени выдвигаются предложения о создании иных специализированных судов — административных, ювенальных (по делам несовершеннолетних) и других

(вопросы специализации в судебной деятельности будут рассмотрены далее).

Отдельно следует отметить принятие давно ожидавшегося (еще на первом этапе правового регулирования устройства судебной системы) Федерального конституционного закона «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации» от 7 февраля 2011 г. № 1 ФКЗ (его проект находился в Государственной Думе более 10 лет).

Этот Федеральный конституционный закон, по сути, ничего нового в устройство судов общей юрисдикции не внес, сохранив их трехзвенную систему, созданную еще в Союзе ССР, вполне приемлемую для того периода развития государства, но явно устаревшую для нового времени.

Именно поэтому еще в 1990 е гг. выдвигались многочисленные предложения о преобразовании этой системы в четырехзвенную. Тогда они были отвергнуты по экономическим соображениям (из-за неспособности государства финансировать дополнительные расходы на содержание судебной системы).

Между тем в настоящее время финансовые возможности нашего государства значительно улучшились, а потребность в указанном преобразовании в 2000 е гг. (даже по сравнению с 1990 ми, не говоря уже о советском периоде) также значительно возросла.

Речь идет о необходимости устройства системы судов общей юрисдикции таким образом, чтобы эта система обеспечивала эффективное производство по проверке судебных актов, вынесенных судами первой инстанции, в вышестоящих судебных инстанциях. В первую очередь имеется в виду производство в областных и других соответствующих им судах, поскольку именно в них оно главным образом осуществляется. Эти суды являлись и после принятия названного Федерального конституционного закона продолжают являться судами, осуществляющими проверку как не вступивших, так и вступивших в законную силу судебных постановлений, т.е. судами одновременно второй и третьей инстанций (рассмотрение ими определенных категорий дел в качестве судов первой инстанции здесь не рас-

смачивается, поскольку существенного значения для решения данной проблемы не имеет).

В качестве суда второй инстанции они рассматривали дела в кассационном порядке (судебными коллегиями по гражданским и по уголовным делам) и в порядке надзора (президиумами).

Как известно, в 1998 г. Россия ратифицировала Конвенцию о защите прав человека и основных свобод (она стала для нее обязательной с 5 мая 1998 г.), признав тем самым юрисдикцию Европейского Союза по правам человека (ЕСПЧ).

ЕСПЧ в 2000 г. в своих решениях неоднократно давал крайне отрицательную оценку нашему надзорному производству в судах общей юрисдикции, которое кроме президиумов указанных судов осуществлялось также в судебных коллегиях и Президиуме Верховного Суда РФ.

В связи с этим Россия, как бы выполняя международные обязательства, приняла федеральные законы о внесении изменений в ГПК РФ (от 9 декабря 2010 г. № 353 ФЗ) и в УПК РФ (от 29 декабря 2010 г. № 433 ФЗ), согласно которым производство (по гражданским делам — с 1 января 2012 г., а по уголовным делам — с 1 января 2013 г.) в судах второй инстанции преобразовано из кассационного в апелляционное, а производство в президиумах областных, других соответствующих им судов, судебных коллегиях Верховного Суда РФ (в те же сроки) переименовано без малейшего изменения его существа из надзорного в кассационное; надзорное производство в несколько измененном виде сохранено лишь в Президиуме Верховного Суда РФ (по аналогии с надзорным производством в Президиуме Высшего Арбитражного Суда РФ).

Оценивая эти изменения, следует обратить внимание на два обстоятельства: во-первых, на то, что неэффективное, по оценкам ЕСПЧ и многих отечественных ученых, надзорное производство в судах общей юрисдикции на уровне областных и других соответствующих им судов, а также судебных коллегий Верховного Суда РФ сохранено, но под другим названием; во-вторых, на то, что после преобразования производства в судах второй инстанции из кассационного в апелляционное нагрузка

на эти суды значительно возросла, поскольку апелляционное производство требует значительно большего времени, чем прежнее кассационное.

Последнее обстоятельство делает еще более недопустимым объединение двух инстанций (апелляционной и кассационной) в одних судах уровня субъектов Российской Федерации. Сходная ситуация возникла в начале деятельности арбитражных судов.

Первоначально ст. 25 Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации» и ст. 36 Федерального конституционного закона «Об арбитражных судах в Российской Федерации» было установлено, что производства в первой и апелляционной инстанциях арбитражных судов осуществляются в одном суде — арбитражном суде субъекта Российской Федерации. Это положение вызвало справедливую критику, и федеральными конституционными законами от 4 июля 2003 г. № 3 ФКЗ и № 4 ФКЗ оно было исправлено — внесены изменения соответственно в федеральные конституционные законы «О судебной системе Российской Федерации» и «Об арбитражных судах в Российской Федерации»: учреждены арбитражные апелляционные суды, действующие отдельно от арбитражных судов, рассматривающих дела по первой инстанции. Также отдельно от других судов в системе арбитражных судов были образованы суды по проверке вступивших в законную силу судебных актов арбитражных судов — федеральные арбитражные суды.

Этот положительный опыт следовало перенести на суды общей юрисдикции и, во-первых, учредить в их системе окружные суды в качестве полновесных кассационных инстанций (вместо тех призрачных инстанций, в которые сейчас превращены нынешние президиумы областных и других соответствующих им судов, а также судебные коллегии Верховного Суда РФ); во-вторых, за областными и другими соответствующими им судами в этой сфере судебной деятельности (кроме рассмотрения отдельных категорий дел по первой инстанции) оставить только рассмотрение дел в новом апелляционном производстве. К сожалению, надо заметить, что законодатель в некоторой степени

(хотелось бы, чтобы она не возростала) отказался от указанного выше подхода к устройству системы арбитражных судов. Так, федеральными конституционными законами от 30 апреля 2010 г. № 3 ФКЗ и от 6 декабря 2011 № 4 ФКЗ соответственно: федеральные арбитражные суды округов наделены полномочиями по рассмотрению в первой инстанции заявлений о присуждении компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок по делам, рассматриваемым арбитражными судами, или за нарушение права на исполнение судебных актов в разумный срок, принятых арбитражными судами; вновь образуемый Суд по интеллектуальным правам — полномочиями суда кассационной инстанции по отношению к делам, рассмотренным им же в качестве суда первой инстанции (соответственно новая редакция ст. 24 и новая ст. 43⁴ Федерального конституционного закона «Об арбитражных судах в Российской Федерации»). В результате указанные суды соединили в себе по две инстанции: первую и кассационную; кроме того, лица, участвующие в делах, подсудных этим судам по первой инстанции, оказались лишены права обжаловать их решения в апелляционном порядке. Такой отрицательный опыт распространять нельзя.

Подводя итоги данной части исследования, необходимо отметить, что формирование судебной системы Российской Федерации привело к следующему.

Судебную систему Российской Федерации в настоящее время образуют:

— трехзвенная система судов общей юрисдикции, включающая в себя такую же систему специализированных военных судов, возглавляемая на основании ст. 126 Конституции РФ Верховным Судом РФ;

— четырехзвенная система арбитражных судов (арбитражный суд уровня субъекта Российской Федерации — арбитражный апелляционный суд — федеральный арбитражный суд округа — Высший Арбитражный Суд РФ), включающая в себя также один специализированный Суд — по интеллектуальным правам, возглавляемая на основании ст. 127 Конституции РФ Высшим Арбитражным Судом РФ;

— Конституционный Суд РФ — обособленный судебный орган, не имеющий собственной системы и действующий в таком качестве на основании ст. 125 Конституции РФ (выдвигается противоречащее Конституции РФ предложение о создании возглавляемой этим Судом системы, в которую кроме него вошли бы конституционные, уставные суды субъектов Российской Федерации);

— Дисциплинарное судебное присутствие — обособленный, специализированный судебный орган, не имеющий для своей деятельности конституционного основания.

Таким образом, несмотря на указание в Федеральном конституционном законе «О судебной системе Российской Федерации» на единство судебной системы (ст. 3), фактически таковой нет. Намечалась также тенденция к созданию и усилению роли специализированных судов. Всё это имеет, естественно, как положительные, так и отрицательные последствия, которые будут рассмотрены далее.

II. СПЕЦИАЛИЗАЦИЯ В СУДЕБНОЙ СИСТЕМЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Как показывает история, специализация в судебных системах (в деятельности судов) самых различных государств представляет собой создание определенных организационных и процессуальных форм для рассмотрения:

- отдельных категорий дел;
- конкретных, т.е. индивидуально определенных, дел.

Цели такой специализации могут быть различными. Специализация в судебной системе правового государства, каким провозглашена Российская Федерация, может иметь своей целью только то, что в этой сфере отношений присуще именно такому государству: повышение качества правосудия и облегчение каждому заинтересованному лицу доступа к нему. Важно обратить внимание на то, что здесь речь идет о правосудии, а не о деятельности судов, поскольку содержания этих понятий могут быть различны. Понятие «деятельность судов» может иметь своим содержанием не правосудие, а репрессии, служение

произволу со стороны государства, различных организаций, отдельных лиц (история, в том числе и нашего государства, знает немало примеров деятельности таких специализированных, как светских, так и религиозных судов — инквизиция, особые трибуналы, совещания, судебные присутствия и др.).

Для правового государства основу судебной деятельности составляет именно правосудие (в целом она несколько шире и включает в себя иные, менее важные по сравнению с осуществлением правосудия, но всё равно очень значимые функции; они исследованы в науке, в том числе и в работах, созданных в ИЗиСП, но здесь не рассматриваются, поскольку не входят в предмет данного исследования), под которым в данном аспекте следует понимать деятельность судов, основанную на праве, обеспечивающую защиту прав и свобод человека от любых нарушений, в том числе со стороны самого государства (его органов, включая органы законодательной власти, должностных лиц).

Таким образом, при решении проблем организации, в том числе специализации, судебной системы Российской Федерации необходимо исходить из указанных приоритетов правового государства — интересов человека в реализации его права на судебную защиту (на доступ к правосудию), а не из интересов государства, в том числе отдельных его судов, как это, к сожалению, случалось.

Как показывает опыт и научные исследования, специализация в судах может осуществляться путем:

- выработки определенных процессуальных форм рассмотрения судами отдельных категорий дел, которые учитывали бы их особенности и способствовали принятию законных и обоснованных судебных актов;

- устройства судебной системы таким образом, чтобы она была адекватна этим процессуальным формам и обеспечивала доступность правосудия;

- организации работы судов и судей с учетом специфики находящихся в их производстве дел (имеется в виду главным образом внутреннее устройство судов — создаваемые в них коллегии, судебные составы для рассмотрения определенных

категорий дел, а также порядок распределения дел между судьями);

— соответствующей подготовки судебных кадров с более глубоким изучением определенных отраслей законодательства и практики его применения. Таким образом, специализация в деятельности судов может осуществляться в трех взаимосвязанных формах:

- 1) процессуальной;
- 2) судоустройственной;
- 3) организационной.

Первая форма должна быть выражена в федеральных законах, образующих процессуальное законодательство (ст. 71-«о» Конституции РФ, ст. 3 АПК, ст. 1 ГПК, ст. 1 УПК, п. 4, 5 п. 1 ст. 1.3 КоАП РФ), вторая — в федеральных конституционных законах (ч. 3 ст. 118 Конституции РФ), третья, как правило, — во внутренних решениях судов.

Рассмотрим эти формы. Процессуальные формы специализации выражаются: во-первых, в отдельных видах судопроизводства; во-вторых, в особенностях порядка рассмотрения отдельных категорий дел, установленных в этих видах судопроизводства.

Конституцией РФ установлено четыре вида судопроизводства: конституционное, гражданское, административное и уголовное (ч. 2 ст. 118).

Кроме того, Конституция РФ предусматривает наличие в правовой системе России «арбитражно-процессуального законодательства» (ст. 71 «о»); оно кодифицировано в АПК РФ и, как указано в его ст. 3, «определяет порядок судопроизводства в арбитражных судах».

Таким образом, имеются основания считать, что у нас фактически пять видов судопроизводства, включая арбитражное. Порядок конституционного судопроизводства определен в Федеральном конституционном законе «О Конституционном Суде Российской Федерации».

Порядок гражданского судопроизводства кодифицирован в ГПК РФ, уголовного — в УПК РФ. Что касается административного судопроизводства, то кодифицированного акта в от-

ношении его не существует, что вызывает научные дискуссии, в первую очередь о его предмете и источниках. Выдвигаются предложения о принятии кодекса об административном судопроизводстве. Представляется, что в этом нет необходимости, это решение будет обосновано далее. Более глубокая специализация в процессуальных формах осуществляется путем установления особенностей порядка рассмотрения отдельных категорий дел.

Так, например, АПК РФ устанавливает особенности рассмотрения дел, возникающих из административных и иных публичных правоотношений (разд. III), об установлении фактов, имеющих юридическое значение (гл. 27), о несостоятельности (банкротстве) (гл. 28) и некоторых других; ГПК РФ — особенности рассмотрения дел, возникающих из публичных правоотношений (подразд. III разд. II), дел особого производства (разд. IV) и некоторых других; УПК РФ — особенности рассмотрения уголовных дел с участием присяжных заседателей (разд. XII), в отношении несовершеннолетних (гл. 50) и некоторых других.

Возвращаясь к предложению о принятии кодекса об административном судопроизводстве, необходимо обратить внимание на то, что АПК РФ и ГПК РФ, как отмечено выше, установили особенности порядка судопроизводства по делам, возникающим из административных (публичных) правоотношений.

Нужно ли изымать эти нормы из АПК и ГПК и создавать новый кодекс — об административном судопроизводстве, включая их в него? Совершенно правильный, обоснованный ответ на этот вопрос дан в аналитической записке ИЗиСП «Сравнительный анализ норм ГПК РФ и АПК РФ о производстве по делам, возникающим из административных и иных публичных отношений» (автор — Н. И. Клейн), в которой не указано следующее.

«Создание самостоятельного кодекса для рассмотрения судами дел из административных отношений по существу приведет как к повторению общих норм, так и к созданию неоправданных процессуальных различий. Проект кодекса об административном судопроизводстве эти опасения подтвердил.

В нем содержались те же правовые институты, что и в АПК и ГПК, а нормы в основном дублировали нормы ГПК и АПК. В то же время в него были включены институты и понятия, не принятые в гражданском и арбитражном процессах и сближающие эти процессы с уголовным.

Можно назвать ряд преимуществ регулирования судопроизводства по делам, возникающим из административных и иных публичных отношений, соответственно в ГПК и АПК.

Во-первых, нормы о лицах (участниках процесса), их правах и обязанностях, о доказательствах, об обжаловании судебных актов и их исполнении являются общими для всех производств, применяемых в процессах.

Во-вторых, порядок принятия заявлений, подготовки дела к судебному разбирательству, проведения судебного заседания, принятия определений и решений применим как в исковом производстве, так и в производстве по делам из публичных правоотношений.

В третьих, в практике встречается одновременное рассмотрение судом взаимосвязанных дел искового производства и производства из публичных правоотношений (например, требования о признании права собственности на здание и о признании недействительным акта регистрации права собственности на здание у лица, собственником не являющегося).

Отсюда вытекает отсутствие потребности принятия наряду с АПК и ГПК кодекса об административном судопроизводстве, регулирующего производство в судах по делам, возникающим из административных и иных публичных отношений».

Таким образом, процессуальных форм специализации у нас вполне достаточно. Главная проблема — неоправданные и существенные различия в регулировании одинаковых правоотношений в АПК РФ и ГПК РФ, требующие унификации процесса.

Эта проблема, а также связанные с ней другие проблемы в области судопроизводства и судоустройства подробно исследовались в последнем (пятом) издании подготовленных ИЗИСП *Концепций развития российского законодательства*

(М.: «Эксмо», 2010. — С. 583–594), а также в других научных работах.

Перейдем к следующей форме специализации судебной деятельности — судоустройственной, которая реализуется путем создания в судебной системе государства судов, осуществляющих отдельные виды этой деятельности (рассмотрение определенных категорий дел, выполнение иных специфических функций и т.п.), и установления между этими судами процессуальных связей.

Специализация путем устройства судебных систем имеет давнюю историю и исследовалась учеными многих стран в разные времена. Известный российский ученый XIX в. Б. Н. Чичерин в работе «Общее государственное право», изданной в 1894 г.⁵⁵, признавая наличие специализации в судах, отмечал: «Суды разделяются на обыкновенные, специальные и чрезвычайные. Обыкновенные суды гражданские и уголовные... Специальные суды заведуют делами особого рода. Таковы суды ремесленные, торговые, военные, политические. Чрезвычайные суды устанавливаются в чрезвычайных случаях, взамен обыкновенных. Иногда они учреждаются для важных политических преступлений; но нередко, в смутные времена, ведомство их простирается на преступления всякого рода... в конституционных государствах установление чрезвычайных судов или вовсе запрещается, или требует согласия народного представительства, или, наконец, предоставляется правительственной власти. Однако с неприемлемым условием представления принятых мер на последующее учреждение парламентом». (2006. — С. 346–347).

Таким образом, специализация судебной деятельности в судоустройственной форме — путем создания определенных видов судов — сохраняет актуальность в настоящее время.

⁵⁵ Б. Н. Чичеринъ. Курсъ государственной науки. Общее государственное право. — Ч. 1. — М.: Типо-литогр. выс. утв. Т-ва И. Н. Кушнеревъ и К^о, 1894 [репринт: М: Изд-во «Зерцало», Комп. «Система Гарант», 2006].

Выражаясь современным языком, российская судебная система (включая советский период) соответствует системе, обоснованной Б. Н. Чичериным.

Она состоит из судов следующих видов:

— общих (по словам Б. Н. Чичерина, «обыкновенных»), каковыми в настоящее время являются суды, возглавляемые Верховным Судом РФ;

— специализированных (по словам Б. Н. Чичерина, «специальных»), каковыми являются Конституционный Суд РФ, арбитражные суды, Дисциплинарное судебное присутствие. В СССР действовали и чрезвычайные суды, а также внесудебные органы, наделенные полномочиями принимать решения, аналогичные судебным. Специализация судебной деятельности в указанной (судоустройственной) форме развивалась в советский период, а после распада СССР — в Российской Федерации.

Обычная судебная система России после революции 1917 г. создавалась на основе декретов о суде (№ 1 от 22 ноября 1917 г., № 2 от 7 марта 1918 г., № 3 от 20 июля 1918 г.), Положения о народном суде РСФСР, утвержденного ЦИК 30 ноября 1918 г., и последующих актов новой власти.

Первыми специализированными судами можно считать военные трибуналы, созданные в июне 1918 г. (история таких судов восходит к Петру I — военные суды были созданы им в 1702 г.).

Первая Конституция СССР (1924 г.) судебную систему государства в целом не устанавливала, а только указала на наличие в ней Верховного Суда СССР и предусмотрела возможность создания им специального судебного присутствия для рассмотрения дел исключительной важности, каждый раз по особому постановлению ЦИК или его президиума (ст. 48), т.е. допустила создание в соответствии с приведенной выше классификацией чрезвычайных судов.

Конституция СССР 1936 г. (ст. 102) установила, какие суды входят в судебную систему государства (Верховный Суд СССР, Верховные суды союзных республик и др.) и предусмотрела в их составе «специальные суды, создаваемые по постановлению Верховного Совета СССР», т.е. сохранила установленную

Конституцией 1924 г. возможность создания, по сути, чрезвычайных судов (они, как и ранее, создавались в качестве специальных судебных присутствий).

Конституция СССР 1977 г. (ст. 151) установила, что в СССР действуют Верховный Суд СССР, Верховные суды союзных республик, Верховные суды автономных республик, краевые, областные, городские суды, суды автономных областей, автономных округов, районные (городские) народные суды, а также военные трибуналы в Вооруженных Силах.

Таким образом, эта Конституция в отличие от двух предыдущих: во-первых, не предусмотрела возможности создания чрезвычайных судов (хотя прямо и не запретила) и, во-вторых, закрепила деятельность специализированных (не специальных) судов в виде военных трибуналов.

Конституция РФ 1993 г. установила прямой запрет на создание чрезвычайных судов (ч. 3 ст. 118). В остальном она определила устройство судебной системы лишь на уровне высших судов (Конституционного, Верховного и Высшего Арбитражного) и наличия в ней двух подсистем — судов общей юрисдикции и арбитражных судов; дальнейшее определение устройства судебной системы передано на уровень федерального конституционного закона. Таким образом, имеются основания полагать, что в сфере специализации Конституция РФ предусмотрела в судебной системе два специализированных суда (Конституционный Суд РФ и Высший Арбитражный Суд РФ) и наличие в ней подсистемы специализированных (арбитражных) судов.

Являются ли Конституционные суды РФ и арбитражные суды специализированными судами? Надо признать, что этот вопрос вызвал споры.

Так, Т. Е. Абова категорически не согласна с тем, что арбитражные суды надо признавать специализированными; она считает их «самостоятельной ветвью судебной власти».

Тем не менее данное утверждение не меняет существа деятельности этих судов. Они рассматривают специфические категории дел, отнесенные: к ведению Конституционного Суда РФ — Конституцией РФ (ч. 2–5, 7 ст. 125), к ведению арбитражных судов — федеральными законами.

Компетенцию судов общей юрисдикции (именно поэтому они так называются), в отличие от специализированных судов, определить исчерпывающим образом невозможно. Они рассматривают все дела, находящиеся в ведении органов судебной власти, кроме отнесенных к ведению специализированных судов. В исследовании проблем специализации судебной деятельности полезным представляется зарубежный опыт. Специализированные суды самой разнообразной направленности есть во многих государствах. Можно выделить два вида таких государств.

Первый. Государства, в которых все специализированные суды в конечном счете объединяются в единую судебную систему, возглавляемую одним высшим судебным органом — Верховным Судом (например, США, Канада, Казахстан, Украина).

Второй. Государства, в которых специализированные суды образуют самостоятельные системы, возглавляемые «своими» высшими судами. Наиболее известным примером такого государства является ФРГ. Согласно Конституция ФРГ, в ней действуют: Конституционный Суд и самостоятельная система общих, административных, финансовых, трудовых, социальных судов.

Естественно, все эти системы, как единые, так и разрозненные, имеют и достоинства, и недостатки. Рассмотрим следующую форму специализации судебной деятельности — организационную. Как правило, она реализуется внутренними решениями судов, однако в некоторых случаях требуется принятие законов. Существо этого вида специализации состоит в закреплении за судами одного суда рассмотрения определенных категорий дел (например, в судах общей юрисдикции на районном уровне — жилищных, трудовых, семейных, уголовных дел в отношении несовершеннолетних и т.п.). На уровне областных и других соответствующих им судов общей юрисдикции действуют судебные коллегии: по гражданским делам и по уголовным делам.

В Верховном Суде РФ, согласно ст. 10 Федерального конституционного закона «О судах общей юрисдикции в Россий-

ской Федерации», кроме названных судебных коллегий действуют коллегия по административным делам и Военная коллегия. Внутри этих коллегий также осуществляется специализация путем образования судебных составов, рассматривающих определенные категории гражданских, административных и уголовных дел (например, в Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ действует судебный состав по трудовым и социальным делам).

В арбитражных судах в целях специализации созданы в соответствии с Федеральным конституционным законом «Об арбитражных судах в Российской Федерации» судебные коллегии: по рассмотрению споров, возникающих из гражданских и иных правоотношений, и по рассмотрению споров, возникающих из административных правоотношений. Установлено также, что по решению Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ в составе судов могут быть созданы и иные судебные коллегии по рассмотрению отдельных категорий дел (ст. 11, 25, 33.2, 35).

Правом создавать судебные коллегии в судах общей юрисдикции законодатель Верховный Суд РФ не наделил; для создания, к примеру, дополнительной судебной коллегии в Верховном Суде РФ требуется внести изменения в Федеральный конституционный закон «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации» (в его ст. 10), что создает серьезные проблемы в развитии специализации.

В этом проявляется совершенно необъяснимая непоследовательность законодателя. Данное противоречие необходимо устранить. Кроме создания специализированных подразделений внутри судов (коллегий, составов) большое значение имеют специализация самих судей и их профессиональная подготовка. Такая специализация имела место еще в советские времена и сохраняется в настоящее время. Она всегда (естественно, когда это возможно в суде с учетом количества его судей) учитывалась при распределении дел между судьями. Это очень важная и полезная форма специализации, безусловно способствующая повышению качества правосудия, поскольку обеспечивает рассмотрение конкретных дел судьями, являющимися высококвалифицированными специалистами

в той области права, которая регулирует спорные правоотношения. Исходя из этого требование об учете специализации судей при формировании состава суда для рассмотрения конкретного дела, сложившееся на практике, теперь закреплено в законе: впервые — в АПК РФ (ч. 1 ст. 18), а затем — в ГПК РФ (ч. 3 ст. 14, в редакции Федерального закона от 14 июля 2011 г. № 140 ФЗ).

Каковы тенденции развития специализации в судебной системе Российской Федерации? Их две.

Первая. Последовательное расширение компетенции арбитражных судов за счет передачи в их ведение дел, подведомственных судам общей юрисдикции.

Первоначально отнесение дел к подведомственности арбитражных судов совершенно разумно осуществлялось на основе совокупности двух критериев: 1) характера спора (экономический) и 2) субъектного состава участников спора (юридические лица). С принятием АПК РФ в 2002 г. и неоднократным внесением в него изменений (федеральными законами от 19 июля 2009 г. № 205 ФЗ, от 27 июля 2010 г. № 228 ФЗ и др.) в подведомственность арбитражных судов передано неоправданно много категорий дел с участием граждан, что с учетом устройства системы арбитражных судов (их первая инстанция действует с уровня субъектов Российской Федерации) в значительной степени затруднило им доступ к правосудию.

Вторая тенденция. Создание новых специализированных судов (как отмечалось выше, недавно были созданы Дисциплинарное судебное присутствие и Суд по интеллектуальным правам). На проекты федеральных конституционных законов о создании этих судов ИЗиСП давал отрицательные заключения. Так, согласно проекту Федерального конституционного закона «О Дисциплинарном судебном присутствии» (все критикуемые положения проекта вошли в принятый Закон) Дисциплинарное судебное присутствие является судебным органом.

Дисциплинарное судебное присутствие формируется из числа судей Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ. Таким образом, Дисциплинарное судебное присутствие, состоящее из судей высших федеральных судов, будет иметь статус суда, т.е. должно входить в судебную систему Рос-

сийской Федерации. В соответствии с ч. 3 ст. 118 Конституции РФ судебная система Российской Федерации устанавливается Конституцией РФ и федеральным конституционным законом. Федеральные конституционные законы, как и другие законы и правовые акты, не должны противоречить Конституции РФ (ч. 1 ст. 15 Конституции РФ).

Конституция РФ устанавливает, что судебную систему Российской Федерации составляют: Конституционный Суд РФ (ст. 125); суды общей юрисдикции — по сути самостоятельная система, возглавляемая Верховным Судом РФ (ст. 126); арбитражные суды — также по сути самостоятельная система, возглавляемая Высшим Арбитражным Судом РФ (ст. 127).

Никаких других систем судов в судебной системе Российской Федерации либо самостоятельных судебных органов, не входящих в систему судов общей юрисдикции или арбитражных судов, Конституция РФ не допускает.

При таком определении на конституционном уровне устройства судебной системы Российской Федерации возникает вопрос: есть ли в ней место для Дисциплинарного судебного присутствия, действующего в качестве самостоятельного судебного органа? Совершенно очевидно, что нет, так как Дисциплинарное судебное присутствие нельзя отнести ни к одной из учрежденных Конституцией РФ систем судов общей юрисдикции или арбитражных судов, ни к самостоятельному судебному органу в общей судебной системе, поскольку таковым является только Конституционный Суд РФ.

В связи с этим учреждение Дисциплинарного судебного присутствия в указанном качестве возможно только путем внесения изменений в Конституцию РФ. Учреждение Дисциплинарного судебного присутствия федеральным конституционным законом противоречит Конституции РФ.

Таким образом, этот специализированный суд не имеет конституционной основы для своей деятельности.

Относительно Суда по интеллектуальным правам ИЗиСП обращал внимание, в частности, на следующее. Создание суда по интеллектуальным правам в качестве единственного в России специализированного суда в данной сфере огра-

ничит доступ физических лиц к защите своих интеллектуальных прав в судебном порядке в силу препятствий финансового, территориального и иного характера. Решения данного суда можно обжаловать лишь в кассационном порядке, минуя апелляционную инстанцию, — в президиум Суда.

Исключение апелляционной инстанции из стадий проверки судебных актов, принимаемых по результатам рассмотрения дел о защите интеллектуальных прав, не способствует повышению качества правосудия по сложным делам данной категории, поскольку проверка в ходе апелляционного производства не только законности, но и обоснованности судебных актов (т.е. вопросов и права, и факта) выступает гарантией своевременного исправления судебных ошибок до вступления судебных актов в законную силу.

Передача функций суда кассационной инстанции президиуму Суда по интеллектуальным правам вызывает возражение, так как не соответствует установленным правилам кассационного производства, искусственно вводит новую форму проверки дел президиумом суда и создает предпосылки для вывода о нарушении права на справедливое судебное разбирательство независимым и беспристрастным судом, гарантированного п. 1 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Объединение в одном суде двух инстанций — первой и кассационной — повторяет ситуацию существования в арбитражных судах субъектов Российской Федерации первой и апелляционной инстанций, что в конечном счете привело к выделению из арбитражных судов субъектов Российской Федерации апелляционной инстанции и созданию самостоятельных арбитражных апелляционных судов. Таким образом, можно сделать вывод о том, что обе тенденции развития специализации в судебной системе Российской Федерации неблагоприятны.

Тенденцию развития специализации путем создания новых специализированных судов развивает предложение об учреждении административных судов. Естественно, у него есть немало сторонников и противников, в том числе и среди ученых ИЗиСП. Это предложение тесно связано с процессуальной формой специализации — принятием Кодекса об администра-

тивном судоустройстве. Обоснованные возражения против принятия такого Кодекса были приведены выше.

В связи с этим логичным и оптимальным представляется выбор не судоустройственной формы специализации (создание отдельных административных судов), а организационной (внутрисудебной): образование в судах общей юрисдикции и арбитражных судах судебных коллегий по рассмотрению дел, возникающих из административных и иных правоотношений, или в зависимости от потребностей отдельных категорий таких дел (например, налоговых, об оспаривании нормативных правовых актов).

III. ВЫВОДЫ И ПРЕДЛОЖЕНИЯ

1. Несмотря на указание в Федеральном конституционном законе «О судебной системе Российской Федерации» на единство судебной системы (ст. 3), фактически таковой нет. Она, согласно Конституции РФ, имеет самостоятельные и независимые друг от друга две системы (суды общей юрисдикции и арбитражные суды), а также один обособленный судебный орган — Конституционный Суд РФ. Кроме того, в нее включен не предусмотренный Конституцией РФ специализированный суд — Дисциплинарное судебное присутствие.

2. Устройства систем судов общей юрисдикции и арбитражных судов имеют существенные различия, что делает неодинаковым доступ заинтересованных лиц к правосудию и порождает существенные различия в процедурах проверки постановлений этих судов (особенно отличаются кассационные производства в судах общей юрисдикции и арбитражных судах).

3. Имеются также (во многом связанные с устройством судебных систем) другие существенные и неоправданные различия в порядке производства в судах общей юрисдикции и арбитражных судах (в составах судов, рассматривающих дела, разрешении правовых коллизий, применении процессуального законодательства по аналогии, возбуждении дела, во вступлении решений в законную силу и др.), предусмотренные соответ-

ственно ГПК и АПК РФ, что ставит лиц, участвующих в делах, подведомственных им, в нарушение ст. 19 Конституции РФ, в неравное положение перед законом и судом и вызывает необходимость унификации процессов в этих судах.

4. Полномочия Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ по организации деятельности возглавляемых этими судами систем, в том числе в области специализации, определены в федеральных конституционных законах «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации» и «Об арбитражных судах в Российской Федерации» по-разному (у Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ они шире), что также требует исправления.

5. Главным недостатком устройства судебной системы Российской Федерации является трехзвенная система судов общей юрисдикции, не позволяющая осуществлять полноценную проверку судебных актов в апелляционном и (особенно) кассационном порядках.

Необходимо преобразовать ее в четырехзвенную систему, создав в ней окружные суды в качестве судов, рассматривающих дела в кассационном порядке. После этого необходимо изменить порядок рассмотрения гражданских и уголовных дел в судах кассационной инстанции, установленный в ГПК РФ и УПК РФ.

6. Специализацию следует осуществлять в организационных (внутрисудебных) формах — путем создания в судах специализированных судебных коллегий, составов.

Владимир Ильич ЛАФИТСКИЙ

ПРАВОВОЕ ГОСУДАРСТВО И ФАКТОРЫ ЕГО РАЗВИТИЯ В СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОМ ИЗМЕРЕНИИ

1. О тенденциях и проблемах современного правового развития

Для современного правового развития характерен резкий рост количества нормативных правовых актов. Во многом это объясняется расширением поля правового регулирования. Его объектами становятся сферы, которые еще полвека назад законодательством не затрагивались. В их числе — инновационное развитие, техническое регулирование, защита окружающей среды, сохранение культурного наследия, поддержка спорта и многое другое.

Расширение поля правового регулирования объясняется объективными потребностями общественного развития, требованиями международно-правовых документов, идеологическими и политическими установками, решением текущих экономических и социальных задач.

Те же причины обуславливают высокую подвижность границ правового регулирования. В законодательстве более широко, чем прежде, сочетаются правовые и неправовые регуляторы, о чем свидетельствует не только делегирование нормотворческих полномочий саморегулируемым организациям, но и существенный рост принимаемых законодателем концепций, иных программных документов, а также рекомендательных норм.

Вместе с тем, увеличивается число конституционных ограничителей правотворческой деятельности. В последние годы конституции становятся более детализированными, закрепляя подробную регламентацию социально-экономических

и политических отношений, что неизбежно сокращает пространство законодательного регулирования.

Ограничение сферы законодательства применяется и как способ ущемления демократических институтов. И происходит это не только в тоталитарных государствах, но и в некоторых демократических государствах, таких как Франция и Нидерланды. Так, Конституция Франции устанавливает отдельный перечень вопросов, по которым допускается издание законов. Столь необычное для унитарного и демократического государства решение объясняется стремлением не только сузить власть парламента, но и закрепить право фактически ничем не ограниченного нормотворчества за исполнительной властью. В конституционной практике ограничения подобного рода носят исключительный характер, но они отражают общую для всех государств тенденцию к усилению роли исполнительной власти.

Одной из приметных черт современного правового развития становится его доступность. Интернет, другие информационные технологии открывают безграничный доступ к правовой информации, что создает уникальные возможности для усиления действия нормативных правовых актов во времени и пространстве.

Следующая характерная черта развития права — его универсализация. В мире действуют десятки тысяч глобальных и региональных международно-правовых документов, чьи положения всё чаще инкорпорируются в национальное законодательство. Такие процессы нарушают традиционную структуру права. Формируются новые комплексные институты права, сочетающие различные модели правового регулирования (публично-правового и частноправового), а также элементы разных классических отраслей права — гражданского, административного, земельного и т.д.

Размываются прежние границы между публичным и частным правом, что отчетливо видно на примере континентальной традиции права. Примером такого стирания границ могут служить гражданские кодексы, которые включают всё большее число публично-правовых норм (в частности, по регистрации сделок и объектов собственности, банкротству и т.д.).

В свою очередь, и акты публичного права всё чаще обращаются к частноправовым вопросам (например, финансирования политических партий со стороны физических лиц).

Прежнюю стройность правовых систем нарушает и то, что многие законодательные акты принимаются стихийно, без четкого концептуального обоснования. Причиной тому — необходимость безотлагательного решения каких-либо назревших проблем. Отчетливо это проявляется в развитии миграционного права, законодательства о здравоохранении, социальных службах и т.д.

Хаотичность в развитии законодательства усиливается, несмотря на предпринимаемые меры по кодификации и систематизации законодательства, а также по разработке программ и концепций правового развития.

Меняются стилистика и язык законодательства. Оно всё реже оперирует емкими формулами, присущими эпохе великих кодификаций XIX и первой половины XX веков. Это хорошо видно на примере даже таких классических образцов кодификации, как Гражданский кодекс Франции. Начиная с 1920 х годов в его текст внесено множество норм, не соответствующих критериям, сформулированным Наполеоном: четкость, ясность и краткость формул, охват ими как можно более широкого круга отношений.

Соответственно, меняется и язык права. Он становится более канцелярским, сухим, невзрачным. Такое изменение обусловлено тем, что право всё чаще обращается не к личности, а к государственным органам и их представителям.

Как следствие, тексты нормативных правовых актов всё чаще напоминают своды технической документации, в которых за ворохом деталей трудно понять их основную цель. Нередко они утрачивают какую-либо связь с действительностью, отражая иллюзии их составителей. И чем более они отдалены от действительности, тем больше в них предложений и слов, в которых нет содержания.

Положение усугубляет и неэффективность действия многих законов. Основная цель закона — найти адекватный ответ на требования и веления общества, по словам Р. Йеринга, тот

«конечный пункт» где сходятся, переплетаясь, интересы многих социальных сил⁵⁶. В противном случае закон не сможет достигнуть поставленной цели, и общество отторгнет его. Эта закономерность подтверждается многими примерами современной политической жизни не только России, но и других государств, в том числе Западной Европы, Латинской Америки, Азии.

Сложные процессы наблюдаются и в сфере правосудия. Ему уже не принадлежат исключительные функции разрешения споров. Как отмечалось, многие правовые отношения замыкаются в рамках межведомственного взаимодействия, что лишает их судебной защиты. Расширяется и круг квазисудебных инстанций, которые вытесняют суды из многих принадлежавших ему традиционных сфер.

Усиливаются противоречия и в рамках самой судебной системы. Практически повсеместно развивается специализация судов. Формируются самостоятельные судебные подсистемы по разрешению экономических, финансовых, семейных споров, дел с участием несовершеннолетних, других категорий физических лиц. Но такое развитие не соответствует меняющейся природе правовых отношений, которые всё чаще становятся комплексными, сочетающими разные средства как публично-правового, так и частноправового регулирования.

Ситуация осложняется и в результате часто возникающих конфликтов между судами разных юрисдикций по поводу разделения компетенции и правильности разрешения дел.

Нарастают противоречия и между основополагающими началами правосудия. Так, принцип состязательности процесса часто вступает в противоречие с требованием объективного и всестороннего рассмотрения судебных дел.

Такое развитие правовых систем один из крупнейших правоведов второй половины XX века Гарольд Берман оценил как системный кризис. «Мы находимся, — писал он, — в середине беспрецедентного кризиса правовых ценностей и правовой мысли, кризиса, в котором становится под сомнение вся наша

⁵⁶ *Рудольф фон Геринг*. Цѣль въ правѣ. — Спб., 1906. — С. 30.

традиция права — не только так называемые либеральные концепции последних нескольких столетий, но сама структура западного правового порядка... Право в XX веке, как в теории, так и на практике всё меньше воспринимается как связанное целое, свод, организм, *corpus juris* и всё больше как мешанина, смесь из сиюминутных решений и противоречащих друг другу норм, соединенных только общими “приемами”, “техникой”. Старое метаправо разрушилось, и его сменил своего рода правовой цинизм...».⁵⁷

Вместе с тем, усиливаются импульсы к поиску новой парадигмы права, которая могла бы разрешить существующие проблемы и противоречия в его развитии.

Господствовавшие в последние два столетия идеи верховенства государства, социалистических идеалов, приоритета прав человека, примата международного права эту цель решить не смогли. Во многом это обстоятельство объясняет своеобразный ренессанс религиозных ценностей права, наиболее заметный в исламских странах, а также активные поиски (в основном, в западных странах) новых моделей и возможностей реализации кантовских идей правового государства. Каждый из этих процессов развивается самостоятельно. Но очевидно, что раздельно друг от друга они не могут существовать. Без религиозных ценностей кантовские идеи правового государства лишаются духовной основы, теряют те постоянные ориентиры, которые определяют развитие права. В свою очередь, без кантовских идей правового государства религиозные ценности утрачивают правовое содержание и часто обретают уродливые либо нежизнеспособные формы. Обеспечение органичной взаимосвязи этих ценностей и идей — одна из важнейших задач науки.

⁵⁷ Г. Дж. Берман. Западная традиция права: эпоха формирования. — М.: Изд-во МГУ, Изд. группа «ИНФРА•М» — «Норма», 1998. — С. 54.

2. О едином правовом пространстве и правовых сообществах в контексте задач построения моделей правового государства

Существует общее правовое пространство, которое воздействуют на все правовые системы, вне зависимости от их истоков — христианских, исламских, индуистских, конфуцианских, иудейских, иных. Существование общего правового пространства мира подтверждается общностью стоящей перед любым правопорядком цели. Эта цель — всеобщее благо⁵⁸. Она определяет содержание и формы исторического развития права. Так было в глубокой древности. Так остается и в наши дни.

В свою очередь, единство цели определяет единые ценности, общие для всех правовых систем, какие бы различия их ни разделяли. Это — ценности сохранения устоев общества, поддержания мира, защиты духовного наследия, обеспечения действия права. Необходимо изучать их, определять формы их влияния на национальные правовые системы в разрезе не только законодательных, иных нормативных актов, но и практики их применения, поскольку отвергнутые законодателем идеи, ценности, принципы правового пространства мира находят воплощение в иных измерениях — в правовом сознании, правовых обычаях и традициях.

Едиными для всех правовых систем остаются и средства правового воздействия: запрещение, дозволение, вменение в обязанность, наказание и поощрение. Единоы также основные формы права: закон и обычай.

Такие, по определению М. Анселя, «универсальные черты права»⁵⁹ отражены во всех священных писаниях и определяют и сейчас закономерности развития правовых систем современного мира. Без их учета любые модели правового государства будут несовершенны. Единое правовое пространство не является однородным. Основные, глубинные линии его разлома формируются под воздействием тех традиций и ценностей

⁵⁸ Одним из первых ее подробно обосновал Фома Аквинский.

⁵⁹ М. Ансель. Методологические проблемы сравнительного права // Очерки сравнительного права. — М.: «Прогресс», 1981. — С. 38.

права, которые сложились в рамках определенного религиозного или этико-правового мировоззрения. Так, право государств Европы, Северной и Южной Америки развивалось в основном в русле христианских ценностей свободы, право большей части государств Западной Азии и Северной Африки — в соответствии с исламскими ценностями социального единства, право Монголии, Непала, Бутана, Шри-Ланки, ряда других государств — в системе буддийских ценностей праведной жизни, право Китая — на основе конфуцианских ценностей гармонии мира. Такие общие духовные (этические) ценности действуют вне зависимости от их признания государством, степени отражения в законодательстве, роли церкви в общественной жизни. И это неслучайно, поскольку религия и право на протяжении многих веков развивались как единое целое. Чтобы убедиться в этом, достаточно раскрыть страницы Библии, Корана, других священных книг, в которых собраны религиозные предания, заветы, пророчества, а также нормы, регулирующие повседневную жизнь.

О первородном единстве религии и права свидетельствуют не только тексты священных писаний, но и данные многих древних языков. [Так, слово «закон» в латыни — *lē|x*, *-gīs* (первоначально: «религиозный закон») — имеет этимологические соответствия в ведийском санскрите (*rājāni*, Loc. Sg.: «в законе»⁶⁰) и в авестийском (*rāzan /rāšn*, *rāzar*, *rāzah*: «религиозный обычай, предписанное ритуалом поведение; заповедь; устав»), и во всех этих языках оно означало «ритуальное, религиозное установление».⁶¹ В древнееврейском языке слово *dāt*

⁶⁰ Встречается единожды: Ригведа, 10.49.4с — *ahám bhuvam yájamānasya rājāni* «я был в распоряжении (“в законе”, под законом) жертвователя».

⁶¹ См.: A. Ernout, A. Meillet. Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots. — Paris: Éd. Klincksieck, 2001. — P. 353-354. M. Mayrhofer. Etymologisches Wörterbuch des Altindiarischen. — Heidelberg: Carl Winter • Universitätsverlag, 1996: II. Bd. (/I. Teil). — S. 445-446.

Ch. Bartholomae. Altiranisches Wörterbuch. — Strassburg: Verl. von Karl J. Trübner, 1904. — Sp. 1526-1527.

(заимствованное из древнеперсидского *dāta* «право»; «устав; предписание; заповедь; закон»⁶²) означает и «обычай; закон», «судебное решение; наказание», и «религия», а общесемитский корень *d-y-n* значит в нём «судить», *dīn* — «закон» и «суд», а в арабском этот корень значит и «судить», и «исповедовать (веру)» (а также «давать в долг» и «брать в долг; быть должным», «быть обязанным; подчиняться»), *dīn* же по-арабски переводится как «вера, религия» (в Коране в целом ряде контекстов также «суд; судебное решение»). Армянское *dēn*, *den* (заимствованное из среднеперсидского (пехлеви) *dēn* [*dfyn*'] «религия»⁶³, ср. авестийское *daêṇā-* «*id.*»⁶⁴) тоже означает «вера, религия; исповедание веры» и «закон»⁶⁵. — Ред.]

Между религией и правом всегда существовало близкое родство⁶⁶. Религия обосновывала божественное происхождение права и светской власти. А светская власть огнем и мечом

⁶² Авестийская форма идентична; см.: *ibid.* — Sp. 726-727.

⁶³ См.: *D. N. MacKenzie. A Concise Pahlavi Dictionary.* — L. - N.Y. - Toronto: Oxford Univ. Press, 1986. — P. 26.

⁶⁴ *Ch. Bartholomae. Ibid.* — Sp. 662-665. Сюда же, возможно, *daêṇā* «(внутренняя) сущность, (мысленное) я, индивидуальность» (*Ibid.* — Sp. 665-667).

⁶⁵ Оставив в стороне весьма сложный и запутанный вопрос о возможной заимствованности арабского *dīn* в значении «вера» из вышеприведенной среднеиранской формы (и о соотношении его с классическим новоперсидским (дари) *dīn* [не *dēn*!]; см., напр.: *Arthur Jeffery / with a foreword by Gerhard Böwering and Jane D. McAuliffe. The Foreign Vocabulary of the Qur'ān // Texts and Studies on the Qur'ān.* — Vol. 3. — Leiden - Boston: Brill, 2007. — P. 131-133), отметим тот непреложный факт, что значения «вера», «религия» и «закон», «суд», как неумолимо свидетельствуют, с одной стороны, древнееврейский (где «закон», «суд» есть «вера», «религия»), а с другой — армянский (где, наоборот, «вера», «религия» есть «закон»), то и дело переходят друг в друга, неразрывно переплетаясь в человеческом сознании.

⁶⁶ См.: *T. Schirrmacher. 'Lex' (Law) as Another Word for 'Religion': A Lesson from the Middle Ages.* — http://contra-mundum.org/schirrmacher/law_religion.pdf.

охраняла религию. Между ними и сейчас сохраняется много общего. Обращаясь к этой теме, Г. Берман писал: «Подобно религиям, право повсеместно распространяет свои ценности (а) через ритуал, иными словами, через формальные процедуры законоотворчества, разрешения судебных дел и ведения административных дел, символизирующие их объективность; (б) через традицию, то есть через определенный правовой язык и практику, которые передаются через поколения и века и символизируют связь с прошлым и устремленность в будущее; (в) через силу авторитета, а именно, через опору на те письменные и устные источники, которые являются символами и имеют обязывающую силу; и (г) через всеобщность, которая находит себе оправдание через аксиомы, воплощающие всеобщие принципы и концепции, согласно которым договоры должны соблюдаться, ущерб — компенсироваться, преступления — караться, имущественные права — защищаться, обвиняемый — иметь право на выступление в суде и т.д. Такие проявления права имеют тенденцию к наделению его качествами святости. Они поддерживают основные правовые эмоции, которые также имеют религиозный компонент, — чувства ответственности и обязательности, чувства удовлетворения и благодарности, например, когда вершится правосудие... Среди тех людей, кто верит в Бога как в высший источник права, особенно среди последователей иудаизма, христианства и ислама, вера в право является частью их религиозной веры»⁶⁷.

В современном мире сохранилось восемь правовых сообществ, объединенных общностью духовных ценностей, — христианской, мусульманской, индуистской, буддистской, иудейской, конфуцианской, синтоистской и языческих традиций права.

Кроме того, существует еще одно правовое сообщество, которое строится на отрицании духовных (этических) ценностей. В основном, оно характерно для тоталитарных государств.

⁶⁷ *H. J. Berman. Comparative Law and Religion // The Oxford Handbook of Comparative Law / Ed. By M. Reimann, R. Zimmermann. — N.Y.: Oxford Univ. Press, 2008. — P. 746, 747.*

Различны формы воздействия религии на право. В обществе христианской традиции права связь религии и права не столь заметна, как в большей части других семей. Во многом это предопределено требованием самого Евангелия: «Отдайте кесарево кесарю, а Божие Богу»⁶⁸. Осуществив это требование, христианство сделало государство и право свободными. Впрочем, эта свобода не была безусловной, поскольку в своем развитии право следовало как за путеводной звездой за христианскими заповедями свободы, справедливости, равенства, милосердия, любви. Эти заповеди и сейчас определяют дух и основные начала христианской традиции права, несмотря на то, что конституции большей части современных государств отрицают связь религии и права.

Впервые отторжение религии от права было закреплено первой поправкой к Конституции США, запретившей Конгрессу издавать законы, устанавливающие религию либо не допускающие ее свободное исповедание. Этой нормой, по словам Томаса Джефферсона, была возведена «стена разделения» между церковью и государством.

Впрочем, в самих Соединенных Штатах она долгое время не препятствовала взаимопроникновению религии и права. Об этом свидетельствуют многие акты, принятые в XVIII и XIX веках. Так, в Ордонансе о Северо-Западных территориях 1787 г. (повторно утвержден в 1791 г., в год принятия первой поправки к Конституции США) содержалась следующая норма: «Религия, мораль и знания необходимы для доброго правления и счастья человечества и должны всегда поощряться, также как школы и образование».

И только с середины XX века в США происходит заметное ослабление роли религии. К ней всё реже обращаются политики. Законодательство практически полностью исключает упоминание о ней. В немалой степени этому способствовала позиция Верховного суда США, который потребовал в решении по делу Эверсон против Управления образования (1947 г.) полного отделения религии от государства. На ее долю была от-

⁶⁸ Евангелие от Матфея 22:21.

ведена сугубо церемониальная роль. Президент Соединенных Штатов, иные высшие должностные лица федерации и штатов при вступлении в должность приносят присягу на Библии⁶⁹. На американских банкнотах имеется надпись «В Бога мы веруем». В каждой из палат Конгресса сохранены службы капелланов (священнослужителей), созданные в 1791 г.

В наши дни «стена разделения» между религией и правом существует в большей части государств христианской традиции права. И только некоторые из них сохраняют более тесную связь религии и права. Так, в Великобритании монарх является главой англиканской церкви. Конституция Норвегии закрепляет статус евангелическо-лютеранской религии как официального вероисповедания (параграф 2). Конституция Коста-Рики указывает, что Римско-католическая апостольская религия является государственной религией и что «государство оказывает ей поддержку, не препятствуя свободному отправлению в Республике других религиозных культов, не противоречащих общественной морали и добрым нравам» (ст. 75).

Более полно связь религии и государства раскрывается в конституциях Греции и Ирландии.

Конституция Греции закрепляет «господствующую» роль в государстве православной религии (ст. 3). Отдельная статья посвящена статусу Святой горы Афон, сохраняющей право самоуправления под «духовной юрисдикцией» Вселенской патриархии (ст. 105)⁷⁰. В преамбуле Конституции Ирландии провозглашено, что Пресвятая Троица является источником всех властей и что к ней как к «последней надежде должны быть направлены все действия человека и Государства»⁷¹.

⁶⁹ После выборов 2006 г. впервые в американской истории один из членов Палаты представителей принес присягу на Коране.

⁷⁰ Текст Конституции см.: Конституции государств Европы. — М.: «Норма», 2001. — Т. 1. — С. 639–696.

⁷¹ Текст этого акта см.: *В. И. Лафитский*. Поэзия права: страницы правотворчества от древности до наших дней. — М.: Издание 2-на М. Ю. Тихомирова, 2003. — С. 317–358; Конституции государств Европы. — М.: «Норма», 2001. — Т. 1. — 778–816.

В целом, такие конституционные нормы для стран христианской традиции права нетипичны. Преобладает тенденция к формальному отрицанию роли религии, что, впрочем, не мешает ей оказывать глубокое воздействие на развитие права.

Совершенно иным образом дело обстоит в странах исламского мира, где право и религия не теряли кровного родства. Так, Конституции Ирака прямо указывает, что «ислам — официальная религия государства и основной источник законодательства», что «ни один закон не может быть принят, если он противоречит установленным нормам ислама» (ч. 1 и 2 ст. 2).

В Конституции Афганистана 2004 г. сказано, что Афганистан является «исламской республикой» (ст. 1), что его религией является «священная религия ислама» (ст. 2), что ни один закон не должен противоречить ее догматам.

По Конституции Йемена 1994 г. ислам провозглашен государственной религией и источником всего законодательства (ст. 2—3). Такая же формула содержится в Конституции Объединенных Арабских Эмиратов (ст. 7).

А в Саудовской Аравии установлено, что ее Конституцией является «Книга Всевышнего Аллаха и сунна Его Пророка» (ст. 1) и что основами правления, в соответствии с исламским шариатом, являются «справедливость, принцип консультации и равенство» (ст. 1 и 8 Основного Низама о власти Королевства Саудовская Аравия 1992 г.).

Последовательно связь права и религии закреплена и в Конституции Ирана 1979 г. Так, ст. 2 указывает, что система правления в Иране строится на вере в единого Бога, а также в то, что Он устанавливает законы шариата, и что человек должен покориться Его воле; что божественным откровениям принадлежит основополагающая роль в толковании законов; что существует Страшный суд и что он играет созидательную роль в совершенствовании человека на пути к Богу; что Божественная справедливость проявляется в создании и установлении законов шариата; что признается преемственность имамов и что им вверяется опека над обществом; что человек, его благородство и свободы являются высшей ценностью и что он несет ответственность перед Богом. Символ конституционной веры,

закрепленный в ст. 2, находит отражение и в других нормах Основного закона Ирана.

Тесные связи религии и права присущи не только исламскому миру, но и государствам, исповедующим иные религии.

Так, Конституция Бутана подчеркивает, что «буддизм является духовным наследием Бутана, содействующим принципам и ценностям мирного существования, отказа от насилия, сострадания и терпимости» (ст. 3). А Конституция Шри Ланки устанавливает, что буддизм занимает в Республике «ведущее место» и что обязанностью государства являются «защита и содействие учению Будды» (ст. 9).

Значительна роль иудаизма в Израиле, синтоизма в Японии, индуизма в Индии, языческих (традиционных) верований в государствах Тропической Африки и т.д.

Более того, можно отметить тенденцию к определенному усилению роли религии в развитии права государств Азии, Африки, Латинской Америки. Такое явление объясняется одним обстоятельством. В условиях глобализации расшатываются основы существующих цивилизаций. Поэтому всё чаще обращаются к тем религиям, которые дали им жизнь, с надеждой обрести в них новые силы.

3. О национальных традициях и иных внутренних факторах формирования правового государства

Конструируя идеи правового государства, необходимо помнить не только о религиозных и этико-правовых ценностях, но и о глубинных национальных традициях права, которые определяют особенности, присущие определенным правовым семьям.

Так, романо-германское (континентальное) право, объединившее правовые системы романских и германских народов Западной, Южной и Центральной Европы, формировалось под мощным влиянием древнеримского права. Многие из них не только заимствовали отдельные правовые конструкции, но и признавали прямое действие древнеримского права. Этот феномен исторического развития права подробно описан в клас-

сическом труде П. Г. Виноградова «Римское право в средневековой Европе»⁷².

Конечно, романо-германское право развивалось не только под влиянием древнеримского права. Глубинное воздействие на него оказывали национальный дух, который проявляется в особенностях национального языка, стереотипах мышления, обычаях и традициях и формирует, по словам Ф. Савиньи, «истинное» море права⁷³.

Как в зеркале, национальный дух отражен в языке. Поэтому столь важно исследовать его особенности, выявляя те мыслительные образы, которые он создает и которые, в конечном счете, определяют подлинное содержание права.

В подтверждение несколько примеров, раскрывающих основы другой ветви христианского правового сообщества — славянского права.

В славянских языках право тесным образом связано с такими понятиями, как «справедливость», «правда», «праведность», «правильное». Все они имеют один корень. Такую же семантическую связь можно обнаружить и в других языках. Но, что отличает славянские языки, так это то, что в них право ассоциируется не только с правдой и справедливостью, но и с такими понятиями, как «править», «правитель», «правительство». В результате в сознании возникают устойчивые мыслительные образы, в которых право предстает в основном как продукт воли правительства, народ — объектом управления, а справедливость как то благо, которое исходит от правителей.

Еще одна черта, присущая славянским языкам, — они связывают право не только с материальной, но и с духовной жизнью⁷⁴. В нем часто звучат религиозные либо мистические

⁷² П. Г. Виноградовъ. Римское право въ средневѣковой Европѣ. — М.: Изд. А. А. Карцева, 1910.

⁷³ F. Ch. Von Savigny. Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence. — Birmingham (Alabama): The Legal Classics Library / Gryphon Editions, 1986. — P. 33.

⁷⁴ По этой теме см. монографию: Б. А. Осипян. Дух правометрии, или основание межерологии права. — М.: «Юрлитинформ», 2009.

мотивы. Так, корневая основа слова «закон» — «кон» означает рубеж, предел, границу, начало и, вместе с тем, конец. Не случайно на протяжении многих столетий слово «закон» ассоциировалось в основном со Священным писанием — Библией.

Ноты другого мира звучат во многих словах, определяющих природу и пути развития права: «суд» — это судьба, от которой невозможно уйти, «богатство» — это то, что исходит от Бога и что человек не может присвоить себе.

Еще одна важная черта славянских языков — они отражают приоритет общественного над личным. Так, слово «порядок» означает строй, установленный по договору («ряду») между членами общества, а слово «общество» — такую социальную организацию, основу которой составляют общие экономические, политические и духовные связи. Примечательно, что даже слово «счастье» понимается как единство части и целого.

Заметное воздействие на право оказывают национальные обычаи и традиции, что было блистательно показано в классических работах С. Мэна и М. М. Ковалевского, а в наши дни в трудах Н. Рулана, Н. А. Крашениниковой, А. И. Ковлера, ряда других авторов. К сожалению, систематического исследования этих вопросов в наши дни нет, что не только обедняет науку, но и оставляет власти в неведении о том, в какой среде действуют и как трансформируются принятые ими акты.

В этой связи заслуживает внимания опыт царского правительства России, которое «в интересах хорошего управления» создавало центры проведения этнографических исследований для изучения обычаев и нравов народов, населявших Россию⁷⁵.

Такие же центры должны создаваться и в наше время, поскольку очевидно, что без учета национальных обычаев и традиций, иных факторов, влияющих на развитие права, невозможно обеспечить не только его полноценное изучение, но и эффективное применение.

⁷⁵ Подробнее см.: М. М. Ковалевский. Клан у аборигенных племен России // Социологические исследования. — № 5. — [Социологическое наследие (с. 129-138)]. — С. 130.

Конечно, деление правовых сообществ во многом условно. И дело не только в условности любых классификаций. Национальные правовые системы постоянно трансформируются под мощным воздействием разных этносов и сообществ.

Так, во многих федеративных государствах (государствах с автономными образованиями) существуют «анклавы» иных правовых групп и сообществ. В частности, в состав Российской Федерации входят республики, в которых возрождаются традиции исламской и буддистской традиций права. В американском штате Луизиана сохраняются традиции романо-германского права. Такая же ситуация складывается в канадской провинции Квебек.

Несомненно, что такие «правовые анклавы», источником которых являются местные национальные традиции, оказывают мощное влияние на развитие национальных правовых систем. Они препятствуют проникновению общенационального права в те отношения, которые традиционно регулируются ими. Нередко они заполняют вакуум, образованный пробелами в праве. Иногда вытесняют его, обеспечивая то регулирование, которое в большей степени отвечает потребностям местной экономики и этносов.

Такие процессы взаимовлияния разных правовых систем и традиций, безусловно, должны учитываться при конструировании моделей правового государства. Решение этой задачи осложняет разнородность религиозных и этико-правовых начал, которые сосуществуют в рамках соответствующих национальных правовых систем. И это касается не только государств, построенных по национальному признаку (России, Ливии, Израиля), но и других государств с многонациональным составом. Так, во Франции, Германии, Голландии задача гармонизации правовых отношений осложняется тем, что в них значительная часть населения является носителем иного, исламского, мировоззрения, иных, исламских, ценностей и образов права.

Задачу построения моделей правового государства затрудняет и подвижность территориальных и временных границ существования правовых систем. Некоторые из них формируются по законам диалектики о переходе количественных изме-

нений в качественные. Так, рост численности населения иного вероисповедания может привести с момента, когда оно численно возобладает, к трансформации правовой системы и ее переходу в другое сообщество права. Такие процессы происходили, например, в Ливане, где численность мусульманского населения возросла с немногим более 40 % в 1920 е годы, до 60 % в 1950 е годы.

В конструировании моделей правового государства необходимо учитывать и другие факторы внутреннего развития, способствующие либо, напротив, затрудняющие вхождение права в ткань социальной действительности. Речь идет о действии законов, которые часто вступают в иную и во многом, с учетом отчужденности государства, враждебную среду. Здесь им предстоит доказать свое право на жизнь в борьбе с теми силами, о которых сказано выше, — национальными и местными обычаями, нормами религии и этики, «функциональными» установлениями. И нередко закон уступает им.

Одной из самых мощных сил являются местные обычаи. Иногда они носят ярко выраженный религиозный либо национальный характер (в основном, в местах компактного проживания представителей одной веры либо национальности). Но чаще они не имеют какой-либо связи с религиозными канонами и национальными традициями, будучи сформированными под воздействием других факторов — исторических, демографических, экономических, социальных.

В Институте законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации на заре его истории, в середине 1920 х годов, был проведен ряд крупных исследований причин преступности, в которых был сделан вывод о взаимосвязи отклоняющегося поведения с теми обычаями, которые сложились в определенных местностях России⁷⁶.

⁷⁶ См., например: Хулиганство и хулиганы. — М.: Изд-во НКВД РСФСР, 1929; Проблемы преступности.. — М.: Изд-во НКВД РСФСР. — Выпуск 1 (1925); Выпуск 2 (1927); Выпуск 3 (1928); Выпуск 4 (1929).

Такую же взаимосвязь можно проследить и в XXI веке. Более высокий уровень преступности присущ не только тем регионам, которые испытывают экономические трудности, но и тем регионам, в которых складываются устойчивые стереотипы противоправного поведения. Передаваемые из поколения в поколение, такие обычаи гибнут только с гибелью тех сообществ, в которых они рождены.

Иную картину дают законопослушные местные сообщества, в которых обычаи не противоречат действующему законодательству либо сосуществуют с ним, не вступая в открытое противостояние. Ясно, что власть должна всемерно поддерживать такие обычаи и традиции, основанные, прежде всего, на религиозных ценностях милосердия, самозабвенного труда, уважительного отношения к авторитету власти и к правам другим лиц. В этом отношении заслуживает внимания опыт ряда государств, в том числе Узбекистана, где признается прямое действие местных обычаев и традиций.

Во всех правовых системах существенное место занимают «функциональные» обычаи, которые сложились в определенных сферах деятельности либо профессиях. Многие из них имеют многовековую историю и признаются международными и законодательными актами. Так, Конвенция ООН «О договорах международной купли-продажи товаров» 1980 г. указывает, что «стороны связаны любым обычаем, относительно которого они договорились, и практикой, которую они установили в своих взаимных отношениях». Более того, если стороны не договорились об ином, считается, что к их договору применяется обычай, о котором они знали или должны были знать и «который в международной торговле широко известен и постоянно соблюдается сторонами в договорах данного рода в соответствующей области торговли» (ст. 9).

Такие же формулировки содержатся в законодательстве многих государств. Так, Гражданский кодекс Украины определяет обычай как «правило поведения, не установленное актами гражданского законодательства, но являющееся устойчивым в определенной сфере гражданских отношений» (ст. 7). Аналогичным образом трактуется «обычай делового оборота» в Граждан-

ском кодексе РФ. Под ним понимается «сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской деятельности правило поведения, не предусмотренное законодательством» (ст. 5). При этом не имеет значения, был ли обычай зафиксирован письменно.

На протяжении, по меньшей мере, пяти столетий законодательство вытесняло «функциональные» обычаи из правовой жизни. Но в последние десятилетия складывается иная тенденция. Как отмечалось, государство не только признает существующие обычаи, но и призывает профессиональные сообщества осуществлять самостоятельное регулирование соответствующих сфер деятельности, принимая собственные акты. Наиболее широко эта тенденция проявилась в банковском и страховом деле, строительстве, в отраслях высокотехнологических производств. Без учета таких явлений модели правового государства будут несовершенными.

4. О внешних факторах формирования правового государства

Конструирование моделей правового государства невозможно и без учета факторов внешнего воздействия на национальные правовые системы. Модели правового регулирования, законодательные акты государств, доминирующих в экономике и внешней политике, часто служат образцом для других государств. Вместе с тем, и они находятся под влиянием других правовых систем, в том числе тех, которые сложились под их влиянием.

Так, право бывших колоний Великобритании — США, Канады, Австралии, Новой Зеландии, островных государств Карибского бассейна — формировалось, в основном, в русле английской традиции общего права. Право большей части государств Латинской Америки и сейчас сохраняет тесную связь с испанским правом. А право государств постсоветского пространства — с теми традициями, которые складывались во времена имперской России и Советского Союза.

Иногда право государств, доминирующих в экономике и во внешней политике, полностью заменяет право тех го-

сударств, которые находятся в орбите их влияния. Так было в период строительства социалистической системы, когда право СССР было воспринято законодательством многих стран социалистической ориентации. Так было и во время крушения социалистической системы, когда государства так называемых «новых демократий» стали создавать новые правовые системы, взяв за образец западные модели права.

Влияние других национальных систем проявлялось не только в форме колониальной экспансии либо «экспорта» актов государств, доминирующих в экономике и внешней политике. Часто вступал в действие другой механизм — добровольное заимствование или рецепция наиболее действенных правовых моделей других государств.

Известно, какое большое воздействие на конституционное развитие оказала Конституция Соединенных Штатов. Заимствовались не только ее базовые принципы: верховенство права, разделение властей, федерализм, — но и более частные конституционные модели организации власти, регулирования экономических отношений и т.д.

В сфере частноправового регулирования самый яркий отпечаток оставил Гражданский кодекс Наполеона 1804 г. Он и сейчас, по прошествии двух столетий, служит образцом кодификации в этой сфере. Заметное влияние на правовое развитие многих государств Европы оказали Германское гражданское уложение 1900 г., Основы гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1961 г.

Впрочем, слепого копирования не было. Конституции, кодексы, иные законодательные акты государств Европы, Азии, Латинской Америки меняли содержание заимствованных актов, вводили новые нормы, которые способствовали политическому, экономическому и социальному развитию⁷⁷.

⁷⁷ Так, например, при разработке Гражданского кодекса Чили 1857 г. его автор *А. Бело*, помимо законодательства Испании, использовал все доступные ему гражданско-правовые акты, начиная с Кодекса Юстиниана.

Речь идет, в частности, о нормах, направленных на поддержку конкуренции, ограничение прав крупной собственности, усиление регулирующей роли государства. Они опережали уровень экономического развития, прокладывая дорогу для структурной перестройки экономики и ее дальнейшего роста.

Наиболее стремительно эти процессы развились после Второй мировой войны. С этого времени право начинает базироваться на новых идеях социальной роли государства, усиления его регулирующей роли, ограничения прав собственности, защиты окружающей среды. Они и сейчас оказывают мощное воздействие на право всех государств мира, вне зависимости от уровня их экономического и политического развития, религиозной и идеологической принадлежности.

Заключая вопрос о взаимовлиянии правовых систем, следует отметить, что оно может быть не только созидательным (позитивным), но и разрушительным. В этой связи уместно вспомнить слова французского ученого М. Анселя: «Право любой страны — это часть ее национального достояния. В определенном смысле оно — порождение традиций, наследие предков и способ самовыражения данного общества. Поэтому нужно не сближать право с другими системами, а, наоборот, обеспечить его независимость, охранить от искажений иностранного происхождения»⁷⁸.

Впрочем, решить такую задачу в условиях ускоряющихся процессов интеграции крайне сложно. Самым ярким примером, безусловно, является Европейский Союз. В настоящее время он объединяет 27 государств Западной и Центральной Европы, сочетая в себе признаки как международного, так и государственного образования.

Сходным образом может пойти развитие в Центральной Америке, в Африке, арабских государствах, Содружестве Независимых Государств.

Так, еще в 1907 г. был учрежден Верховный суд Центральной Америки. С декабря 1960 г. действует общий рынок

⁷⁸ М. Ансель. Методологические проблемы сравнительного права // Очерки сравнительного права. — М.: «Прогресс», 1981. — С. 37.

государств региона. В 1991 г. был сформирован Центрально-американский Парламент. В его состав входят представители шести государств: Гватемалы, Гондураса, Доминиканской Республики, Никарагуа, Панамы и Сальвадора. Из центральноамериканских государств в нем не представлена только Коста-Рика.

Конституционный акт от 11 июля 2000 г. преобразовал Организацию Африканского Единства в Африканский Союз. В настоящее время он объединяет 53 государства «черного континента» (в состав Союза не входит только Марокко). Уже сформированы Общеафриканский Парламент, Комиссия, Центральный банк развития, ряд других институтов, созданных по «образу» общеевропейских институтов и органов.

В марте 2005 г. начался новый этап в развитии Лиги Арабских Государств. Были поставлены задачи формирования общего рынка, парламента, иных учреждений, объединяющих усилия 22 арабских стран.

Процессы региональной интеграции оказывают мощное влияние на национальные правовые системы. При этом отметим, что конституции не только отражают, но и нередко, как в Латинской Америке, опережают достигнутый уровень региональной интеграции.

Так, Конституция Бразилии 1988 г. провозглашает, что Бразилия стремится к экономической, политической, социальной и культурной интеграции народов Латинской Америки с целью формирования латиноамериканского сообщества наций (ст. 4).

Ту же цель ставит Конституция Венесуэлы 1999 г., указывая, что «Республика стимулирует и способствует взаимной интеграции со странами Латинской Америки и Карибского бассейна в целях создания содружества народов и защиты его экономических, социальных, культурных, политических интересов и окружающей среды» (ст. 153).

В рамках интеграционных объединений принимается большое число актов, действующих непосредственно в тех государствах, которые входят в их состав. Примером может служить действующая более ста лет программа Правового сотрудничества нордических стран, которая охватывает Данию, Швецию,

Норвегию, Финляндию, Исландию. Ее целью является гармонизация законодательства региона. Из наиболее крупных единых актов, разработанных в рамках Правового сотрудничества, можно указать акты об оборотных документах, торговых знаках, торговом реестре, фирмах и т.д. К настоящему времени практически полностью гармонизировано законодательство по вопросам заключения и исполнения коммерческих договоров, транспортным перевозкам, авторскому и патентному праву, брачно-семейным отношениям. В последние годы в Правовое сотрудничество нордических стран активно вовлекаются Балтийские страны — Латвия, Литва и Эстония.

Будущее покажет, как будут складываться процессы интеграции в разных частях света. Но очевидно одно: такие процессы должны учитываться при конструировании моделей правового государства.

В решении этой задачи должны учитываться и всеобщие или глобальные инициативы по обеспечению единства правового пространства, реализуемые в рамках Организации Объединенных Наций, Комиссии ООН по праву международной торговли, Международной организации труда, Всемирной организации здравоохранения, других международных организаций.

Международные договоры, конвенции, модельные и типовые законы, рекомендации и стандарты не только формируют новый пласт правового пространства мира. Они оказывают мощное воздействие на развитие национальных правовых систем, стирая многие различия, существующие между ними.

При этом они нередко непосредственно входят в национальные правовые системы, становятся их частью. Впервые этот принцип был закреплен Конституцией Соединенных Штатов 1787 г. В ней было предусмотрено, что международные договоры, наряду с Конституцией и федеральными законами, являются верховным правом страны (ст. VI).

Модель, предложенная Конституцией США, была принята другими государствами не сразу. И только к середине XX века наступил перелом в восприятии международного права. Многие конституции, по примеру Конституции США, закре-

пляют принцип прямого действия международных договоров. Так, ст. 96 Конституции Испании 1978 г., установила следующие нормы: «Международные договоры, заключенные в соответствии с установленными требованиями, становятся после их опубликования в Испании составной частью внутреннего законодательства. Их положения могут быть отменены, изменены или приостановлены только в порядке, установленном в самих договорах, или в соответствии с общепризнанными нормами международного права». Аналогичные положения установлены Конституцией Литвы 1992 г. (ст. 138), Конституцией Македонии 1991 г. (ст. 119), Конституцией Перу 1993 г. (ст. 35), Конституцией Португалии 1976 г. (ст. 8), Конституцией Румынии 1991 г. (ст. 11) и т.д.

Некоторые из них провозглашают приоритет международных актов перед нормами внутреннего законодательства. Так, Конституция Российской Федерации провозглашает не только принцип прямого вхождения в национальную правовую систему общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров, но и положение о том, что нормы международных договоров имеют приоритет перед законодательными нормами РФ (ч. 4 ст. 15). Таким же образом эти вопросы решаются статьей 5 Конституции Болгарии 1991 г., ст. 91 Конституции Польши 1997 г., ст. 7 Конституции Словакии 1992 г., ст. 134 Конституции Хорватии 1990 г., ст. 163 Конституции Эквадора 1998 г., некоторыми другими конституционными актами. При этом отдельные основные законы не только ссылаются на действующие международно-правовые акты, но и воспроизводят их положения, что еще более подчеркивает значимость тенденции к универсализации национальных правовых систем.

* * *

Таковы основные факторы формирования моделей правового государства, без учета которых соответствующие рассуждения становятся схоластическими или умозрительными, а проекты — оторванными от жизни. Второй вывод, который можно

сделать на основе проведенного анализа, — невероятная сложность построения правового государства, требующая изменения не только общественных и государственных институтов, но и сознания и стереотипов поведения человека, привития ему навыков правовой жизни.

Возможно ли это? Не знаю. Но без усилий по достижению этой цели грядущее будет «иль пусто, иль темно...»⁷⁹.

⁷⁹ Ю. М. Лермонтов. Дума.

Генри Маркович РЕЗНИК

ПРАВОВАЯ РЕФОРМА И АДВОКАТУРА

Юридические кадры в нынешней России крайне недостаточны и по количеству, и по качеству. Высоквалифицированные юристы — в остройшем дефиците... Правовое государство невозможно без правового и справедливого общества. Здесь, как ни в какой другой сфере нашей жизни, государство таково, каково общество. А российское общество, опять-таки, правовым пока назвать нельзя. И движутся они — и государство, и общество — к полноценному правовому состоянию слишком медленно.

Валерий Зорькин

Мне хочется поделиться мыслями о значении адвокатуры в России на данном этапе продолжающегося необъявления государством начала правовой реформы.

В своих тезисах о правовой реформе В. Д. Зорькин пишет:

«Правовую реформу не зря называют «детонатором» всего реформаторского процесса, включая реформирование экономики. Рыночная экономика не может быть создана без правовых гарантий стабильности собственности и предсказуемости предпринимательской активности, с одной стороны, и эффективного разумного правового регулирования экономических процессов — с другой. Правовая реформа должна рассматриваться как составная часть всего реформаторского процесса в стране, так как она имеет важное значение, с одной стороны, для стимулирования и легитимации всестороннего развития, а с другой — для поддержания равновесия в государстве и обществе. Она является инструментом проведения необходимых реформ, нахождения баланса конкурирующих

интересов, обновления и поддержания экономики и развития гражданского общества».

<...>

Я бы выделил три основные задачи и одновременно направления правовой реформы. Они, на мой взгляд, таковы: правовая трансформация российского общества; трансформация и стабилизация системы права; реализация жесткой и устойчивой системы правоприменения, гарантирующей доступ граждан к правосудию и обеспечению своих прав и свобод. Причем подчеркнем, что это именно «триединая», системная задача, которую по всем направлениям необходимо решать комплексно и одновременно. И это скорее не задача, а проблема. То есть такая задача, для которой нигде и ни у кого в мире нет готовых безошибочных рецептов решения. Причем проблема эта — крайне сложная. И не на одно десятилетие. Но я убежден, что если мы ее решить не сумеем, то большого будущего в XXI веке у России просто нет».

При принятии Закона об адвокатской деятельности и адвокатуре порой высказывались недоуменные вопросы или просто скептические суждения в связи с формулировкой, что адвокатура является институтом гражданского общества. Это во многом связано с тем, что ранее понятие «институт гражданского общества» не закреплялось законодательно, и, как нам кажется, понятие «институт гражданского общества», как и само «гражданское общество», не имеют общепринятого юридического содержания. Здесь, по нашему мнению, заложена принципиальная доктринальная неточность нашего права и по отношению к гражданскому обществу, и по отношению к адвокатуре.

Конституционно-правовое содержание понятий «адвокатура» и «гражданское общество» является очень глубоким, несмотря на то, что сами эти термины в тексте Конституции РФ не используются.

Более того, мы считаем, что именно с гражданским обществом увязано понятие «конституционного гражданства», означающего как обязательный признак понятия «гражданин» уважение и соблюдение действующей Конституции РФ.

В ст. 2 Конституции РФ говорится о том, что права и свободы человека являются высшей ценностью, а защита этих прав и свобод — обязанностью государства. Поскольку наиболее критической формой защиты прав и свобод человека является защита гражданина от необоснованного лишения свободы, а это, как указано в ст. 48 Конституции РФ, осуществляется с привлечением квалифицированной юридической помощи (т.е. помощи адвоката), на государстве лежит обязанность по обеспечению такой юридической помощи.

Адвокаты объединены в палаты адвокатов, а вместе индивидуальные адвокаты и палаты адвокатов образуют адвокатуру, которая на сегодняшний день является единственным законодательно признанным институтом гражданского общества. Как указано в Определении Конституционного Суда РФ от 21 декабря 2000 г. № 282-О «деятельность адвокатов, на которых возложена обязанность обеспечивать защиту прав и свобод человека и гражданина, имеет публично-правовое значение».

Характерно, что Конституция РФ в ст. 2 и Конституционный Суд РФ говорят об обязанности государства по защите прав и свобод человека и о такой же обязанности адвокатов. Эти две параллельно существующие обязанности свидетельствуют о независимом статусе адвокатов перед лицом государства при защите прав человека. Выполнение обязанности по защите прав и свобод граждан адвокатура получила не от государства, а по прямому действию ст. 1 «Правовое государство» и ст. 48 «Обеспечение квалифицированной юридической помощи» Конституции РФ.

В этом, например, отличие адвокатуры от нотариата, который, как указал Конституционный Суд РФ, был наделен государством отдельными управленческими и контрольными полномочиями в отношении своих членов, включая рассмотрение и постановку вопроса о лишении права заниматься нотариальной деятельностью. Это подчеркивается и Резолюцией Европейского Парламента от 18 января 1994 г., которая характеризует профессию нотариуса как публичную службу, контролируруемую государством или органом, наделенным соответствующими полномочиями от имени государства (Постановление Конститу-

ционного Суда РФ от 19 мая 1998 г. по делу «О проверке конституционности отдельных положений статей 2, 12, 17, 24 и 34 Основ законодательства РФ о нотариате»).

Адвокатура наделена обязанностью обеспечивать защиту прав граждан непосредственно Конституцией РФ путем оказания и организации квалифицированной юридической помощи, и именно поэтому законодатель назвал ее институтом гражданского общества.

Не государство, а творец Конституции РФ — «многонациональный народ Российской Федерации» (Преамбула Конституции) наделил адвокатуру неотъемлемым правом выполнить обязанность по защите высшей конституционной ценности — прав и свобод человека.

Не случайно именно адвокат противостоит в уголовном судопроизводстве государственному обвинителю. Обеспечение равенства прав адвоката и представителя государства соответствует обеспечению равенства адвокатуры и государства при защите прав человека и гражданина. Именно адвокатура оказывает бесплатно в рамках конституционного стандарта квалифицированной юридической помощи юридические услуги малоимущим и другим социально незащищенным слоям населения по широкому спектру гражданско-правовых вопросов.

Кроме того, определение адвокатуры в ст. 3 Закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» в качестве института гражданского общества подчеркивает, с одной стороны, равенство адвокатуры и государства в смысле ст. 19 Конституции РФ, а с другой стороны — независимость адвокатуры от государства и обязанность государства обеспечить независимость адвокатуры как составляющую обязанности государства по защите прав граждан, предписанную ст. 2 Конституции РФ.

Более того, в порядке осуществления ст. 1 Конституции РФ, согласно которой Россия — это правовое государство, в порядке реализации защиты права на свободное развитие человека, предписанного ст. 7 Конституции РФ, а также обеспечения идеологического многообразия и равенства общественных объединений перед законом (ст. 13 Конституции РФ), адвока-

тура является не только институтом гражданского общества, но таким институтом, на котором лежит обязанность обеспечивать защиту прав гражданского общества, быть в публично-правовой сфере его представителем и защитником перед лицом государства.⁸⁰ Разумеется, другие институты гражданского общества могут осуществлять защиту прав и свобод человека, но только на адвокатуру возложена такая обязанность, подкрепляемая возможностью осуществления требований ст. 48 Конституции РФ о предоставлении квалифицированной профессиональной юридической помощи. Если прокуратура — адвокат государства, то адвокатура — адвокат гражданского общества.

Все вышеуказанные нормы Конституции РФ относятся к основам конституционного строя и включают в себя как само собой разумеющееся защиту гражданского общества как составляющую защиты прав и свобод человека и гражданина и, соответственно, обязанность адвокатуры — независимого от государства института гражданского общества — осуществлять защиту гражданского общества, прав и свобод человека.

Многочисленные примеры нарушения гарантий независимости адвокатов, а также непосредственно связанного с этим права обвиняемого на защиту являются признаками явного пренебрежения к основному положению процессуального права — принципу состязательности сторон, обеспечивающему справедливость выносимого судебного решения.

Под состязательностью и равенством подразумевается состязательность и равенство гражданина и государства, а также, разумеется, представителя гражданина, каковым является адвокат. Такое же конституционно-правовое содержание вкладывается и во взаимоотношения гражданского общества и государства (состязательность и равенство). Адвокатура — единственный законодательно признанный институт гражданского

⁸⁰ *Петр Баренбойм, Генри Резник. Адвокатура как катализатор правовой реформы // Петр Баренбойм, Генри Резник, Виктор Мозолин. Правовая реформа XXI века и адвокатура. — М.: «Юстицинформ», 2007.*

общества, на который распространяется как принцип равенства, так и независимости от государства.

Доктрина независимости адвокатуры отражена в тексте Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», который гласит, что адвокатура является профессиональным сообществом адвокатов и как институт гражданского общества не входит в систему органов государственной власти и органов местного самоуправления. Более того, в целях обеспечения доступности для населения юридической помощи и содействия адвокатской деятельности органы государственной власти обеспечивают гарантии независимости адвокатуры и должны осуществлять финансирование деятельности адвокатов, оказывающих юридическую помощь гражданам Российской Федерации бесплатно в случаях, предусмотренных законодательством.

Эти положения соответствуют мировым стандартам и социальному назначению адвокатуры в правовом государстве.

Правовые гарантии независимости адвоката и адвокатуры позволяют активно защищать права человека и основные свободы, гарантированные Международным пактом о гражданских и политических правах, Европейской Конвенцией о защите прав человека и основных свобод, документами ОБСЕ, ООН и Европейской хартией социальных прав о необходимости соблюдения государствами надлежащей процедуры судопроизводства.

Таким образом, адвокатура — институт гражданского общества, однако его становление и развитие, особенно на начальных этапах, невозможно без поддержки государства. Государство должно взять на себя ответственность за создание нормальных условий функционирования адвокатуры. Среди этих условий главное — обеспечение цивилизованного, отвечающего стандартам Совета Европы и мировому опыту отношения государственной власти к институту адвокатуры.

Обязанность Российской Федерации обеспечить независимость адвокатов, защищающих права и свободы граждан, закреплена положениями Документа Московского совещания Конференции по человеческому измерению СБСЕ (Москва,

1991 г.) и Основными принципами, касающимися роли юристов, принятых Восьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями на основе Резолюции № 18 Седьмого Конгресса ООН об обеспечении защиты практикующих юристов от неправомерных ограничений и давлений при выполнении ими своих функций (Гавана, 27 августа — 7 сентября 1990 г.).

Основные принципы, касающиеся роли юристов, указывают на обязанность властей Российской Федерации: строго соблюдать учет в рамках национального законодательства практики соблюдения полной конфиденциальности консультаций подзащитных с адвокатами (принцип № 22); обеспечить условия, чтобы юристы могли выполнять свои профессиональные обязанности в обстановке, свободной от угроз, препятствий, запугивания и неоправданного вмешательства (принцип № 6 п. 1); не подвергать судебному преследованию и судебным административным, экономическим или другим санкциям за любые действия, совершенные в соответствии с признанными профессиональными обязанностями, нормами и этикой, а также угрозой подобного преследования; обеспечить юристам гражданский и уголовный иммунитет в ходе выполнения ими своих профессиональных обязанностей (принцип № 20).

Встречается искаженная интерпретация позиций Европейского Суда по правам человека, которую выдвигают представители российских правоохранительных органов, о якобы ограничительном толковании Европейским судом доктрины прав человека в сфере борьбы с преступностью.

Разумеется, если такие позиции публикуются в открытых изданиях, то все внутренние методические установки от них не отличаются. Соответственно ориентируются сотрудники Минюста России по соотношению прав государства и адвокатуры.

Адвокатская палата города Москвы, осуществляя свою публично-правовую функцию в качестве института гражданского общества, как и вся адвокатура России, занимает принципиально иную позицию как по отношению к правовым позициям Европейского суда по правам человека, так и к нормам международного законодательства по правам человека, обяза-

тельного к применению на территории Российской Федерации. Поскольку адвокатура является единственным законодательно закрепленным институтом гражданского общества, то, по сути, стоит вопрос о взаимоотношениях государства и гражданского общества, в частности, о праве юридически организационно оформленных институтов гражданского общества самостоятельно решать вопрос о дисциплинарных мерах воздействия или исключении членов таких институтов.

Возникшая правовая ситуация может быть расценена как совместное наступление государственных органов — Минюста России и Генеральной прокуратуры РФ — на конституционные права и свободы человека, инструментом защиты которых являются адвокаты и адвокатские объединения — в данном случае Адвокатская палата г. Москвы, являющаяся институтом гражданского общества и представителем гражданского общества в широком смысле этого слова.

Минюст России произвольно толкует положения ст. 17 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» и для обоснования своей неправовой позиции опирается на документы, инициируемые Генеральной прокуратурой РФ.

Документы адвокатского досье изымаются в изоляторе сотрудниками Минюста России, которые исполняют не возложенную на них функцию помощников следствия, например, Генеральной прокуратуры РФ, а Генеральная Прокуратура РФ, в свою очередь, дает оценку профессиональной деятельности адвоката, которая представляется Минюстом России для обоснования своей позиции о лишении адвокатского статуса. Тем самым государство в лице вышеуказанных органов власти начинает ограничивать независимость адвокатуры.

Право адвоката на рассмотрение дела установленными законом органами адвокатских объединений, так же как и право самих этих объединений независимо от государства рассмотреть и решить вопрос о дисциплинарной ответственности адвоката, — оба этих права являются важной составляющей права на получение гражданами квалифицированной и независимой от государства юридической помощи.

Это право в силу Конституции РФ ни при каких условиях не подлежит произвольному ограничению, в том числе путем вмешательства государства в право адвокатского объединения свободно в соответствии с законом рассматривать вопросы дисциплинарной ответственности и степени этой ответственности.

Характерно следующее высказывание Валерия Дмитриевича Зорькина не случайно: «В отличие от судебной реформы, правовая реформа еще никогда не провозглашалась в российской истории. Наше время — вполне подходящий момент для ее начала».

Попытки внести правовую реформу в правительственную программу 1992 г. не были восприняты, хотя один из идеологов тогдашних реформаторов, а позже Председатель комитета по финансовым рынкам и денежному обращению Совета Федерации РФ С. А. Васильев пишет, что «П. Д. Баренбойм предлагал скорее идею правовой реформы, нежели ее развернутую программу. Как бы там ни было, в то время все удовлетворилось принятой 23 октября 1991 г. Концепцией судебной реформы, а принципиальные вопросы правового обеспечения экономики, юридического образования, правосознания населения, правовые стандарты и т.д. оставили на более позднее время, которое пока так и не наступило»⁸¹. Представляется, что сенатор вполне правильно оценил ситуацию с правовыми стандартами, к которым непосредственно относится такой правовой стандарт и одновременно термин Конституции РФ как «квалифицированная юридическая помощь».

В вышеприведенной статье С. А. Васильев назвал «Тезисы о правовой реформе» В. Д. Зорькина «наиболее заметной публикацией последних лет». То же самое я мог бы повторить по поводу одной из самых заметных книг Валерия Зорькина «Россия и Конституция в XXI веке. Взгляд с Ильинки»⁸², в первую очередь потому, что в ней печатаются упомянутые тезисы, опублико-

⁸¹ Законодательство и Экономика. — 2004, № 6.

⁸² В. Д. Зорькин. Россия и Конституция в XXI веке. Взгляд с Ильинки. — М.: «Норма». — 2007.

ванные впервые в 2004 г., и развивается концепция правовой реформы.

В. Д. Зорькин пишет: «Если говорить кратко и образно, для меня правовая реформа — это создание системных предпосылок для того, чтобы наша Россия, наконец, “взяла правовой барьер”. То есть полностью состоялась как правовое и одновременно социально справедливое государство <...> Скажу больше: на мой взгляд, если не форсировать в стране правовую реформу, то и все остальные реформы, прежде всего создание правовой, конституционной экономики, с очень большой вероятностью начнут буксовать. И очень скоро. Развитие реформ в России за прошедшие 10 лет после принятия Конституции РФ 1993 г. говорит о том, что мы сможем преодолеть отставание от ведущих стран мира только используя право как серьезный ресурс развития России, встраиваясь в общемировые стандарты правового поведения. <...> По сути дела, в истории России государство никогда не выдвигало концепции или программы правовой реформы. Всё, что делалось в разные исторические периоды, сводилось в основном к судебной реформе, которая хотя и является сердцевинной правовой реформы, но не охватывает всех ее сторон, связанных с регулированием социальной, политической и экономической жизни»⁸³.

Применительно и к правовой, и к судебной реформе конкретность и четкая общепринятая определенность правового стандарта «квалифицированная юридическая помощь», предписанного Конституцией РФ, имеет исключительно важное значение.

Квалифицированной в соответствии с общепринятой мировой практикой может считаться помощь, оказываемая специалистами по праву — как минимум, лицами, имеющими юридическое образование, при обязательном соблюдении профессиональных стандартов и этических норм, поддерживаемых профессиональным контролем. Вне этих стандартов и норм юридическая помощь квалифицированной признана быть не может. Казалось бы, нелепо полагать, что Конституция РФ, га-

⁸³ См. стр. 10 сл. настоящего издания.

рантируя право каждого на получение квалифицированной юридической помощи, допускает оказание помощи неквалифицированной — конституционно не гарантированной, но тем не менее имеющей право на существование, оказываемой без соответствия каким-либо критериям. Но если взглянуть на правовое поле современной России, такая нелепость в голову невольно приходит, ибо юридическая помощь у нас может оказываться буквально кем угодно. В литературе существуют даже попытки теоретического обоснования такого положения путем разграничения понятий «юридическая помощь» и «юридическая услуга». Согласно одному подходу, предполагается первое применять к уголовным делам, второе — к делам гражданским. Но такое противопоставление очевидно неконституционно. Ст. 48 Конституции РФ говорит о праве на получение юридической помощи, а не о праве на уголовную защиту, причем эта помощь в предусмотренных законом случаях оказывается бесплатно не только по уголовным, но и по гражданским и трудовым делам.

Более содержательно попытались обосновать разведение понятий «помощь» и «услуги» авторы монографии «Теория адвокатуры»⁸⁴. С их точки зрения,

«Услуга есть доставление блага, совершаемое по свободной договоренности между просящим этого блага и вызвавшимся дать его.

Помощь есть доставление блага, совершаемое по необходимости, поскольку его недоставление причинит существенный вред нуждающемуся в нем.

<...> Различие между услугой и помощью, таким образом, состоит не в характере блага, а в основании его доставления. Просящий может лишиться того, что имел ранее, или стремиться к приобретению того, чего у него еще никогда не было, или желать не приобретения, а избавления от какого-либо зла, но если при этом отсутствие такого блага не приносит ему существенный вред, речь идет о свободной договоренности (в

⁸⁴ А. В. Воробьев, А. В. Поляков, Ю. В. Тихонравов. Теория адвокатуры. — М.: «Грантъ», 2002.

любой форме), на которую просящий идет с самим избранным доставителем услуги. Напротив, если необладание каким-либо благом причиняет лицу существенный вред, такое лицо часто бывает не в состоянии даже избрать подателя необходимого блага, и тогда помощь оказывается первым, кто может ее произвести, в ряде случаев даже помимо воли нуждающегося.

<...>

Учитывая всё это, нелепо предъявлять к услуге требования, как если бы это была помощь, либо предъявлять к помощи требования, как если бы это была услуга» (с. 68—69).

Однако эта не лишённая изящества конструкция не выдерживает проверки прозой жизни. В сущности, это признают сами авторы, приходя к выводу, что «главным критерием различия услуги или помощи является оценка существенности ущерба от необладания данным благом», который чаще всего «оценивается только субъективно» (с. 68).

Законодательно между понятиями «юридическая помощь» и «юридическая услуга» нигде никаких различий не проводится. Ст. 19 Конституции РФ, гарантируя равенство граждан, одновременно гарантирует, по сути, в том числе и равенство граждан, которым оказывают юридические услуги коммерческие организации, с гражданами, которым оказывают точно такую юридическую помощь (услуги) адвокаты.

Ни одна цивилизованная страна мира не позволяет, чтобы юридические услуги оказывались любыми лицами за пределами каких бы то ни было профессиональных стандартов. Конституция, гарантируя право каждого на получение квалифицированной юридической помощи, тем самым не позволяет каждому ее оказывать. Оказание юридических услуг любыми лицами, вне каких бы то ни было профессиональных стандартов, нарушает конституционные нормы о правовом государстве, равенстве граждан и квалифицированной юридической помощи.

В настоящее время юридическая помощь неопределённому кругу граждан и организаций оказывается двумя большими группами: адвокатами и предпринимателями. В отношении них государственное регулирование имеет неоправданные

различия в подходе. Чтобы стать адвокатом, юрист должен соответствовать высоким профессиональным и нравственным требованиям, выдержать сложный квалификационный экзамен. При осуществлении своей профессиональной деятельности он обязан: соблюдать этические правила, за нарушение которых привлекается к дисциплинарной ответственности вплоть до прекращения статуса; соблюдать адвокатскую тайну; не допускать конфликта интересов; не принимать заведомо незаконное поручение; постоянно совершенствовать свои знания и повышать свою квалификацию; оказывать юридическую помощь гражданам РФ бесплатно, объем которой по уголовным делам составляет в разных регионах 60—90%; страховать свою профессиональную деятельность.

Оказание юридической помощи предпринимателями вообще не регулируется, никаких условий для их выхода на рынок правовых услуг в российском законодательстве не сформулировано, более того, оказывающий юридическую помощь предприниматель может даже не быть юристом, иметь судимость и ограниченную дееспособность, что способствует расширению коррупционного поля внутри отечественной правовой системы.

Сложившаяся в России ситуация имеет как долгосрочные, так и совсем недавние причины. В любом случае в настоящее время эти причины себя изжили, и пришло время привести практику предоставления юридических услуг (помощи) в соответствие с конституционным требованием о квалифицированности.

Квалифицированная юридическая помощь — публичная функция, получение которой, в том числе и бесплатно, является конституционно гарантированным правом каждого, кто в ней нуждается, — не может быть по самой природе предпринимательской деятельностью, направленной на извлечение прибыли. В соответствии с международными стандартами она должна осуществляться представителями независимой юридической профессии, а необходимым условием обеспечения ее качества служит контроль самоуправляемой адвокатской ассоциации.

Профессиональные и этические обременения адвокатской деятельности не компенсируются сколько-нибудь суще-

ственными привилегиями и налоговыми льготами. Напротив, адвокаты и их образования поставлены в неравные условия с конкурентами, поскольку не вправе, в отличие от бизнес-организаций и индивидуальных предпринимателей, применять упрощенную систему налогообложения. Молодым юристам-цивилистам, специализирующимся на оказании услуг предпринимательству, в гражданских и арбитражных делах, ныне не выгодно ни профессионально, ни экономически идти в адвокатуру, что может привести к деградации имеющего многовековые традиции профессионального сообщества.

К вопросу о конституционном содержании понятия «квалифицированная юридическая помощь». Стоит задуматься над тем, чтобы ликвидировать некоторые ограничения в Федеральном законе «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», препятствующие адвокатам эффективно оказывать юридическую помощь бизнесу и снижающие возможности отечественной адвокатуры в конкуренции с западными адвокатскими компаниями. Не следует отвергать с порога предложения расширить перечень организационно-правовых форм работы адвокатов, отнеся к их числу адвокатскую фирму, где, помимо партнеров, предусмотреть фигуру адвоката-ассоциатора, который работает по договору трудового найма.

Особую актуальность вопросы оказания юридической помощи приобретают в связи с предстоящим вступлением России в ВТО.

Федеральный закон «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (ст. 9) предусматривает, что адвокаты иностранных государств, осуществляющие адвокатскую деятельность на территории Российской Федерации, подлежат регистрации в специальном реестре, в противном случае их деятельность на территории Российской Федерации запрещается. За четыре года действия Закона такой реестр практически не заполнен — за регистрацией в уполномоченный государственный орган обратилось всего лишь несколько иностранных адвокатов. Между тем на территории России открыто работают крупнейшие американские, британские и французские адвокатские фирмы, практикующие в нарушение Федерального за-

кона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» не только по вопросам права своих стран, но и российского права, не регистрируясь в предусмотренном для них специальном реестре, поскольку учреждены в качестве обычных коммерческих организаций. Законодательный запрет оказывать юридическую помощь на предпринимательской основе пресечет эти укоренившиеся на практике правонарушения и защитит отечественный рынок юридических услуг от ничем не сдерживаемой экспансии иностранных юристов.

Вопрос о конкретизации правового стандарта и конституционного понятия «квалифицированная юридическая помощь» должен быть рассмотрен законодателями и, возможно, Конституционным Судом Российской Федерации, что явилось бы важным вкладом в осуществление правовой реформы в России.

Заявляю решительно: ни в каком реформировании, если под ним понимать коренное преобразование, российская адвокатура не нуждается. Реформа адвокатуры состоялась десятилетие назад с принятием Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» и Кодекса профессиональной этики адвоката (далее, Закон и Кодекс). Они полностью соответствуют современным мировым стандартам и высоко оценены международным адвокатским сообществом.

Закон закрепил основной принцип адвокатуры — её независимость от государства, а также принципы корпоративности и самоуправления. Десять лет жизни Закона показали, что отечественная адвокатура успешно выполняет конституционную функцию оказания квалифицированной юридической помощи, принимает в свои ряды профессионально подготовленных юристов, а Кодекс, установив обязательные для каждого адвоката правила поведения при осуществлении адвокатской деятельности и введя процедурные основы дисциплинарного производства, позволяет корпорации избавляться от тех её членов, которые позорят честь и достоинство профессии.

В процессе правоприменения, конечно, выявилась необходимость подкорректировать отдельные нормы. Например,

Закон не предусмотрел срока, в течение которого отлученный от профессии за дисциплинарный проступок адвокат не вправе восстановить свой статус. Или, неразумно ограничивать в Законе полномочие территориального органа юстиции вносить в адвокатскую палату представление именно о прекращении статуса адвоката — следует наделить его правом ставить вопрос о возбуждении дисциплинарного производства без привязки к мере дисциплинарного воздействия. Нуждаются, на мой взгляд, в уточнении ещё некоторые формулировки. Но такое локальное усовершенствование никак не тянет на реформу.

Внимание Министерства юстиции должна привлечь не адвокатура, чьё состояние вполне пристойное, а ситуация за её пределами — полнейшее неурегулирование оказания юридической помощи в стране. Пожалуй, ни в какой другой сфере Конституция РФ не преломилась столь курьёзно. Ст. 48 Конституции гарантирует каждому право на получение квалифицированной юридической помощи. В действительности действует прямо противоположный принцип: **каждый** может оказывать квалифицированную юридическую помощь. С тех пор, как в 1998 г. отменено лицензирование юридической помощи (правовых услуг), её вправе оказывать буквально всякий, зарегистрировавшийся индивидуальным предпринимателем или создавший коммерческую организацию — психически неполноценный, страдающий алкоголизмом либо наркозависимый, неоднократно судимый — в общем, кто угодно.

У оказания юридической помощи неопределённому кругу лиц за пределами адвокатуры своя история. Началась она во второй половине 80 х гг. прошлого века. Нарождающийся в стране частный бизнес предъявил запрос на правовое обслуживание. Традиционная адвокатура, сплошь судебная, откликнуться на него не смогла. И тогда на помощь предпринимательству пришли юристы-хозяйственники, бывшие юрисконсульты госпредприятий — других, почитай, 60 лет, со времени ликвидации НЭПа, и не было. Они объединились в правовые кооперативы, а затем стали создавать разные ООО и АО.

В 1990 е гг., когда нарабатывалась законодательная база новой России, параллельное существование адвокатуры и

юристов-коммерсантов было не только объяснимо, но в какой-то степени оправданно. Однако с принятием адвокатского Закона оно становилось всё более нетерпимым, и последние годы его неконституционность стала очевидной.

Существует три канона, обеспечивающие качество деятельности свободного знатока права, оказывающего юридическую помощь неопределенному кругу лиц.

Первое. Допуск к профессии. Минимальное требование: наличие высшего юридического образования и сдача конкурсного экзамена.

Второе. Нарботанные профессиональные стандарты и этические нормы.

Третье. Контроль самоуправляемой ассоциации.

Всё это есть в адвокатуре. Ничего этого нет у аморфной массы коммерческих... не могу назвать их даже юристами, ибо им вовсе не обязательно иметь высшее юридическое, впрочем, и вообще любое образование.

Спрашивается, что делать для выправления такой, не побоюсь этого слова, позорной для правового государства ситуации?

Несколько лет назад рабочая группа под руководством первого заместителя председателя Совета Федерации А. П. Торшина разработала законопроект о квалифицированной юридической помощи. В нем предлагалось объединить всех самозанятых юристов на платформе адвокатуры. В течение полугода со дня принятия закона все юристы-предприниматели могли стать адвокатами без вступительных экзаменов. Чтобы войти в адвокатское сообщество требовалось всего ничего: а) наличие высшего юридического образования; б) двухгодичное правовое предпринимательство; в) дееспособность; г) отсутствие неснятой и непогашенной судимости за умышленное преступление.

Законопроект поддержан не был. Ни Министерством юстиции, ни предпринимателями-поставщиками правовых услуг. Раздались голоса «против» и в адвокатской среде. В Министерстве, насколько знаю, сочли его, с одной стороны, сырым, с другой — слишком радикальным. Ряд руководителей адвокат-

ских палат высказали опасения, что пришельцы размоют традиции адвокатуры и снизят стандарты адвокатских услуг. Но более всего примечательно нежелание занять адвокатский статус самих юристов-предпринимателей. Конечно, мотивация здесь, как чаще всего бывает в серьезных вещах, множественная. Разумеется, не хочется нести профессиональное обременение в виде оказания бесплатной юридической помощи. Не радует и угроза лишиться адвокатского статуса при нарушении Кодекса этики или решений органов адвокатского самоуправления. Но главная причина одновременно и проще, и весомей. Она экономическая: идти в адвокаты юристам-предпринимателям нынче невыгодно.

Жизнь опять разошлась с Конституцией. В 1997 году государство впало в фискальную паранюю, подняв страховые взносы в государственные социальные внебюджетные фонды с самозанятых работников почти в 6 раз, с 5% до 28%. Адвокаты пошли тогда в Конституционный Суд вместе с индивидуальными предпринимателями и встретили там понимание. Окоротив государство в его посягательстве на частную собственность, КС в двух своих постановлениях от 24 февраля 1998 г. и 23 декабря 1999 г. указал, что деятельность адвокатов имеет публично-правовой характер, составляя конституционную гарантию права каждого на получение квалифицированной юридической помощи, не является предпринимательством и не преследует цели извлечения прибыли. Выполнение публично-правовых задач позволило КС не просто отграничить адвокатов от других категорий самозанятых граждан — индивидуальных предпринимателей и глав крестьянских (фермерских) хозяйств, но и обратить внимание законодателя на недопустимость регулирования уплаты страховых взносов, уравнивающего адвоката с лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность. Поначалу законодатель прислушался к КС и в 2001 г. установил в налоговом кодексе для адвокатов более льготные ставки единого социального налога по сравнению с другими категориями самозанятых работников. Не уплачивают адвокаты в отличие от индивидуальных предпринимателей и коммерческих организаций и налог на добавленную стоимость. Но в 2002 г. в Налоговый

кодекс была введена упрощенная система налогообложения, на которую вправе переходить как индивидуальные предприниматели, так и коммерческие организации с нынешним годовым доходом до 60 млн. рублей, но не могут применять адвокаты. «Упрощёнка» в 6% снижает налоговое бремя предпринимателей до уровня вдвое меньшего, чем подоходный налог (13%), уплачиваемый адвокатами. А учитывая, что 60 млн. руб. — весьма приличный годовой доход для средней юридической фирмы, особенно периферийной, — желания идти в адвокаты не только у юристов-индивидуалов, но и владельцев юридических ООО, не наблюдается.

К сказанному следует еще добавить, что хозяева юрфирм — а это, как правило, умелые организаторы и неплохие специалисты по корпоративному, финансовому, налоговому праву — боятся — правда, замечу, неосновательно — утратить в адвокатуре владение своим бизнесом.

Поэтому сейчас складывается такая картина. Адвокатское сообщество избавляется от адвокатов, позорящих честь корпорации своим низким профессионализмом, недобросовестностью, обманом клиентов — ежегодно по России за нарушение норм Закона и Кодекса статуса лишается 300—400 адвокатов. А изгнанные из адвокатуры нарушители преспокойно становятся предпринимателями и не особенно тужат о своем недавнем прошлом.

Как при такой ситуации Министерство юстиции РФ предполагает увеличить доступность профессиональной юридической помощи, оказываемой адвокатами, для меня остается загадкой.

Впрочем, возможен и такой взгляд на проблему. Мне пришлось с ним столкнуться. Конституция гарантирует право на получение **квалифицированной** юридической помощи. Но ведь помощь может быть не обязательно квалифицированной, а просто помощью. Ведь такую помощь Конституция прямо не запрещает. Усмехнемся. Саркастически.

Александр Яковлевич АСНИС
Лев Олегович ИВАНОВ

КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВА НА ЗАЩИТУ ПРИ РЕШЕНИИ СЛЕДСТВЕННЫМИ ОРГАНАМИ ВОПРОСА О ПРОДЛЕНИИ СРОКА СЛЕДСТВИЯ

Уголовный процесс нужно рассматривать как систему, где сроки следствия определяют и общие сроки судопроизводства⁸⁵. Необоснованное затягивание или преждевременное окончание предварительного следствия часто бывают предметом спора следствия и защиты. В случае затягивания следствия интересы граждан, привлекаемых к уголовной ответственности, нарушаются со всей очевидностью. Неоправданно быстрое завершение следствия с направлением дела в суд может также нарушить право на защиту. Обвиняемый и его адвокат должны знать мотивы и обстоятельства, по которым срок следствия продлевается, на практике же нередко происходит лишь частичное ознакомление обвиняемого и его адвоката с постановлением о продлении срока следствия, что очевидно не соответствует Конституции Российской Федерации. Особенно наглядно это проявляется в случаях, когда следствие длится достаточно долго, и стороне защиты не предоставляются для ознакомления постановления о продлении срока следствия, вынесенные 3 месяца, полгода и более года назад.

Так, по одному из дел, защитником по которому являлся А. Я. Аснис, следствием было отказано в полном ознакомлении с

⁸⁵ Л. Н. Масленникова. Факторы, определяющие развитие уголовного судопроизводства в России // Уголовная юстиция: связь времен. Избранные материалы международной научной конференции / Сост. А. В. Смирнов, К. Б. Калиновский. — М.: ЗАО «Акцион-Медиа», 2012. — С. 78.

постановлением о продлении следствия и получении его копии. В предоставленном для ознакомления постановлении были сделаны изъятия, в которых должны были содержаться перечень проведенных и перечень планируемых мероприятий. По мнению следствия, эти части постановления содержали в себе следственную тайну, которая не могла быть разглашена адвокату. Обжалование указанного отказа вплоть до уровня руководства Следственного комитета при Прокуратуре РФ никакого положительного результата не дало.

Указанные вопросы важны в первую очередь с точки зрения рассмотрения дел об экономических преступлениях, следствие по которым, как правило, занимает длительное время.

Адвокатура в соответствии с законом признается институтом гражданского общества (ст. 3 Федерального закона от 31.05.2002 № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»). Как представителям такого института адвокатам следует не только защищать права граждан и организаций в связи с рассмотрением конкретных дел, но и в целом формировать условия для соблюдения их прав, в первую очередь конституционных⁸⁶.

Конституционные права граждан на судебную защиту, в том числе в рамках уголовного судопроизводства, на квалифицированную юридическую помощь, принципы презумпции невиновности и возможности ограничения прав и свобод человека только федеральным законом и только в целях защиты определенного круга публичных интересов являются фундаментальными правовыми ценностями, закрепленными в Конституции РФ. При этом в соответствии со ст. 45 и 46 (ч. 1 и 2) Конституции РФ в Российской Федерации гарантируется государственная, в том числе судебная, защита прав и свобод человека и гражданина; каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом; решения и действия

⁸⁶ *Петр Баренбойм, Генри Резник, Виктор Мозолин. Правовая реформа XXI века и адвокатура. — М.: «Юстицинформ», 2007. — С. 10–11.*

(или бездействие) органов государственной власти, органов местного самоуправления и должностных лиц могут быть обжалованы в суд.

Признавая необходимость повышенного уровня защиты прав и свобод граждан в правоотношениях, связанных с публичной ответственностью, в частности, уголовной и административной, Конституционный Суд РФ неоднократно указывал, что законодательные механизмы, действующие в этой сфере, должны соответствовать вытекающим из статей 17, 19, 46 и 55 Конституции РФ и общих принципов права критериям справедливости, соразмерности и правовой безопасности, с тем, чтобы гарантировать эффективную защиту прав и свобод человека как высшей ценности, в том числе посредством справедливого правосудия (постановления от 12 мая 1998 года № 14-П, от 11 мая 2005 года № 5-П и от 27 мая 2008 года № 8-П).

Вместе с тем, практика применения уголовно-процессуального закона нередко свидетельствует об отсутствии справедливых и соразмерных условий обжалования в судебном порядке процессуальных решений следствия. В частности, это прямо относится к обжалованию решений о продлении срока следствия по уголовному делу.

В соответствии со ст. 162 Уголовно-процессуального кодекса РФ, предварительное следствие по уголовному делу должно быть закончено в срок, не превышающий 2 месяцев со дня возбуждения уголовного дела. При этом срок предварительного следствия в соответствии с этой же статьей при определенных условиях может продлеваться. Важно отметить, что конституционно-правовой принцип недопущения произвольного ограничения прав и свобод граждан в ситуации продления сроков предварительного следствия означает недопустимость немотивированности такого продления.

В соответствии со ст. 53 Уголовно-процессуального кодекса РФ защитник, в том числе в ходе предварительного расследования, вправе знакомиться с протоколом задержания, постановлением о применении меры пресечения, протоколами следственных действий, произведенных с участием подозреваемого, обвиняемого, иными документами, которые предъ-

являлись либо должны были предъявляться подозреваемому, обвиняемому.

Данное право стороны защиты с конституционно-правовой точки зрения направлено, в первую очередь, на защиту конституционного права обвиняемого на квалифицированную юридическую помощь и защиту иных конституционных прав. Посредством ознакомления с материалами следствия защитник получает информацию о том, имеются ли основания для обжалования следственных решений и отвечает ли такое обжалование интересам обвиняемого.

В соответствии со ст. 125 Уголовно-процессуального кодекса РФ, постановления дознавателя, следователя, руководителя следственного органа об отказе в возбуждении уголовного дела, о прекращении уголовного дела, а равно иные решения и действия (бездействие) дознавателя, следователя, руководителя следственного органа и прокурора, которые способны причинить ущерб конституционным правам и свободам участников уголовного судопроизводства либо затруднить доступ граждан к правосудию, могут быть обжалованы в районный суд по месту производства предварительного расследования.

Применительно к рассматриваемой проблеме необходимо признать право стороны защиты на обжалование в суд и решений следователя о продлении сроков следствия. Сам по себе статус обвиняемого по уголовному делу является фактором негативного уголовно-процессуального воздействия в отношении него. Термин «негативное уголовно-процессуальное воздействие» был предложен Конституционным Судом РФ (см., напр., Определение от 02.11.2011 № 1463-О-О). Как следует из правовых позиций, сформулированных Конституционным Судом, государство должно предпринимать все необходимые меры для того, чтобы такое «негативное уголовно-процессуальное воздействие», являющееся ограничением конституционного права гражданина, могло быть применимо только с соблюдением необходимых условий обоснованности воздействия с точки зрения защиты публичного интереса.

Уже с первого момента осуществления уголовно-правового воздействия на обвиняемого обнаруживается его негатив-

ный характер, что ведет в случае отсутствия достаточных для привлечения к ответственности правовых оснований к нарушению его конституционных прав, которое не может быть в полной мере устранено в процессе последующего уголовного судопроизводства и рассмотрения дела судом по существу. Указанные нарушения могут выражаться, в частности, в моральных страданиях лица, связанных с ведением в отношении него предварительного следствия, в репутационных издержках данного лица, в его невозможности покидать территорию Российской Федерации и других ограничениях.

Нередко в российской практике, особенно по «предпринимательским» уголовным делам, задачей возбуждения уголовного дела является не выявление преступления и наказание виновного, а оказание на конкретное физическое лицо давления в целях устранения его из бизнеса, лишения возможности эффективного ведения бизнеса и т.п.

При этом в рассматриваемом случае негативное уголовно-процессуальное воздействие на обвиняемого является длящимся, поскольку осуществляется в течение всего периода следствия, нередко усиливаясь по мере увеличения его сроков.

Важно отметить, что продление срока следствия, являясь одним из факторов негативного уголовно-правового воздействия, может осуществляться только при наличии необходимых правовых оснований. В существующей правоприменительной практике нередко случаи фактически немотивированного продления сроков следствия, когда указание на одни и те же планируемые следственные действия повторяется многократно в нескольких подряд постановлениях о продлении. При этом зачастую данные следственные действия фактически вообще не проводятся.

Нередко основанием для длительного продления сроков следствия является проведение экспертиз. В тех случаях, когда экспертизы проводятся без опубликованных сертифицированных методик, как это, например, обычно происходит по делам об «экономических» преступлениях (финансово-экономическая, финансово-аналитическая и др.), отсутствие таких методик не только уже само по себе нарушает конституционные права

граждан⁸⁷, но и приводит к затягиванию проведения экспертизы, связанному с необходимостью выбора научных концепций, на которых должно основываться заключение эксперта.

В случае затягивания сроков следствия имеются основания говорить о нарушении принципов правовой определенности и стабильности правового регулирования и правоотношений, вытекающих из международной доктрины верховенства права. Как отмечал Европейский Суд по правам человека, правила о стабильности правового регулирования и стабильности правоотношений применимы не только к окончательным судебным актам, но и к иным способам официальной фиксации юридических фактов и их правовой оценки государством. Так, в Постановлении от 09.04.2009 по делу «Эдуард Чистяков против Российской Федерации» Европейский Суд отметил недопустимость ситуации, когда бремя последствий ненадлежащего проведения властями предварительного расследования было бы полностью возложено на заявителя, и, что более важно, одно только предположение о наличии недостатков или ошибок в процедуре расследования, независимо от того, насколько малыми и незначительными они могут быть, создавало бы для стороны обвинения неограниченную возможность для злоупотребления процедурой путем требования о возобновлении производства. «Европейский Суд полагает, что обвиняемый должен извлекать выгоду из ошибок национальных органов. Другими словами, ответственность за любую ошибку, допущенную органами преследования или судом, должно нести государство, и ошибки не должны устраняться за счет заинтересованного лица», — указывается в Постановлении (Бюллетень ЕСПЧ, 2010, № 1). Основываясь на этой позиции, необходимо отметить, что несовершенство следствием вовремя запланированных следственных действий по причинам, зависящим от следствия, не должно являться основанием для продления сроков производства.

⁸⁷ См.: Научное обеспечение доказательств по уголовным делам об экономических преступлениях как гарантия защиты бизнеса в России (Обобщение правоприменительной практики) / Отв. ред. *Ш. Н. Хазиева*. — М. 2012.

Исходя из принципа презумпции невиновности, подразумевающего признание невиновности гражданина до доказательства обратного в судебном порядке и вынесения соответствующего приговора суда, следует признать недопустимость произвольного продления сроков следствия. Как отмечал Конституционный Суд РФ применительно к схожей по существу проблеме возобновления уголовных дел, при решении вопросов, связанных с возобновлением прекращенных уголовных дел, надлежит исходить из необходимости обеспечения и защиты как интересов правосудия, прав и свобод потерпевших от преступлений, так и прав и законных интересов лиц, привлекаемых к уголовной ответственности и считающихся невиновными до тех пор, пока их виновность не будет доказана в предусмотренном законом порядке и установлена вступившим в законную силу приговором суда (ст. 49, ч. 1 Конституции РФ). В связи с этим недопустимо произвольное возобновление прекращенного дела, создающее для лица, в отношении которого дело было прекращено, постоянную угрозу уголовного преследования, и тем самым — ограничение его прав и свобод (Определение от 25.03.2004 № 157-О).

В Определении от 11.07.2006 № 352-О Конституционным Судом РФ сформулирована также важная правовая позиция, согласно которой норма ч. 6 ст. 162 УПК РФ не может рассматриваться как позволяющая прокурору неоднократно, тем более по одному и тому же основанию, продлевать срок предварительного следствия, если в результате общая его продолжительность будет более чем на один месяц превышать срок, установление которого в соответствии с ч. 4 и 5 данной статьи относится к компетенции этого прокурора. Такое продление должно расцениваться как произвольное и нарушающее права, гарантированные ст. 46 Конституции РФ и п. 1 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

Данные правовые позиции применимы к случаям продления срока следствия по уголовному делу, где существует значительный риск создания постоянной угрозы уголовного преследования гражданина. Поэтому для принятия решения о продлении сроков следствия следственные органы должны об-

ладать достаточным обоснованием, позволяющим не нарушить грани разумного обеспечения публичных интересов уголовно-правовой защиты общества от преступлений.

С этой точки зрения негативное уголовно-процессуальное воздействие на гражданина подлежит судебному контролю в порядке ст. 125 Уголовно-процессуального кодекса РФ как могущее причинить ущерб его конституционным правам и свободам.

Данные выводы подтверждаются, в частности, Постановлением Конституционного Суда РФ от 23.03.1999 № 5-П. В указанном Постановлении Конституционный Суд отметил, что такое процессуальное действие, как продление срока следствия, отдаляет перспективу судебного разрешения дела, приводит к сохранению неопределенности в правовом статусе участников процесса, продлевает применение в отношении граждан ограничительных мер, включая меры пресечения и отстранение от занимаемой должности. Кроме того, незаконное и необоснованное продление сроков предварительного расследования могут стать причиной утраты доказательств по делу и тем самым привести к невозможности восстановления нарушенных прав и законных интересов участников процесса, к нарушению гарантируемого ст. 52 Конституции Российской Федерации права потерпевших от преступлений и злоупотреблений властью на доступ к правосудию и компенсацию причиненного вреда.

В названном Постановлении Конституционный Суд также указал, что применение нормы о продлении срока следствия в соответствии с ее конституционным смыслом обеспечивается вытекающей из ст. 15 (ч. 1 и 4) Конституции Российской Федерации обязанностью органов, осуществляющих предварительное расследование, и судов следовать конституционным предписаниям, гарантирующим гражданам доступ к правосудию и судебную защиту (ст. 52 и 46), учитывая также положения международно-правовых актов, закрепляющих право каждого на рассмотрение его дела судом в разумные сроки и без неоправданной задержки (п. 1 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод; п/п. «с» п. 3 ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах).

С учетом приведенных конституционно-правовых позиций сторона защиты должна иметь достаточные возможности по обжалованию решений следственных органов о продлении сроков предварительного следствия по уголовным делам.

В состав указанных возможностей входит право стороны защиты на изучение мотивов и оснований, в связи с которыми срок следствия был продлен. Данное право требует наличие фактической возможности по ознакомлению защитника с постановлением следователя, в котором содержится ходатайство о продлении срока следствия.

Эта правовая позиция также находит подтверждение в решениях Конституционного Суда РФ. Так, в Определении от 04.11.2004 № 430-О Конституционный Суд применительно к постановлениям о продлении срока следствия указал, что для обеспечения возможности судебного обжалования постановлений следователя потерпевшему — в силу прямого действия ст. 24 (ч. 2) Конституции Российской Федерации — должен быть предоставлен доступ к соответствующей информации, а форма и порядок его ознакомления с необходимыми материалами избираются следователем, прокурором и судом в пределах, исключающих опасность разглашения следственной тайны.

В Определении от 18.12.2003 № 429-О и других решениях Конституционный Суд отметил, что неперменной составляющей права на судебную защиту является обеспечение заинтересованным лицам возможности представить суду доказательства в обоснование своей позиции, а также высказать мнение относительно позиции, занимаемой противоположной стороной, и приводимых ею доводов. Участник процесса, не ознакомившийся с вынесенным в отношении него решением и его обоснованием, не в состоянии не только должным образом аргументировать свою жалобу на это решение, но и правильно определить, будет ли обращение в суд отвечать его интересам. Поэтому для обеспечения возможности судебного обжалования постановлений следователя, которыми нарушаются права личности, обвиняемому должен быть предоставлен доступ к соответствующей информации, а форма и порядок ознакомления с материалами избираются следователем, прокурором или судом

в пределах, исключающих опасность разглашения следственной тайны. Эта оговорка — «в пределах, исключающих опасность разглашения следственной тайны», — создает различное понимание механизма реализации права на ознакомление с материалами следствия. Как следует из материалов одного из уголовных дел, защитником по которому был адвокат А. Я. Аснис, позиция защиты при требовании ознакомления с полными текстами постановлений о продлении сроков следствия основывалась на толковании Конституционного Суда РФ и на том, что указанная оговорка означает необходимость соблюдения требований УПК РФ — отобрание подписки о неразглашении и т.п. Позиция следствия же заключалась в том, что ознакомление защиты с полными текстами постановлений о продлении сроков следствия «выходит за пределы, исключающие разглашение следственной тайны». По-видимому, следствие в данном случае подразумевало, что предоставление сведений из указанного постановления защитнику в любом случае будет являться разглашением следственной тайны. Правовой подход следствия в данном случае нельзя признать правомерным.

Как следует из анализа конституционно-правовых положений о праве на доступ к информации, применяемых в совокупности с изложенными выше позициями, само по себе наличие следственной тайны в материалах о продлении срока следствия не может служить основанием автоматического отказа защитнику в ознакомлении с такими материалами.

Понятие следственной тайны отсутствует в законодательстве. Обычно под таковой подразумевается охраняемая уголовно-процессуальным и уголовным законом информация (сведения), отражающая интересы расследования по уголовному делу, конфиденциальность которой определяется следователем (дознавателем) либо прокурором и защищается в целях устранения реальной или потенциальной опасности причинения ущерба указанным интересам⁸⁸. Как следует из этого определе-

⁸⁸ А. Е. Маслов. Следственная тайна как средство преодоления противодействия расследованию. Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. — Воронеж, 2001.

ния, ограничения, связанные с доступом к данным следствия, могут устанавливаться только в случае наличия опасности причинения ущерба интересам следствия. Исходя из этого, учеными, как правило, разделяются понятия «данные предварительного следствия» и «следственная тайна»⁸⁹.

Включение обвиняемого (подозреваемого) в число субъектов, обязанных не разглашать данные предварительного расследования, затрудняет возможность обжалования им процессуальных решений и действий лиц, осуществляющих расследование⁹⁰.

Помимо этого, когда речь заходит о тайне следствия применительно к продлению сроков следствия, нередко подразумевается государственная тайна, предусмотренная п. 4 ст. 5 Закона Российской Федерации от 21.06.1993 № 5485-1 «О государственной тайне», а именно сведения о силах, средствах, об источниках, о методах, планах и результатах оперативно-розыскной деятельности.

Вместе с тем, как следует из положений п. 5 ст. 49 Уголовно-процессуального кодекса РФ, основанных на конституционном праве гражданина на получение квалифицированной юридической помощи, само по себе наличие государственной тайны в материалах дела не является препятствием для участия защитника в деле, в том числе для ознакомления с его материалами.

Несмотря на то, что уголовно-процессуальное законодательство не раскрывает понятие тайны следствия (следственной тайны), в практике следственных органов это понятие устойчиво выводится из положений ст. 161 УПК РФ. Однако нормы данной статьи не могут ограничивать ни право граждан на доступ

⁸⁹ См., напр.: *О. В. Харченко*. Уголовно-правовая охрана следственной тайны // *Российский следователь*. — 2007, № 3. — С. 17-19. *А. Б. Соловьев, М. А. Токарева, Н. А. Власов*. Общие условия предварительного расследования. — М.: «Юрлитинформ», 2005. — С. 116-117.

⁹⁰ *О. В. Харченко*. Уголовно-правовая охрана следственной тайны // *Российский следователь*. — 2007, № 3. — С. 17-19.

к информации, ни право на защиту, установленные Конституцией РФ, ни процессуальные гарантии обвиняемых и их защитников.

Необходимо отметить, что предусмотренная ст. 161 УПК РФ недопустимость разглашения участниками уголовного судопроизводства данных предварительного расследования по общему правилу касается ограничения для разглашения соответствующих данных третьим лицам, т.е. лицам, не являющимся участниками уголовного процесса. По этой причине ч. 2 указанной статьи предусматривает процедуру предупреждения об ответственности за разглашение такой тайны. Вместе с тем, данная статья не предусматривает какие-либо ограничения по ознакомлению обвиняемых и их защитников с данными предварительного расследования. При этом ст. 161 УПК РФ содержит норму о предупреждении об ответственности вновь вступающих в процесс лиц за разглашение соответствующих сведений вовне.

Данная позиция подтверждается Конституционным Судом Российской Федерации, который применительно к ограничению возможности привлечения специалистов стороной защиты на основании ст. 161 УПК РФ неоднократно указывал, что нормы данной статьи не ограничивают возможность привлечения специалистов и экспертов, приглашенных по инициативе стороны защиты, к участию в деле, а предполагают лишь право дознавателя или следователя предупредить их о недопустимости разглашения без соответствующего разрешения ставших им известными данных предварительного расследования (Определения от 16.04.2009 № 559-О-О, от 24.02.2011 № 264-О-О).

В рассматриваемой ситуации Конституционный Суд однозначно высказал позицию, согласно которой реализация конституционного права граждан на судебную защиту, принципа презумпции невиновности, не может ставиться в зависимость от решений следователя об отнесении тех или иных сведений к конфиденциальным (следственной тайне). Как следует из решений Конституционного Суда, следователь не вправе препятствовать осуществлению процессуальных прав стороны защиты, апеллируя к следственной тайне, он вправе лишь предупредить

об ответственности за разглашение этой тайны лицами, привлекаемыми сторонами в целях содействия более полному осуществлению указанных прав.

Исходя из вышеизложенного, можно сделать общий вывод о том, что совокупность конституционных прав на квалифицированную юридическую помощь и на судебную защиту во взаимосвязи с интересами следствия, направленными на обеспечение полного, всестороннего и беспристрастного расследования уголовного дела, дают основания утверждать, что ограничение права на ознакомление с постановлением о продлении срока следствия на основании тайны следствия может осуществляться лишь тогда, когда разглашение этой тайны может непосредственно воспрепятствовать реализации интересов следствия. Такое воспрепятствование, в частности, можно считать реальным исключительно в случае наличия возможности обвиняемого повлиять на проведение и исход планируемых оперативно-розыскных мероприятий и т.п.

Этот вывод согласуется и с позицией Конституционного Суда РФ (Определение от 12.05.2003 № 173-О), который применительно к продлению срока заключения под стражей, обычно непосредственно связанному с продлением срока следствия, отметил, что отказ защитнику в ознакомлении с документами, которые подтверждают законность и обоснованность применения к подозреваемому или обвиняемому меры пресечения в виде заключения под стражу, не может быть оправдан интересами следствия или иными конституционно значимыми целями, допускающими соразмерные ограничения прав и свобод (ст. 55, ч. 3 Конституции Российской Федерации). Развивая данный вывод, Конституционный Суд указал далее, что поскольку в соответствии со ст. 55 (ч. 3) Конституции Российской Федерации ограничения права граждан на доступ к информации могут быть установлены только законом, а п. 12 ч. 4 ст. 47 и п. 7 ч. 1 ст. 53 УПК РФ не содержат каких-либо указаний на необходимость введения подобных ограничений в отношении обвиняемого и его защитника, применение названных норм должно осуществляться в соответствии с приведенными правовыми позициями. Кроме того, следует иметь в виду, что УПК РФ предостав-

ляет защитнику право знакомиться с протоколом задержания, постановлением о применении меры пресечения, протоколами следственных действий, произведенных с участием подозреваемого, обвиняемого, иными документами, которые предъявлены либо должны были предъявляться подозреваемому, обвиняемому (п. 6 ч. 1 ст. 53).

Данная правовая позиция имеет общий характер и применима к случаям продления сроков следствия, поскольку, как уже было отмечено, само по себе проведение предварительного расследования является для гражданина негативным уголовно-правовым воздействием, которое может приводить к ограничению его конституционных прав⁹¹.

Результаты приведенного конституционно-правового анализа свидетельствуют также о том, что ознакомление стороны защиты с более ранними постановлениями о продлении срока следствия (в отношении прошлых периодов продления) фактически не может быть ограничено. Нарушение таким ознакомлением интересов следствия невозможно, так как оперативно-розыскные мероприятия, планируемые к проведению в прошлый период следствия, уже должны были быть проведены в этот период, и следовательно, обвиняемый не имеет какой-либо возможности по воспрепятствованию действиям следствия.

Таким образом, анализ проблем реализации конституционного принципа презумпции невиновности, права на получение гражданами квалифицированной юридической помощи и на судебную защиту в рамках обжалования решений следственных органов о продлении срока следствия позволяет сделать следующий вывод:

Обвиняемый и его защитник вправе знакомиться со всеми основаниями продления следствия, содержащимися в постановлении о продлении следствия. Особенно серьезным нарушением конституционного права на защиту является отказ в полном ознакомлении с текстами постановлений о продлении

⁹¹ См., напр.: *Н. Гаспарян. Секвестр для следственной тайны // Новая адвокатская газета. — 2010, № 15 (080). — С. 10.*

следствия, вынесенных ранее (например, полгода, год, два года назад и более), поскольку это принципиально не может мотивироваться интересами следствия и не позволяет проследить обоснованность продления следствия в течение длительного срока.

Обжалование решений следственных органов о продлении срока следствия может производиться обвиняемым и его защитником в порядке, предусмотренном ст. 125 УПК РФ. При этом для реализации права на такое обжалование стороне защиты должна быть предоставлена возможность ознакомления с материалами, содержащими конкретную мотивировку для продления срока следствия. Отказ в реализации этого права означает явное ограничение, а по существу, лишение обвиняемого и его адвоката конституционного права на судебную защиту, а также нарушение принципа разумного срока предварительного следствия как стадии уголовного судопроизводства⁹².

«Пределами, исключающими разглашение следственной тайны», является соблюдение следствием требований ч. 2 ст. 161 УПК РФ — предупреждение защитника о недопустимости разглашения без соответствующего разрешения ставших ему известными данных предварительного расследования, о чем у него берется подписка с предупреждением об ответственности в соответствии со ст. 310 УК РФ. Отобрав у защитника подписку, следователь принимает исчерпывающие меры, необходимые и достаточные, с точки зрения действующего закона, для предотвращения разглашения следственной тайны.

Приведенные проблемы правоприменения особенно актуальны в связи с делами об экономических преступлениях, как правило, расследуемых в течение длительного периода времени.

⁹² В. В. Осин. Кто защитит адвоката от незаконных действий следствия? // Адвокат. — 2011, № 10. — С. 41-52.

Вадим Александрович ВИНОГРАДОВ

ПРАВОВАЯ РЕФОРМА ТРЕБУЕТ СЕРЬЕЗНОГО ФИНАНСИРОВАНИЯ

Концепция федеральной целевой программы «Развитие судебной системы России на 2013 — 2020 годы», утвержденная распоряжением Правительства Российской Федерации от 20 сентября 2012 г. № 1735-р указывает, что «развитие Российской Федерации на современном этапе характеризуется повышенным вниманием общества к судебной системе. Судебная система как механизм государственной защиты имеет большое значение в любом правовом государстве. Исполняя роль общественного арбитра, она защищает одновременно все сферы деятельности, регулируемые правом. Система судебных органов обеспечивает незыблемость основ конституционного строя, охраняя правопорядок, единство экономического пространства, имущественные и неимущественные права граждан и юридических лиц, а также гарантирует свободу экономической деятельности. Российская Федерация в соответствии со ст. 1 Конституции Российской Федерации провозглашена правовым государством.

Правовое государство характеризуется в том числе самостоятельной и независимой судебной системой, эффективно обеспечивающей защиту интересов государства, прав и интересов граждан и юридических лиц. Создание благоприятного инвестиционного климата в нашей стране напрямую связано с эффективностью судебной системы. Немаловажным фактором привлечения инвестиций в экономику Российской Федерации является развитие судебной системы, которая могла бы эффективным образом исполнять свои полномочия и обеспечивать должную защиту прав и интересов сторон».

В качестве одной из главных целей, сформулированных в послании Президента Российской Федерации Федерально-

му Собранию Российской Федерации, определено построение в стране развитого гражданского общества и устойчивой демократии, позволяющей в полной мере обеспечить права человека, гражданские и политические свободы. В связи с этим осуществление мер по повышению качества правосудия, совершенствованию судопроизводства и его постоянной адаптации к потребностям государства и общества является неотъемлемой частью последовательно проводимого демократического процесса в России.

Согласно Концепции долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года, утвержденной распоряжением Правительства Российской Федерации от 17 ноября 2008 г. № 1662-р, для повышения эффективности политико-правовых институтов и обеспечения исполнения законодательства Российской Федерации необходимо решение следующих проблем: защита частной собственности, формирование в обществе понимания того, что способность обеспечивать защиту собственности является одним из критериев благоприятного инвестиционного климата и эффективности государственной власти; проведение судебной реформы, обеспечивающей действенность и справедливость принимаемых судом решений; создание условий, при которых российским компаниям было бы выгодно оставаться в российской юрисдикции (а не регистрироваться в оффшорах) и использовать для разрешения споров, в том числе споров по вопросам собственности, российскую судебную систему; борьба с коррупцией; существенное улучшение доступа к информации о деятельности государственных органов; кадровое обеспечение эффективного выполнения государственных функций и реализации государственных социальных гарантий.

Задачи, поставленные в Концепции долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года, являются основополагающими для развития судебной системы России. Обеспечение доступа граждан к правосудию и обеспечение его максимальной открытости и прозрачности, реализация принципа независимости

и объективности при вынесении судебных решений являются основными направлениями дальнейшего развития судебной системы.

Концепция федеральной целевой программы «Развитие судебной системы России на 2013—2020 годы» (далее — Программа) разработана на основе положений, содержащихся в Концепции долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года, а также в соответствии с порядком разработки и реализации федеральных целевых программ и межгосударственных целевых программ, в осуществлении которых участвует Российская Федерация, утвержденным постановлением Правительства Российской Федерации от 26 июня 1995 г. № 594 «О реализации Федерального закона «О поставках продукции для федеральных государственных нужд».

В то же время в самой концепции указывается, что «реализуемый комплекс государственных мер в сфере развития судебной системы при положительной динамике отдельных показателей пока не оказал решающего позитивного влияния на доверие граждан к правосудию. Это подтверждается данными, получаемыми в ходе опросов общественного мнения. В частности, согласно опросам общественного мнения только 27 процентов граждан России доверяют органам правосудия, при этом 38 процентов органам правосудия не доверяют. Согласно мониторингу реализации Программы до 2012 года и оценки деятельности органов правосудия физическими и юридическими лицами, ежегодно проводимому Министерством экономического развития Российской Федерации, сохраняется ряд проблем, связанных с качеством правосудия, сроками судопроизводства, недостаточной информированностью граждан о деятельности судебной системы, неудовлетворительной работой судов, неэффективным исполнением судебных актов, отсутствием необходимых условий для осуществления правосудия и др. Несмотря на ряд позитивных перемен, произошедших в сфере правосудия в результате реализации Программы до 2012 года, и значительное увеличение бюджетных расходов на органы правосудия, имеются проблемы, которые не позволяют

говорить о том, что процесс модернизации этой сферы удовлетворяет общество».

«Выполнение мероприятий Программы будет способствовать реализации таких стратегических целей Российской Федерации как создание необходимой среды для инновационного социально ориентированного типа развития, развитие политико-правовых институтов, нацеленных на обеспечение гражданских и политических прав граждан и исполнение законодательства Российской Федерации, защиту базовых прав, включая неприкосновенность личности и собственности, независимость суда, эффективность правоохранительной системы и свободу средств массовой информации.

Предполагается в рамках реализации мероприятий Программы по повышению эффективности политико-правовых институтов и обеспечению исполнения законодательства Российской Федерации решение следующих задач: обеспечение действенной защиты прав и законных интересов граждан и формирование в обществе понимания того, что способность обеспечивать защиту собственности является одним из критериев благоприятного инвестиционного климата и эффективности государственной власти; создание условий, при которых российским компаниям было бы выгодно оставаться в российской юрисдикции и использовать для разрешения споров, в том числе споров по вопросам собственности, российскую судебную систему; существенное улучшение доступа граждан к правосудию, в том числе с использованием современных технологий, и к информации о деятельности судебной системы; повышение эффективности и устойчивости функционирования финансовых рынков и создание условий для формирования в России международного финансового центра». Представляется, что такие задачи требуют выделения на развитие судебной системы намного более значительных средств. Поэтому почти вся вышеуказанная концепция производит довольно неубедительное впечатление. Хотя в качестве позитивного фактора следует отметить обращение в проблеме судебной экспертизы.

Обобщение правоприменительной практики «Научное обеспечение доказательств по уголовным делам об экономиче-

ских преступлениях как гарантия защиты бизнеса в России» под редакцией Ш. Н. Хазиева, проведенное «Новой Адвокатской Газетой» совместно с рядом адвокатских и научных организаций, в предварительном виде было напечатано «Новой Адвокатской Газетой» еще весной этого года и сразу привлекло внимание своей заостренностью на конституционных и методологических проблемах судебно-экономических экспертиз по уголовным делам. При этом конституционные проблемы проведения судебно-экономических экспертиз в этой работе прозвучали едва ли не впервые. В сочетании с опубликованным в апреле Заключением Экспертного Совета при Комитете Совета Федерации РФ, посвященным той же тематике, Обобщение явно повлияло на содержание Концепции федеральной целевой программы «Развитие судебной системы России на 2013–2020 годы», утвержденной распоряжением Правительства РФ № 1735 от 20 сентября 2012 года. Я имею в виду ту часть Концепции, которая впервые специально посвящена вопросам совершенствования судебно-экспертной деятельности.

В Концепции, по сути, повторены мотивы упомянутого Обобщения правоприменительной практики о недостаточной независимости и возможной ведомственной заинтересованности экспертов МВД. В частности, в Концепции сказано на этот счет: «Вместе с тем одной из нерешенных остается проблема необоснованно длительных сроков судопроизводства. Ее решение напрямую связано с минимизацией сроков производства судебных экспертиз, результаты которых активно используются в целях установления обстоятельств по уголовным, гражданским, арбитражным делам и делам об административных правонарушениях.

Судебная реформа привела к существенному повышению требований судов к производству экспертиз <...>

Одним из основных аспектов качества правосудия является осуществление судопроизводства и исполнение судебного акта в разумный срок. Немаловажным аспектом в решении проблемы сокращения сроков судопроизводства является сокращение сроков производства судебных экспертиз. В этой связи в рамках Программы предполагается реализовать меро-

приятия по созданию условий для осуществления качественных экспертиз государственными судебно-экспертными учреждениями Министерства юстиции Российской Федерации, *которые являются независимой структурой государственных судебных экспертов, не подчиненной органам дознания и следствия, свободной от какой бы то ни было ведомственной заинтересованности*, и имеют на сегодняшний день наиболее полную нормативную правовую базу по судебной экспертизе.

<...>

Вместе с тем возможности государственной судебно-экспертной деятельности Министерства юстиции Российской Федерации ограничены бюджетным финансированием, сегодня они уже практически исчерпаны и не соответствуют в полной мере возросшим потребностям судов в производстве экспертиз, в первую очередь *строительно-технических, <...> финансово-экономических <и других> экспертиз.*

Реализация мероприятий Программы по созданию условий для осуществления качественных экспертиз судебно-экспертными учреждениями Министерства юстиции Российской Федерации и внедрению в судебно-экспертную деятельность современных информационных технологий, а также оснащение учреждений современной приборной базой позволят улучшить качество осуществляемых экспертиз и сократить сроки их производства, что повлияет на сокращение сроков судопроизводства.

Решение задач сокращения сроков производства судебных экспертиз, увеличения объемов проводимых исследований, повышения их качества, развития новых методов и методик экспертных исследований носит масштабный и долгосрочный характер. Их решение не может быть достигнуто только в рамках текущей деятельности Министерства юстиции Российской Федерации и иных государственных органов по организационному и методическому руководству деятельностью судебно-экспертных учреждений. Современный этап социально-экономических преобразований диктует необходимость перехода государственных судебно-экспертных учреждений на новый качественный уровень деятельности, что определяет

необходимость применения программно-целевого метода, позволяющего выбрать оптимальный вариант решения проблем, обеспечить рациональное и адресное расходование средств, учесть потребности судов и органов правосудия Российской Федерации в новых услугах государственных судебно-экспертных учреждений».

Действительно, как подтверждается текстом Концепции, объективность выполнения экспертами, находящихся в ведомственной зависимости от общего с органами, осуществляющими функции обвинения, руководства (например, экспертами экспертно-криминалистических подразделений МВД РФ), вызывает обоснованные сомнения. Эта проблема, безусловно, прямо относится и к анализируемым в Обобщении судебно-экономическим экспертизам.

Зависимый статус эксперта подтверждается в том числе законодательно. В соответствии с Положением об МВД РФ функция дознания и предварительного следствия по уголовным делам (т.е. обязанность по раскрытию и расследованию преступления и ответственность за результаты расследования) возложена на указанное Министерство, как и функция МВД РФ по организации и осуществлению экспертно-криминалистической деятельности. При этом Министр внутренних дел несет персональную ответственность за выполнения задач и полномочий МВД РФ, т.е. за реализацию обоих указанных полномочий. Это создает очевидный конфликт интересов, поскольку показатели эффективности деятельности органов внутренних дел нередко напрямую зависят от содержания экспертной деятельности и составления экспертами заключений, соответствующих версиям следствия. Таким образом, создается определенная ведомственная и психологическая установка эксперту при оценке результатов проведенного исследования и формулировании выводов экспертизы, формируемая задачами «успешного» расследования дел.

Такое, по существу, подчиненное положение эксперта, которое он приобретает, осуществляя свою профессиональную деятельность в структурном подразделении МВД РФ, противоречит требованиям ст. 7 Федерального закона «О государственной

судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации», предусматривающей недопустимость зависимости эксперта от органа или лица, назначивших судебную экспертизу.

Поэтому отмеченная в Концепции развития судебной системы проблема независимости государственных экспертов от дознавателей и следователей принципиально может быть решена концентрацией государственной судебно-экономической экспертизы в соответствующих учреждениях Министерства юстиции РФ. Разумеется, для этого следует сделать реальным материальное обеспечение судебно-экспертных учреждений Минюста, как мне кажется, существенно увеличив его по сравнению с предложениями Концепции.

Модернизация судебно-экспертной деятельности, осуществляемой судебно-экспертными учреждениями Минюста РФ, позволит создать единообразные методики судебно-экономических экспертиз и обеспечить конституционное право на защиту, о котором столь правильно и настойчиво пишут адвокаты и ученые в Обобщении правоприменительной практики, подготовленном по инициативе «Новой Адвокатской Газеты».

Шамиль Николаевич ХАЗИЕВ

**МЕЖДУНАРОДНЫЙ ОПЫТ И
КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ
НАУЧНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ РАССЛЕДОВАНИЯ
И СУДОПРОИЗВОДСТВА ПО ДЕЛАМ
ОБ ЭКОНОМИЧЕСКИХ ПРЕСТУПЛЕНИЯХ**

Хотелось бы начать с цитаты, которая исчерпывающе характеризует позицию Организации Объединенных Наций по вопросам судебной экспертизы:

ООН настойчиво призывает государства-члены и международные, региональные и субрегиональные организации и органы вносить вклад в международное сотрудничество в области судебно-экспертных наук путем поощрения и поддержки учреждений, оказывающих судебно-экспертные услуги, в направлении активного участия в региональных сетях в качестве одного из путей к развитию базы для оказания устойчивых судебно-экспертных услуг по всему миру; предоставления специализированных знаний в качестве одного из ресурсов для развития и поддержания сетей сотрудничества между специалистами и учеными в области оказания судебно-экспертных услуг; изыскания новаторских путей к обеспечению более эффективного обмена судебно-экспертными знаниями и информацией по всему миру и содействия внутренним усилиям по созданию и модернизации национальных судебно-экспертных лабораторий в целях повышения их технической компетентности; поддержки деятельности аналитических лабораторий по наркотическим средствам и учреждений, занимающихся оказанием судебно-экспертных услуг в более общем плане.

В 2005 году Сенат США принял решение о проведении всестороннего исследования состояния судебно-экспертной науки и практики в Соединенных Штатах Америки. Для этого Национальной академии наук США было рекомендовано создать

независимый Комитет по судебно-экспертной науке (Forensic Science Committee). Комитет был учрежден осенью 2006 года. В его состав были включены представители различных судебно-экспертных наук, юристы, исследователи из смежных областей научных знаний. Комитет провел восемь заседаний, на которых были заслушаны специалисты в различных областях судебной экспертизы, государственные чиновники, судьи, прокуроры, практикующие эксперты-криминалисты и судебные медики, преподаватели учебных заведений, специалисты в области стандартизации, статистики и т.д.

Комитет в своей работе постоянно руководствовался тремя основными задачами, стоящими перед судебно-экспертной наукой — содействие раскрытию преступлений и установлению виновных лиц, недопущение осуждения невиновных людей, обеспечение национальной безопасности.

Привлечение к работе Комитета многочисленных представителей науки и практики из самых различных областей позволило всесторонне и объективно исследовать возникшие в судебно-экспертной науке и практике проблемы научного, организационного, методического, политического и финансового характера.

Комитет подчеркнул, что в США практика судебной экспертизы и достижения в области судебно-экспертной науки весьма неоднородны в различных штатах, регионах и на федеральном уровне. Имеет место недостаток средств для существования хорошо укомплектованных кадрами и техникой лабораторий, сказываются различия в законодательстве штатов.

Выявлены различия в состоянии стандартизации методов исследования и аккредитации лабораторий, сертификации судебных экспертов. Во многих штатах отсутствует требование обязательной аккредитации лабораторий.

Существенной проблемой является невозможность унификации в рамках судебно-экспертной науки. Значительный разброс имеется и в базовом образовании лиц, занятых в области судебной экспертизы.

По результатам проведенных исследований 18 февраля 2009 года Национальная академия наук США опубликовала

доклад «Укрепление судебно-экспертной науки в Соединенных Штатах: путь вперед». Этот доклад вызвал большой общественный и профессиональный интерес не только в самих США, но и во многих странах мира.

Доклад состоит из введения, десяти частей и двух приложений. Во введении рассматривается понятие судебно-экспертной науки, давление, оказываемое на судебно-экспертную систему, а также описывается структура доклада, приводятся результаты анализа основных проблем, возникших в области судебной экспертизы и соответственно в судебно-экспертном сообществе. Констатируется большое разнообразие родов и видов судебных экспертиз и материнских наук, лежащих в основе каждого вида экспертизы, что делает крайне затруднительным разработку общих теоретических основ судебной экспертизы и формулирование рекомендаций общего характера. Отмечается, в частности, что термин «идентификация» понимается представителями разных судебно-экспертных дисциплин по-разному, и обоснование идентификационных выводов в заключениях судебных экспертов различных специальностей имеет свою специфику.

По мнению авторов доклада, ни одно из существующих в настоящее время государственных учреждений США не в состоянии решить весь комплекс проблем, накопившихся в области судебно-экспертной науки и практики. Авторы доклада пришли к выводу о необходимости создания нового единого органа, на который было бы возложено организационное, научное и методическое руководство судебной экспертизой. Таким органом может стать Национальный институт судебно-экспертной науки (National Institute of Forensic Science — NIFS)⁹³.

Институт должен иметь штатных административных сотрудников и наблюдательный совет по экспертизам, обучению экспертов, вопросам судебно-экспертной науки, а также по таким отраслям наук как медицина и естествознание, судебная патология, техника, информационные технологии, измерениям

⁹³ Далее — Институт или сокращенно НИСЭН.

и стандартам, национальной безопасности и праву, а также по другим отраслям знаний.

Институт должен приложить усилия для совершенствования качества судебных экспертиз, проводимых отдельными экспертами и судебно-экспертными лабораториями; разработать стандарты, необходимые для обязательной сертификации судебных экспертов и обязательной аккредитации судебно-экспертных лабораторий; разработки стратегии улучшения научных исследований в области судебной экспертизы и обучающих программ, в том числе в области судебной патологии.

На Институт также рекомендуется возложить обязанность по наблюдению за качеством учебных программ по судебно-экспертным наукам в колледжах и университетах. Также он должен осуществлять оценку разработки и внедрения новых технологий в процесс судебно-экспертного исследования и сравнения этих новых технологий с уже существующими.

Вторая часть доклада озаглавлена «Судебно-экспертное сообщество и потребность в интегрированном управлении». Рассматриваются проблемы исследования мест преступлений, деятельность судебно-экспертных лабораторий и поддерживающих их служб, вопросы нехватки ресурсов для судебно-экспертного обеспечения нужд судов и правоохранительных органов, судебно-экспертная деятельность вне традиционных лабораторий, судебно-экспертная деятельность на федеральном уровне, финансовое обеспечение судебно-экспертных научных исследований, деятельность профессиональных ассоциаций.

Третья часть доклада «Допустимость судебно-экспертных доказательств при рассмотрении дел в судах» включает в себя вопросы взаимосвязи права и науки, проблемы признания заключений и показаний экспертов доказательствами, основные требования, предъявляемые к заключениям экспертов. Отмечается, что судебная система не в состоянии одна перекрыть доступ в правосудие несовершеннолетних или ошибочных экспертных методов. Это задача как всего судебно-экспертного сообщества, так и научного сообщества в целом.

Четвертая часть доклада посвящена принципам науки и интерпретации научных данных, оценке научных методов.

В пятой части доклада рассматриваются научные основы некоторых судебно-экспертных дисциплин: судебной биологии; анализа веществ, оборот которых подлежит контролю; анализа следов гребешковой кожи человека; исследований следов-отпечатков (шин автотранспорта, обуви); баллистической идентификации и идентификации орудий и инструментов по их следам; исследования волос; исследования волокон; исследования спорных документов; исследования лакокрасочных покрытий; исследование вещественных доказательств, обнаруживаемых при взрывах и пожарах; судебно-стоматологические исследования; исследования кровавых пятен; исследования новых объектов: цифровой информации и мультимедийных объектов.

В этой части доклада отмечается, в частности, что только идентификация человека по ДНК отвечает предъявляемым современной наукой требованиям, так как при судебно-генетической экспертизе возможно определить степень вероятности положительного идентификационного вывода. Это обусловлено тем, что в настоящее время проведены необходимые массовые исследования населения и разработан необходимый статистический инструментарий. В то же время, массовых статистических исследований индивидуальных особенностей папиллярных узоров, особенностей строения орудий и инструментов, оружия и следов его применения не проводилось, и выводы экспертов по этим специальностям, по мнению авторов доклада, основываются на субъективном мнении. Вероятность ошибок при формулировании выводов экспертов должна быть измеримой. Авторы доклада считают, что для каждого метода судебно-экспертного исследования должна быть разработана строгая методика измерения степени вероятности сделанных выводов.

Шестая часть доклада посвящена усовершенствованию методов, практики и представления результатов в судебной экспертизе. Обосновывается необходимость обеспечения независимости судебно-экспертных лабораторий, вопросы преодоления предвзятости в работе экспертов. Детально анализируются особенности определения степени вероятности выводов

экспертов и рассматриваются проблемы совершенствования практики составления заключений.

Задача приведения стандартов терминологии, используемой в заключениях (отчетах) судебных экспертов, в соответствии со стандартом ISO 17025, должна быть возложена на Национальный институт судебно-экспертной науки. Эта деятельность должна осуществляться по согласованию с Консультативным Советом Института. Необходимо подготовить модельные образцы заключений экспертов по различным видам исследований. Эти модельные образцы заключений должны содержать минимально необходимую обязательную информацию о процессе исследования.

Конгрессу необходимо обеспечить меры по выведению созданных публичной властью судебно-экспертных лабораторий из-под влияния и административного контроля правоохранительных органов или прокурорской службы. Для этих целей целесообразно предоставить Национальному институту судебно-экспертной науки стимулирующие фонды для распределения между лабораториями штатов и местными лабораториями. На Институт должна быть возложена также и обязанность по проведению исследований, направленных на изучение причин экспертных ошибок, особенно ошибок, связанных с человеческим фактором — наличием предубеждения, влиянием версии обвинения, негативных сведений о подозреваемом или обвиняемом. Необходимо разработать стандарты исследовательских процедур, позволяющих свести к минимуму риск экспертной ошибки, связанной с предубеждением эксперта. В докладе анализируются известные экспертному сообществу примеры того, как предубеждение эксперта может кардинально повлиять на его выводы в зависимости от осведомленности об обстоятельствах дела или личности проверяемого лица.

Седьмая часть доклада обосновывает необходимость усиления надзора за судебно-экспертной практикой. В этой части доклада рассматриваются вопросы введения обязательной аккредитации судебно-экспертных лабораторий, стандарты и руководства по обеспечению контроля качества экспертиз, тестирование навыков и умений экспертов, сертификация экс-

пертов. Судебно-экспертные лаборатории должны обеспечить постоянную проверку качества и процедуры контроля качества судебных экспертиз с целью своевременного выявления экспертных ошибок, мошенничеств или предубеждений (предвзятости). Для облегчения работы Национального института судебно-экспертной науки Конгресс США должен предоставить ему необходимые фонды для совместной работы с Национальным Институтом Стандартов и Технологий, а также с государственными судебно-экспертными лабораториями, университетами, частными лабораториями, а также путем консультаций с Научными рабочими группами по разработке необходимых исследовательских инструментов, нужных для продвижения измерений, обеспечения надежности информационного обеспечения и проверки мастерства субъектов судебно-экспертных исследований, разработки протоколов судебно-экспертных исследований, методов и практики.

Стандарты должны отразить лучшие методы и служить инструментом аккредитации лабораторий и руководствами для обучения и тренировки, а также сертификации профессионалов. После завершения этой работы ее результаты должны быть переданы Национальным Институтом Стандартов и Технологий и его партнерами Национальному институту судебно-экспертной науки для дальнейшего распространения и внедрения.

Аккредитация лабораторий и сертификация судебных экспертов должна стать обязательной, и все профессионалы в области судебной экспертизы должны иметь доступ к процессу сертификации. Национальный институт судебно-экспертной науки должен принять во внимание установленные и признанные международные стандарты такой организации как Международная Организация по стандартизации (International Organization for Standardization — ISO). Никто не должен практиковать в области судебной экспертизы без прохождения процедуры сертификации. Требования сертификации должны включать в себя как минимум письменные экспертные заключения, контролирующую практику (практику под наставничеством опытного эксперта — Ш.Х.), проверку квалификации, дальнейшее образование (повышение квалификации — Ш.Х.), процедуры пересертифика-

ции, приверженность кодексу норм поведения и эффективным дисциплинарным процедурам. Все судебно-экспертные лаборатории и оборудование (как общественные, так и частные) должны быть аккредитованы, и все профессионалы должны быть сертифицированы в сроки, установленные НИСЭН.

Отмечается необходимость разработки Этического кодекса судебного эксперта. НИСЭН должен при консультациях с Консультативным советом разработать национальный кодекс норм поведения для представителей всех судебно-экспертных дисциплин и содействовать всем обществам, основанным на индивидуальном членстве, включить эти нормы в свои кодексы поведения. Дополнительно НИСЭН должен предусмотреть механизмы воздействия на представителей судебно-экспертной науки и практики, серьезно нарушающих эти этические нормы поведения. Требования такого кодекса можно было бы реализовать посредством сертификации судебных экспертов.

Восьмая часть доклада посвящена образованию и профессиональной подготовке судебных экспертов. Для большего привлечения студентов, специализирующихся в различных областях естествознания, в мультидисциплинарные исследования, необходимые и важные для судебно-экспертной науки и практики, Конгрессу США рекомендовано выделить необходимые фонды для сотрудничества с образовательными учреждениями, улучшения программ обучения и включения в них вопросов совершенствования методов и средств судебной экспертизы.

Девятая часть доклада посвящена анализу существующей в США системы коронеров и медицинских экспертов и необходимости ее совершенствования. Система коронеров⁹⁴ должна полностью быть заменена медицинскими экспертами.

⁹⁴ Коронер — специальное должностное лицо, призванное проводить расследование характера смерти, наступившей при подозрительных обстоятельствах или внезапно. При установлении факта насильственной смерти коронер передает дело в суд. Коронеры имеются в Великобритании, США и некоторых других странах. Коронер не обязан иметь судебно-медицинского образования. Должность коронера выборная.

Для этого необходимо обеспечить финансирование НИСЭН, которому поручить организацию медицинской экспертизы на местах и решить вопросы подготовки и сертификации судебно-медицинских экспертов.

В десятой части доклада обобщен опыт работы автоматизированных дактилоскопических идентификационных систем. Конгрессу предлагается выделить средства для дальнейшего совершенствования существующих дактилоскопических систем идентификации. Разработку стандартов для дактилоскопии (в первую очередь стандартов, относящихся к обработке изображений папиллярного узора) поручить НИСЭН и Национальному Институту стандартов и технологий, а также представителям главных правоохранительных органов, а возможно, и международных организаций.

Доклад подверг острой критике существующую систему традиционных судебно-экспертных методик, используемых в уголовном правосудии. Обнародованы факты многочисленных экспертных ошибок, повлекших вынесение неправосудных обвинительных приговоров. Одной из причин такого положения дел является самоуверенность обвинительной власти и некритический подход к оценке научной обоснованности и объективности заключений судебных экспертов, работающих в государственных судебно-экспертных учреждениях, обслуживающих главным образом правоохранительные органы и прокурорскую службу. Авторы доклада призывают Правительство США и судебно-экспертное сообщество продолжить дальнейшее изучение состояния судебной экспертизы в стране и приступить к необходимым глобальным реформам в этой важной области.

Многие проблемы, выявленные в ходе подготовки доклада, присущи не только судебно-экспертным учреждениям и судебно-экспертной науке в США, но и в других странах. Поэтому доклад активно обсуждается международным судебно-экспертным сообществом. Так, положения доклада обсуждались на очередной конференции Европейской Сети судебно-экспертных учреждений и на различных международных конференциях и симпозиумах.

Не все выводы, сделанные в докладе, могут быть приняты и одобрены международным судебно-экспертным сообществом, однако главное его значение заключается в детальном рассмотрении представителями других наук многих спорных и сложных аспектов судебной экспертизы, требующих дальнейшего изучения.

Некоторые важные аспекты судебно-экспертной деятельности обсуждались и на заседаниях «Группы восьми» (англ. *Group of Eight, G8*), или «Большой восьмёрки» — международного клуба, объединяющего правительства наиболее индустриально развитых демократических стран мира — США, Великобритании, Франции, Японии, Германии, Канады, Италии и России. Так же называют и неофициальный форум лидеров этих стран (с участием комиссии), в рамках которого осуществляется согласование подходов к актуальным международным проблемам.

«Большая восьмёрка» не является международной организацией, она не основана на международном договоре, не имеет устава и секретариата. Решения «восьмёрки» не имеют обязательной силы. Как правило, речь идет о фиксации намерения сторон придерживаться согласованной линии или о рекомендациях другим участникам международной жизни применять определённые подходы в решении тех или иных вопросов.

Поскольку G8 не имеет устава, соответственно, официально принять статус члена этого института невозможно. С года, после встречи клуба в Москве, Россия начала всё активнее принимать участие в работе клуба. По негласному правилу саммиты Восьмерки проходят ежегодно по очереди в каждой из стран-членов. В России саммит был в 2006 году в Петербурге и предстоит в Сколково в 2014 году.

Встречи глав государств и правительств стран «Группы восьми» проходят ежегодно (обычно — летом) в очередной стране-председателе. В заседаниях участвуют, помимо глав государств и правительств стран-членов, 2 представителя Европейского союза, а именно — председатель Европейской комиссии и руководитель страны, председательствующей в данный момент в ЕС. Повестку дня саммита формируют шерпы — доверенные лица руководителей стран восьмёрки.

«Большая восьмерка» уделяет большое внимание вопросам борьбы с преступностью. Осенью 1999 года в Москве по инициативе России была проведена министерская конференция «Восьмерки» по борьбе с транснациональной организованной преступностью. Было принято коммюнике по вопросам совместного осуществления ряда мероприятий, направленных на эффективное расследование и предотвращение международной преступной деятельности. В этом документе наряду с другими вопросами были определены мероприятия в области судебной экспертизы: международная кооперация в вопросах разработки методик судебных экспертиз и обучения экспертов, обмен методами судебно-экспертного исследования документов, в том числе документов, обеспечиваемых специальными средствами защиты.⁹⁵ Проходят ежегодные встречи генеральных прокуроров, министров юстиции и внутренних дел. На них обсуждаются вопросы борьбы с преступностью, защиты прав и свобод граждан.

В марте 1998 года G8 поручила Международной Организации по компьютерным (цифровым) доказательствам — IOCE⁹⁶ подготовить проект «Принципов процедур, касающихся цифровых доказательств» для гармонизации методов и практики разных стран по вопросам собирания и использования цифровых доказательств. В марте 2000 года по результатам обсуждения этого вопроса на международной конференции по международной преступности в сфере высоких технологий и судебной экспертизе (Лондон, октябрь 1999 г.) был представлен первый вариант этого документа, носящего название «G8 Proposed principles for the procedures relating to digital evidence». В нем были изложены следующие рекомендации:

⁹⁵ Ministerial Conference of the G 8 Countries on Combating Transnational Organized Crime (Moscow, October 19–20, 1999). Communiqué. — <https://tspace.library.utoronto.ca/bitstream/1807/518/2/crime99.htm>.

⁹⁶ Эта организация была призвана разработать принципы и процедуры компьютерной экспертизы, приемлемые для всех стран-участниц, а также процедуры передачи цифровых доказательств.

— Каждое государство-член Группы Восьми (G8) должно придерживаться следующих принципов, устанавливающих процедуры собирания, хранения и использования цифровых доказательств в соответствии с национальным законодательством и стандартами и знать об особенностях собирания доказательств по требованию других государств;

— Эти принципы Международная организация по цифровым доказательствам должна представить для ознакомления национальным, региональным и международным органам и организациям, ответственным за разработку стандартов процедур, относящихся к цифровым доказательствам;

— Организация должна осуществлять свою деятельность в контакте с упомянутыми органами и использовать положительный опыт собирания и использования цифровых доказательств;

— Подгруппа по преступлениям в области высоких технологий должна регулярно рассматривать деятельность Международной организации по цифровым доказательствам.

Принципы:

— Во время работы с цифровыми доказательствами должны соблюдаться все общие судебно-экспертные процедурные принципы;

— Действия по исследованию изъятых цифровых доказательств не должны вносить в них изменений;

— В случае необходимости предоставления кому-либо доступа к оригиналу цифрового доказательства он должен быть обучен и проинструктирован соответствующим образом;

— Вся деятельность, касающаяся конфискации (изъятия), доступа, хранения и передачи цифрового доказательства должна быть полностью документирована и доступна для ознакомления;

— Лицо, в распоряжении которого находится цифровое доказательство, полностью ответственно за все действия, предпринятые относительно этого доказательства;

— Любое агентство, которое является ответственным за выборку из памяти, изъятие, хранение или передачу цифрового доказательства, ответственно за согласие с этими принципами.

Организация подготовила и опубликовала подробное руководство по практике судебно-экспертного исследования цифровых технологий (Guidelines for Best Practice in the Forensic Examination of Digital Technology), стандарты обучения и профессиональной компетентности.

В деятельности различных рабочих групп и конференций «Большой восьмерки» уделяется внимание и другим вопросам судебной экспертизы, имеющим важное значение для повышения результативности борьбы с организованной международной преступностью и терроризмом.

На слушаниях, состоявшихся в конце 2011 года в комитете Сената США, был поднят вопрос о реальности научной обоснованности заключений экспертов на фоне довольно многочисленных судебных ошибок, основанных на неверных экспертизах. Право защиты оспаривать заключение экспертизы является одним из важнейших условий справедливого судебного разбирательства и закреплено в ст. 6 Конвенции «О защите прав человека и основных свобод»⁹⁷: «Каждый в случае спора о его гражданских правах и обязанностях или при предъявлении ему любого уголовного обвинения имеет право на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона».

Соблюдение прав участников уголовного судопроизводства при назначении, производстве, исследовании и оценке судебных экспертиз имеет важное значение для обеспечения справедливого судебного разбирательства и вынесения законного и обоснованного приговора.

Жалоба на отказ в предоставлении стороне защиты возможности допросить экспертов обвинения была рассмотрена Европейским Судом в деле «Бальсите-Лидейкене против Литвы». Национальные суды привлекли экспертов и, признавая заявительницу виновной, суды цитировали заключения экспер-

⁹⁷ «Конвенция о защите прав и основных свобод» // Собрание законодательства РФ. — 08.01.2001, № 2. — Ст. 163.

тов. Однако ей не была предоставлена возможность допросить экспертов с целью оспаривания достоверности их заключений. Европейский Суд решил, что отказ в удовлетворении ее ходатайства о допросе экспертов в открытом судебном заседании не отвечал требованиям ст. 6 Конвенции.⁹⁸

Экономические преступления в сфере всё еще новых для наших юристов корпоративных правоотношений представляют значительную сложность для следователей и судей. Часто страдает и подготовка адвокатов, осуществляющих защиту. В конечном счете, не соблюдаются конституционные права и свободы граждан, нарушаются принципы презумпции невиновности, равенства сторон, права на квалифицированную юридическую помощь. Стремясь представить вину обвиняемых по экономическому преступлению, более убедительно доказанной, следователи назначают экспертизы, зачастую в своих ведомственных экспертных центрах, где у них с экспертами одно и то же начальство. При этом по сути нет единых методик во многом сходных экспертиз, их виды и названия варьируются от одного вида экспертного учреждения к другому. Защитники не вправе запрашивать экспертные заключения по уголовным делам и вправе обратиться только к помощи специалиста. Здесь мы отмечаем первое неравенство сторон и ограничение конституционного права на защиту и состязательности сторон. Экспертиза имеет более высокий правовой статус, чем заключение специалиста, поэтому крайне важно соблюдать принцип состязательности на стадии ее назначения, когда защитник вправе своевременно ознакомиться не только с постановлением о назначении экспертизы, но также и с материалами, направляемыми эксперту для проведения экспертизы. Молчание УПК по вопросу о праве защитника знакомиться с материалами для эксперта значительно снижает возможности адвоката сформу-

⁹⁸ Бальсите-Лидейкене («Балсите-Лидейкиене», Б. «Лидейкине») против Литвы (*Balsytė-Lideikienė v. Lithuania*, № 72596/01). Постановление Европейского Суда по правам человека от 4 ноября 2008 г. // «Бюллетень Европейского Суда по правам человека. Российское издание». — 2009, № 3. — С. 30.

лизовать вопросы для эксперта, а зачастую практически сводит их на нет. Вопросы эксперту адвокат может задать только через следователя, который, как правило, имеет полное усмотрение по их произвольному отклонению. Когда же экспертиза уже готова, следователи не всегда своевременно знакомят адвоката с заключением, но даже в случае своевременного ознакомления возможности адвоката невелики. Нарушения при назначении и проведении экспертизы, как правило, не могут быть в полном объеме восстановлены при последующем рассмотрении уголовного дела судом. Поэтому они нуждаются в принятии незамедлительных мер судебной защиты в порядке ст. 125 УПК РФ. Суды же неохотно вдаются в разбирательство спора между следствием и защитой по существу доказательственных доводов, вытекающих из рассмотрения заключения эксперта и порядка проведения экспертизы, и склонны отказать защите в ее жалобах на этой стадии уголовного производства. Эти вопросы выходят за рамки собственно уголовно-процессуальных отношений и могут ограничивать конституционные права и свободы личности. При этом отложение проверки законности и обоснованности действий следователя по отказу в ходатайствах защиты, связанных с назначением и проведением экспертизы, до стадии последующего судебного разбирательства может нанести ущерб, восполнение которого в дальнейшем окажется неосуществимым.

Многие могут возразить, сославшись на право адвоката привлекать к участию в деле специалиста и получать самостоятельные заключения специалистов по тем же вопросам, по которым назначена экспертиза. Эти доводы не могут подтвердить существование баланса между следствием и защитой и соблюдение состязательности сторон на стадии следствия. Во-первых, как мы уже отмечали заключение эксперта имеет более весомый правовой статус по сравнению с заключением специалиста. Во-вторых, заключение специалиста может попасть к эксперту, да и к суду, только через материалы уголовного дела, то есть через следователя. Последний, пользуясь слабостью на этой стадии судебного контроля и всепрощением со стороны начальства и прокуратуры, отказывает в приобщении полученного от

защиты заключения специалиста, иногда просто чтобы затянуть время, так как вопрос «специализированного научного доказывания» может иметь важнейшее значение на стадии следствия, но утратить часть своей актуальности к моменту последующего судебного разбирательства. Следователь выигрывает время, но правосудие в целом проигрывает. Расследование уголовного дела — это не застывшая процедура, а живой подвижный процесс, и актуальность важнейших в данный момент аргументов может устареть к следующей стадии следствия и тем более к судебному разбирательству. Доминирование следователя над адвокатом в процессуальных вопросах научного обеспечения сбора доказательств существенно подрывает законность уголовного судопроизводства по экономическим преступлениям.

В соответствии с перечнем родов (видов) экспертиз, выполняемых в судебно-экспертных учреждениях Министерства юстиции Российской Федерации, утвержденном Приказом от 14 мая 2003 г. № 114 «Об утверждении перечня родов (видов) экспертиз, выполняемых в государственных судебно-экспертных учреждениях Министерства юстиции Российской Федерации, и перечня экспертных специальностей, по которым предоставляется право самостоятельного производства судебных экспертиз в государственных судебно-экспертных учреждениях Министерства юстиции Российской Федерации (в ред. Приказов Минюста РФ от 12.09.2005 № 169, от 09.03.2006 № 36, от 12.03.2007 № 48)», предусмотрено проведение финансово-экономической экспертизы, в то время как в перечне МВД РФ («Перечень родов (видов) судебных экспертиз, производимых в экспертно-криминалистических подразделениях органов внутренних дел российской Федерации», утвержденный действующим приказом МВД России от 29.06.2005 № 511) данный вид экспертизы не предусмотрен, однако предусмотрено проведение финансово-аналитических экспертиз.

Такое расхождение предметов и видов экспертиз в ведомственных нормативных актах может рассматриваться как неопределенность правоприменительной практики, затрагивающей конституционное право граждан на защиту, с учетом того, что экспертно-криминалистические подразделения МВД РФ,

в основном, обслуживают следственные органы МВД РФ, в то время как экспертные учреждения Министерства Юстиции РФ обслуживают подразделения Следственного комитета России и суды. К основным экспертным методикам судебной финансово-аналитической экспертизы можно отнести методики экономического анализа, разработанные и опубликованные учеными-экономистами. Однако они имеют статус научной точки зрения и отличаются разнообразием подходов, что может приводить к различным выводам при аналогичных исходных данных.

В настоящее время отсутствуют какие-либо опубликованные методики, включая сертифицированные методики, судебной финансово-аналитической экспертизы. Отсутствие опубликованных методик не позволяет участникам уголовного процесса (обвиняемым, подозреваемым, защитникам, потерпевшим и их представителям) ознакомиться с содержанием предстоящего или проведенного судебно-экспертного исследования, уточнить вопросы эксперту, оценить полноту и достаточность представленных материалов, проверить достоверность выводов эксперта.

Нередко в основе экспертного исследования судебной финансово-аналитической экспертизы по делам о банкротстве лежит методика, указанная во Временных правилах проверки арбитражным управляющим наличия признаков фиктивного и преднамеренного банкротства, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 27 декабря 2004 г. № 855. Однако указанные Временные правила не содержат как таковых экспертных методик, а лишь определяют порядок проведения арбитражным управляющим проверки наличия признаков фиктивного и преднамеренного банкротства, поэтому их использование при производстве судебной финансово-аналитической экспертизы является недопустимым.

Также вопрос эксперту о преднамеренном банкротстве является некорректным, поскольку лежит за пределами компетенции эксперта-экономиста. Выход за пределы специальных знаний эксперта-экономиста обусловлен тем, что решение подобных вопросов связано с правовой оценкой действий лиц, установлением в них умысла (преднамеренности), с опреде-

лением нового правового статуса хозяйствующего субъекта — признание его банкротом. В Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 21 декабря 2010 г. № 28 «О судебной экспертизе по уголовным делам» также указано, что «Вопросы, поставленные перед экспертом, и заключение по ним не могут выходить за пределы его специальных знаний. Постановка перед экспертом правовых вопросов, связанных с оценкой деяния, разрешение которых относится к исключительной компетенции органа, осуществляющего расследование, прокурора, суда, как не входящих в его компетенцию, не допускается». Поэтому подобные вопросы не могут решаться в рамках производства судебных экономических экспертиз.

В настоящее время отсутствует единство в методиках проведения и названиях судебно-экспертного исследования бухгалтерской и финансово-хозяйственной документации по уголовным делам о преднамеренном банкротстве.

Кроме того, сложившаяся в системе судебно-экспертных учреждений России ситуация с проведением судебно-экономических (финансово-аналитических) экспертиз по уголовным делам о преднамеренном банкротстве противоречит положениям федерального законодательства о государственной судебно-экспертной деятельности, изложенным в следующих нормах:

Ст. 5 Федерального закона «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации»: «Соблюдение законности при осуществлении государственной судебно-экспертной деятельности»:

Государственная судебно-экспертная деятельность осуществляется при условии точного исполнения требований Конституции Российской Федерации и иных нормативных правовых актов, составляющих правовую основу этой деятельности.

Нарушение закона при осуществлении судебно-экспертной деятельности недопустимо и влечет за собой ответственность, установленную законодательством Российской Федерации.

Ст. 6: «Соблюдение прав и свобод человека и гражданина, прав юридического лица при осуществлении государственной судебно-экспертной деятельности»:

Государственная судебно-экспертная деятельность осуществляется при неуклонном соблюдении равноправия граждан, их конституционных прав на свободу и личную неприкосновенность, достоинство личности, неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защиту чести и доброго имени, а также иных прав и свобод человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права и в соответствии с Конституцией Российской Федерации.

Ст. 11: «Государственные судебно-экспертные учреждения»:

Государственными судебно-экспертными учреждениями являются специализированные учреждения федеральных органов исполнительной власти, органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации, созданные для обеспечения исполнения полномочий судов, судей, органов дознания, лиц, производящих дознание, следователей посредством организации и производства судебной экспертизы.

Организация и производство судебной экспертизы могут осуществляться также экспертными подразделениями, созданными федеральными органами исполнительной власти или органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации. В случаях, если производство судебной экспертизы поручается указанным экспертным подразделениям, они осуществляют функции, исполняют обязанности, имеют права и несут ответственность как государственные судебно-экспертные учреждения.

<...>

Деятельность государственных судебно-экспертных учреждений по организации и производству судебной экспертизы регулируется настоящим Федеральным законом, процессуальным законодательством Российской Федерации и осуществляется в соответствии с нормативными правовыми актами соответствующих федеральных органов исполнительной власти.

<...>

Государственные судебно-экспертные учреждения одного и того же профиля осуществляют деятельность по органи-

зации и производству судебной экспертизы на основе единого научно-методического подхода к экспертной практике, профессиональной подготовке и специализации экспертов.

Государственные судебно-экспертные учреждения производят судебную экспертизу в соответствии с профилем, определенным для них соответствующими федеральными органами исполнительной власти.

Ст. 8: «Объективность, всесторонность и полнота исследований»:

Эксперт проводит исследования объективно, на строго научной и практической основе, в пределах соответствующей специальности, всесторонне и в полном объеме.

Заключение эксперта должно основываться на положениях, дающих возможность проверить обоснованность и достоверность сделанных выводов на базе общепринятых научных и практических данных.

Имеющееся расхождение в названиях и методиках судебно-экономических экспертиз, предусмотренных в нормативных базах Минюста и МВД России, затрудняет соблюдение конституционного равенства граждан, поскольку суд будет пользоваться заключением экспертных учреждений Минюста, а следователь МВД — заключением экспертных учреждений МВД, что при различии методик и видов экспертиз может привести к разным результатам экспертного заключения при одной и той же исходной исследуемой ситуации.

В финансово-аналитической экспертизе, производимой в государственных судебно-экспертных учреждениях различных ведомств, не только не существует единого методического подхода, но и наименования этой экспертизы, как отмечалось выше, различны.

Указанное положение безусловно нарушает конституционный принцип равноправия граждан и их право на защиту, при этом право защиты на обращение за заключением специалиста по вышеуказанным вопросам не может восполнить ситуацию проведения государственной судебной экспертизы, поскольку нет единого нормативного подхода, позволяю-

щего проводить или проверять уже проведенные экспертные исследования.

Право стороны защиты на допрос эксперта со стороны обвинения, а также право на вызов и допрос собственных экспертов. П/п. «е» п. 3 ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах и п/п. «d» п. 3 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод предусматривают право обвиняемого допрашивать показывающих против него свидетелей или иметь право на то, чтобы эти свидетели были допрошены, и иметь право на вызов и допрос свидетелей в его пользу на тех же условиях, что и для свидетелей, показывающих против него. Это право традиционно распространяется и на экспертов. Важно то, что и Конвенция, и Международный пакт закрепляют эти права применительно к уголовному процессу, относя их к неотъемлемым минимальным гарантиям справедливости судебного разбирательства.

По делу «Сара Линд Эггертсдоуттир против Исландии», рассмотренному Европейским Судом по правам человека, обжаловалось решение суда, основанное на экспертном заключении сотрудников государственного экспертного учреждения.

Окружной суд признал ответственность государства и присудил заявительнице компенсацию. Верховный суд предложил государственному медико-правовому бюро (SMLB) дать заключение по этому вопросу и на основе заключения SMLB отменил решение окружного суда.

По мнению Европейского Суда, заявительница имела основания подозревать, что SMLB не действует с надлежащей беспристрастностью при рассмотрении дела Верховным судом. С учетом особого положения SMLB как органа, в соответствии с законом обеспечивающего медицинские заключения для судов, его позиция имела большее значение, чем показания эксперта, привлеченного стороной спора.

Процессуальное положение заявительницы, следовательно, не было одинаково с противной стороной, государством, насколько этого требует принцип равенства сторон. На основании этого Европейский Суд постановил, что по делу было допу-

щено нарушение требований ст. 6 Конвенции.⁹⁹ В соответствии с ч. 1 ст. 282 УПК РФ суд вправе вызвать для допроса эксперта, давшего заключение в ходе предварительного расследования, для разъяснения или дополнения данного им заключения по собственной инициативе или по ходатайству сторон. Это положение УПК не позволяет в полной мере реализовать минимальное стандартное право обвиняемого, закрепленное Конвенцией.

Вызывает возражения и ограничение допроса эксперта только дополнением и разъяснением данного им ранее заключения. Сторона защиты вправе в ходе допроса эксперта задавать ему вопросы относительно компетенции, общего профессионального и специального экспертного образования, опыта исследования объектов, аналогичных исследовавшимся в ходе дачи заключения, а также вопросы, позволяющие установить или исключить наличие обстоятельств, являющихся основанием для его отвода.

Верховный Суд РФ в своем определении от 23 октября 2008 он указал следующее: «В ходе допроса эксперта Черниковой Е. Д. были допущены нарушения ч. 1 ст. 282 УПК РФ. Стороной защиты эксперту задавались вопросы, не разъясняющие заключение эксперта, а ставящие под сомнение квалификацию эксперта, достоверность выводов эксперта. Председательствующим не было обращено внимание на допускаемые защитником нарушения ст. 282 УПК РФ».

В соответствии с российским уголовно-процессуальным законодательством, суд не вправе отказать в допросе специалиста, явившегося в суд по инициативе стороны. Однако это положение не является симметричным по отношению к праву стороны обвинения назначить судебную экспертизу в ходе досудебного судопроизводства и впоследствии вызвать эксперта для допроса в суде. Во многих случаях суды отказывают в допросе специалиста, ссылаясь на отсутствие правил такого допроса

⁹⁹ Сара Линд Эггертсдоуттир («Эггертсдоуттир») против Исландии (Sara Lind Eggertsdóttir v. Iceland, № 31930/04) // «Бюллетень Европейского Суда по правам человека. Российское издание». — 2008, № 2. — С. 27–28.

в УПК РФ. По нашему мнению, право следователя или суда отказать в удовлетворении ходатайства обвиняемого или подсудимого о назначении эксперта из числа указанных им лиц не согласуется с позицией Европейского Суда по правам человека, высказанной в решении по делу Бениш против Австрии.¹⁰⁰

В настоящее время вопросы судебно-экономической экспертизы являются весьма актуальными как для осуществления адвокатурой своей функции по оказанию квалифицированной юридической помощи по уголовным делам об экономических преступлениях, так и для системы судебно-экспертных учреждений Российской Федерации.

УПК РФ не содержит нормы, которая устанавливала бы какой-нибудь срок, в течение которого следователь обязан ознакомить сторону защиты с полученным заключением эксперта. Имеют место случаи, когда такое ознакомление умышленно затягивается и осуществляется накануне завершения предварительного следствия. Это, на наш взгляд, является нарушением права на защиту, так как очевидно сокращает срок ознакомления с СЭЭ, не позволяет при необходимости провести дополнительную или повторную судебную экспертизу. Особенно это важно по делам об экономических преступлениях, по которым заключения СЭЭ содержат большой объем достаточно сложной информации.

При этом целесообразно после ознакомления с заключением СЭЭ заявлять свои ходатайства не сразу в кабинете следователя, а после тщательного изучения заключения эксперта. Адвокат может написать в графе, предназначенной для заявления ходатайств, в протоколе ознакомления с заключением судебного эксперта о том, что ходатайства и заявления по существу будут поданы после детального изучения заключения эксперта. Адвокат вправе изготовить копию заключения с использованием технических средств (фотоаппарата, сканера, копировального аппарата и др.).

¹⁰⁰ Рабцевич О. И. Право на справедливое судебное разбирательство: международное и внутригосударственное правовое регулирование. — М.: «Лекс-Книга», 2005. — С. 301.

В соответствии со ст. 204 УПК РФ, эксперт в своем заключении должен указать содержание и результаты исследований с указанием примененных методик. Судебные эксперты-экономисты чаще всего указывают литературу, которую они использовали, и нормативные акты, которыми руководствовались, а также методы исследования. В отличие от традиционных криминалистических экспертиз, при проведении СЭЭ не указывается никакая методика. В настоящее время в открытом доступе не имеется опубликованных изданий, которые бы так и назывались «Методика проведения судебно-экономической экспертизы», или «Методика судебно-бухгалтерской экспертизы», или «Методика судебной финансово-экономической экспертизы».

Судебные эксперты-экономисты в своих ответах на вопрос о применявшейся в конкретной экспертизе методике предпочитают отвечать, что они пользовались профессиональными знаниями в области экономики и общеметодическими подходами к решению задач судебно-экономической экспертизы. Эти общеметодические подходы также нигде не публиковались под соответствующим названием и недоступны для лиц, чья судьба решается в ходе следствия или судебного разбирательства. Опубликовано достаточно большое количество различных книг и брошюр, содержащих перечни решаемых судебно-экономическими экспертизами вопросов, указания на материалы, направляемые на экспертизу, некоторые ошибки, допускаемые экспертами, следователями и судами при назначении и оценке судебно-экономических экспертиз. Однако эти работы не могут претендовать на роль общеметодических положений о производстве СЭЭ. Ни учебные пособия, ни монографии, ни диссертации не могут быть причислены к разряду методик.

В настоящее время в большинстве стран, в которых управление правосудия по уголовным делам считается одной из важнейших функций государства, после многолетних напряженных научных и юридических дискуссий, определены общие требования к применяемым в судебных экспертизах методикам. Методики должны быть опубликованы, обсуждены и получить одобрение не только в среде профессионально занятых в

экспертизе специалистов, но и всего научного сообщества (в нашем случае — ученых-экономистов соответствующих специальностей). Кроме того, должны быть выработаны и описаны способы проверки достоверности выводов эксперта, описаны факторы, способствующие даже ошибочных заключений. Методики должны сопровождаться словарями терминов, используемых при производстве экспертизы, библиографическими указателями общепризнанной литературы по вопросам, входящим в состав методики, программами подготовки судебных экспертов, которые будут использовать данную методику.

В России, к сожалению, полноценные методики существуют в доступном виде только по традиционным криминалистическим экспертизам. При несогласии с выводами экспертов в области судебно-экономической экспертизы указание на нарушение или несоблюдение методики исследования выглядит неубедительно. Опровергнуть выводы эксперта в редких случаях удастся только в результате грамотно построенного допроса или получения заключения специалиста соответствующего профиля. По многообъектным и сложным судебно-экономическим экспертизам повторные экспертизы назначаются следователями и судом с большой неохотой.

Адвокатское сообщество, обеспокоенное положением дел в области судебно-экономической экспертизы, провело в 2012 году обобщение правоприменительной практики по делам об экономических преступлениях и опубликовало результаты в открытой печати¹⁰¹. Конституционно-правовые проблемы уголовно-правовой политики в России и научное обеспечение доказательств по делам об экономических преступлениях явились предметом обсуждения на заседании Экспертно-консультативного совета по конституционному законодательству при Комитете Совета Федерации по конституционному законодательству, правовым и судебным вопросам, развитию граждан-

¹⁰¹ Научное обеспечение доказательств по уголовным делам об экономических преступлениях как гарантия защиты бизнеса в России (Обобщение правоприменительной практики). — М., 2012.

ского общества в апреле 2012 года. На этом заседании особое внимание было уделено состоянию судебно-экономической экспертизы. Было, в частности, отмечено, что на сегодняшний день в Российской Федерации отсутствуют как единый перечень методик в области экономической экспертизы, так и единые наименования видов экспертиз, не применяется единая сертификация методик судебно-экономической экспертизы. Говоря о судебно-экономических экспертизах по делам о банкротстве, проводимых в судебно-экспертных учреждениях МВД России и Минюста России, совет отметил, что «... граждане при рассмотрении в отношении них сходных уголовных дел и назначении экспертизы, связанной с банкротством, при равных условиях находятся, в сущности, в различном положении, поскольку доказыванию в данном случае должны подлежать одни и те же обстоятельства, а именно обстоятельства ухудшения финансового положения организации. Это противоречит требованиям ст. 19 Конституции России, в том числе с учетом толкования, придаваемого данной статье Конституционным Судом Российской Федерации»¹⁰². Несмотря на декларирование процессуальной независимости экспертов, состоящих на службе в органах внутренних дел, фактически они подчиняются руководителю ведомства, отвечающему одновременно и за результаты раскрытия и расследования преступлений, и это неизбежно оказывает влияние на оценку экспертами полученных в ходе исследования результатов.

Должны быть разработаны и утверждены методики производства всех необходимых судебно-следственной практике видов судебно-экономических экспертиз, в частности, судебной финансово-экономической экспертизы по делам о криминальных банкротствах, о мошенничестве, уклонении от уплаты налогов и др. Эти методики должны быть опубликованы, обсуждены и утверждены соответствующим образом. Утвержденные методики должны быть опубликованы и доступны всем заинтересованным в их изучении и использовании лицам. Наведение долж-

¹⁰² Указ. работа. — С. 10.

ного порядка в области судебно-экономической экспертизы крайне важно не только для адвокатуры, призванной оказывать квалифицированную юридическую помощь подозреваемым, обвиняемым, подсудимым и потерпевшим от преступлений, но и для дальнейшего развития отечественной экономики, а также для гражданского общества, обеспокоенного сложившейся в отечественном правосудии ситуацией.

Александр Витальевич СМИРНОВ

К ВОПРОСУ О ПРОДОЛЖЕНИИ СУДЕБНОЙ РЕФОРМЫ В РОССИИ

Верховный Совет РСФСР 24 октября 1991 года утвердил Концепцию судебной реформы. С этого времени в политической и правовой сфере страны многое изменилось: была принята новая Конституция Российской Федерации, вступили в силу новые кодексы и т.д., ратифицирована Европейская конвенция о правах человека, Россия признала юрисдикцию Европейского суда по правам человека. На фоне этих преобразований в определенных политических и профессиональных кругах сформировалось мнение о том, что судебная реформа подошла к своему успешному финалу. Однако позиция высшего руководства страны по этому вопросу не столь категорична. Так, еще 20 мая 2008 года бывший Президент России Д. А. Медведев в своем вступительном слове на совещании по вопросам совершенствования судебной системы, говоря о начале нового этапа развития судебной системы, отметил, что «основная цель для нас — добиться независимости суда на деле».¹⁰³

Как показывает опыт, практическая реализация демократических начал в пореформенном уголовном процессе проходит трудно и противоречиво. Не все российские судьи, прокуроры и следователи оказались готовы принять процесс как спор равных сторон перед лицом беспристрастного и независимого суда. Часть следователей и прокуроров превратно поняли состязательность лишь как свое право с ожесточением преследовать избранную жертву, не слишком заботясь при этом об интересах истины. Пользуясь выражением А. И. Герцена, о таких можно

¹⁰³ Официальный сайт Президента России. — <http://www.kremlin.ru/transcripts/156/print>.

сказать, что «прокурор, как ловкий тореадор, унижен и оскорблен, ежели травимый зверь уцелеет».¹⁰⁴ Очень многие судьи по-прежнему склонны отождествлять свои задачи с задачами прокуратуры и предварительного расследования. Роль правосудия они видят не в беспристрастном и объективном разрешении спора обвинения и защиты, где реабилитация невиновного — такая же желанная цель, как и осуждение виновного, а в пресловутой «борьбе с преступностью», что является отнюдь не целью суда, а прокуратуры и полиции. На усиление юридических гарантий стороны защиты, личности в целом, наиболее инертная, а порой и прямо реакционная часть судебно-следственной системы отвечает откровенным снижением стандартов доказанности виновности, обоснованности и мотивированности решений, снисходительностью к процессуальным нарушениям и пренебрежением к законным интересам участников процесса. Вместо очевидных оправдательных приговоров порой применяется «игра» мерами наказания и условное осуждение невиновных.

К сожалению, судебная реформа пока не преуспела в обеспечении подлинной независимости судей. Многие судьи всё еще боязливо оглядываются на прокуратуру, следствие и другие исполнительные органы власти, ожидая от них команды «делай, как я». В таких условиях даже самая демократичная и совершенная законодательная реформа может оказаться неэффективной. Отсюда следует, что первой задачей ныне является решительное преобразование *организации* судов, прокуратуры и следствия, равно как и обеспечение действенного гражданского контроля за их деятельностью. При этом необходимо создать такие механизмы, которые бы необратимо работали по «принципу домино», т.е., во-первых, объективно порождали лавинообразные позитивные изменения, передающиеся по цепочке, и, во-вторых, обеспечивали нормальную

¹⁰⁴ А. И. Герцен. Былое и думы. — Ч. V: «Париж — Италия — Париж. 1847-1852». — Гл. XXXVIII: «Швейцария. — Джемс Фази и рефюжье. — Monte-Rosa.». — М. - Л.: Гос. Изд-во, 1931-1932. — Т. II, 1932. — С. 119.

работу системы юстиции, так сказать, в «автоматическом» режиме, независимо от личных моральных качеств вовлекаемых в нее субъектов.

Какие направления такой организационной реформы представляются в этом плане наиболее эффективными? Точный ответ на этот вопрос может дать только практика. Но ей неизбежно должен предшествовать теоретический прогноз, поэтому и сегодня можно предложить несколько первоочередных, на наш взгляд, способов решения стоящих перед судебной реформой задач.

1. Организация судебной магистратуры

В правовом государстве система разделения властей дополняется системой сдержек и противовесов. Важным элементом этой системы служит общественно-государственный, консенсусный способ формирования судейского корпуса. Для этого в континентальной Европе существуют органы, которые именуются высшими советами магистратуры или высшими советами судебной власти и образуются не только из судей, но и из представителей законодательных и исполнительных органов власти, а также представителей адвокатуры и юридической, в том числе научной, общественности. Необходимость в подобных органах объясняется также уважением принципа: «Никто не может быть судьей в собственном деле». Формирование судейского корпуса не может быть делом самого судейского сообщества, ибо это выводит судейскую корпорацию из-под общественного, а в значительной степени, и государственного контроля.

Понятие «магистратура» со времен Французской революции стало собирательным понятием для обозначения должностных лиц судебного и прокурорского ведомства. Смысл такого объединения состоит в том, что магистратура образует автономное и независимое от всякой другой власти сословие. Благодаря этому судебная власть является более широким понятием, нежели судебная система, включая в себя наряду с собственно судьями также следственных судей (в тех странах, где учреждена эта должность) и государственных обвинителей. Будучи магистратами, все они значительно менее зависимы от

исполнительной власти, что позволяет добиться бóльшей их беспристрастности и объективности.

Следует передать все функции квалификационных коллегий судей смешанным общественно-государственным органам, которые можно условно называть советами судебной магистратуры, учреждаемыми в центре (например, Высший Совет судебной магистратуры) и в субъектах Российской Федерации. В Совет магистратуры ряд членов могут входить по должности, остальные — избираться самими магистратами из числа лиц, принадлежащих к разным категориям магистратуры, а также включать членов представительных органов власти, профессоров права и адвокатов. Подобным образом аналогичные органы формируются в Италии, Испании, Франции и др. Полномочия этих советов надлежит распространить также на государственных обвинителей, выведя последних из состава прокуратуры в отдельную службу (например, в рамках Министерства юстиции РФ), а также на следователей.

2. Оптимизация суда с участием присяжных заседателей

Следует напомнить, что Концепцией судебной реформы Российской Федерации предполагалось внедрение суда с участием присяжных по делам о преступлениях, грозящих виновному лишением свободы на срок *свыше одного года*, то есть по подавляющему большинству дел. Однако фактически роль суда с участием присяжных оказалась намного скромнее — он может действовать лишь по ограниченному кругу дел, подсудных судам областного, краевого и равных им звеньев. Сущность суда с участием присяжных, как известно, состоит в том, что разрешение вопроса о виновности является исключительной прерогативой народных представителей, а профессиональных судей к нему не допускают.

Подлинное значение суда присяжных проявляется главным образом в политической сфере — он существует как гарантированная для всех возможность защититься против тенденциозных либо политически мотивированных обвинений. Поэтому важно не то, сколько обвиняемых реально изберут для себя эту

судебную процедуру, — главное значение имеет сама возможность для каждого встать под ее защиту.

Сущность суда с участием присяжных состоит не только, и не столько в простом привлечении к осуществлению правосудия народных представителей. Это своего рода страховой полис, который каждый из нас носит в кармане и который предохраняет от слишком крепких, а порою смертельных, объятий государства-«Левиафана». Не секрет, что профессиональные судьи в силу принадлежности к государственному аппарату всегда остаются ближе к государственному же обвинению, чем к защите, а потому профессиональный судья всегда находится под подозрением в склонности к первоочередной защите принципа *raison d'état* («всевластия государства»), то есть в известном смысле является «судьей в своем собственном деле». Напротив, жюри присяжных свободно от такого упрека, и условия для состязания сторон обеспечиваются здесь более полным и справедливым образом.

Так, по данным Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации¹⁰⁵ в России за период с 1994 по 2011 г. судом присяжных оправдывалось в среднем 15–17% от общего числа лиц, преданных суду, а количество оправданных остальными судами составляло около 1%.¹⁰⁶ Такое колоссальное расхождение не может быть объяснено ни ошибками присяжных, ни особой прозорливостью профессионалов.

Оно продиктовано неодинаковым восприятием правосудия присяжными и профессиональными судьями. Последние фактически более склонны отождествлять свои задачи с задачами прокуратуры и предварительного расследования, а цель правосудия видеть в избавлении общества от преступности, в то время как присяжные рассматривают правосудие буквально, т.е. как способ справедливого и беспристрастного разрешения спора сторон. Весьма ярко описал миссию жюри присяжных

¹⁰⁵ <http://www.cdep.ru/>.

¹⁰⁶ Например, в первом полугодии 2011 г. российскими судами всего было осуждено 399 764 человек, оправдано 4650, причем из них судами присяжных осуждено 557, а оправдано 103 человека.

Верховный Суд США в решении по делу *Duncan v. Louisiana* (1968): «Право на суд присяжных предоставлено подсудимым для того, чтобы предотвратить притеснение со стороны государства. Те, кто написал нашу Конституцию, знали из истории и опыта, что необходима защита против необоснованных обвинений с целью упразднить врагов и против судей, легко поддающихся влиянию высших властей. Авторы нашей конституции стремились создать независимых судей, однако настояли на предоставлении дополнительных гарантий от произвола власти. Предоставляя подсудимому право быть судимым судом равных наделяет его бесценной гарантией против коррумпированного и слишком рьяного прокурора, а также против зависимого, предвзятого или эксцентричного судьи».¹⁰⁷

Требуем рассмотрения следующий вопрос. Можно ли рассматривать право на суд присяжных именно как основное и неотчуждаемое, либо оно относится к числу так называемых октроированных (фр. *octroyer* — «предоставлять; выдавать», «жаловать, даровать»), то есть прав, предоставляемых по свободному усмотрению государства? Каково конституционно-правовое содержание этого права и не может ли оно практически быть сведено к нулю посредством отраслевого правотворчества?

Первый вопрос можно назвать риторическим. В самом деле, право на суд присяжных провозглашено в гл. 2 российской Конституции, которая непосредственно посвящена правам и свободам человека и гражданина, и следовательно, вряд ли можно всерьез отрицать, что такое право следует считать конституционным и основным. Сомнения относительно того, является ли право на суд с участием присяжных заседателей естественным, данным человеку от рождения, либо октроированным, может возникнуть в связи с тем, что в Конституции говорится, что оно «предоставляется». Так, согласно ч. 2 ст. 20 Конституции, «смертная казнь впредь до ее отмены может устанавливаться федеральным законом в качестве исключительной меры наказания за особо тяжкие преступления против жизни

¹⁰⁷ См.: *Ковалев Н.* Суд присяжных в делах о терроризме: обзор зарубежного опыта (<http://www.iuaj.net/node/296>).

при предоставлении обвиняемому права на рассмотрение его дела судом с участием присяжных заседателей». Однако понятие предоставленного права не тождественно понятию права октроированного. Последнее связано в позитивистских концепциях правового государства с происхождением конституции, когда вместо ее обычного принятия парламентом, учредительным собранием или на референдуме она даруется народу верховной государственной властью (монархом, президентом) либо метрополией, предоставляющей конституцию зависимой территории. Октроированные конституции, как правило, сохраняют за государственной властью более широкие права и существеннее ограничивают компетенцию народного представительства, чем те из них, которые были приняты в обычном порядке.

Таким образом, считается, что октроированное право предоставляется (даруется) по свободному усмотрению высшей государственной власти, и следовательно, она может в любой момент забрать его обратно. Но подобное понимание встречает антагониста в лице теории юснатурализма, согласно канонам которого основные права признаются властью не по ее прихоти и соизволению, а в силу их естества, т.е. объективной необходимости. Это означает обязанность правового государства признавать и соблюдать права, соответствующие человеческой природе.¹⁰⁸

Конституционным Судом России не раз высказывалась правовая позиция, согласно которой ограничения основных прав и свобод могут быть правомерны, только если они являются *соразмерными* и *необходимыми* для защиты конституционно значимых ценностей и не затрагивают само существо самого конституционного права.¹⁰⁹

Таким образом, на первый взгляд, имеет место некое противоречие: с одной стороны, право на суд присяжных, будучи основным, может быть ограничено законодателем лишь

¹⁰⁸ См.: *Нерсесянц В. С.* Философия права. Учебник для вузов. — М.: Изд. группа «ИНФРА•М» — «Норма», 1997. — С. 103.

¹⁰⁹ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 30 октября 2003 года № 15 П.

при условии соблюдения конституционно-правовых требований необходимости и соразмерности, а с другой, путем простого изменения предметной подсудности дел в уголовно-процессуальном законе. Значит ли это, что законодатель, варьируя подсудность дел суду с участием присяжных, не обязан следовать названным конституционно-правовыми условиям и волен руководствоваться исключительно представлениями о целесообразности? Представляется, что такой вывод был бы неверным, ибо законодатель при необходимости изменения подсудности суда с участием присяжных обязан сверяться с конституцией, провозглашающей приоритет интересов личности перед узкими интересами государства и, таким образом, фактически отменяющей принцип *raison d'état*. Но для этого необходимо иметь отправные точки, или критерии, которые позволяли бы определять, каково должно быть неприкосновенное, естественное ядро этого конституционного права. В противном случае пришлось бы допустить, что, оставив в перечне видов преступлений, подведомственных суду с участием присяжных, к примеру, всего лишь одну статью уголовного закона, законодатель может считать, что уже выполнил конституционно-правовой наказ, и основное право на суд с участием присяжных соблюдено.

Наибольшей остроты противоречие между личностью и государством достигает в уголовном судопроизводстве по делам по обвинениям в посягательстве непосредственно на государственные интересы и безопасность, в том числе в шпионаже, и нарушении государственной тайны и т.п. Не случайно в некоторых европейских странах (например, Австрии и Бельгии) использование суда присяжных в делах о преступлениях против государства (которые именуются политическими), а в Бельгии и преступлениях прессы, гарантировано на конституционном уровне (ст. 91 Конституции Австрии; ст. 150 Конституции Бельгии). В Швеции жюри присяжных используется по делам о свободе печати (Акт о свободе печати 1949 г. с изменениями 1974 г.).

Такой подход становится всё более признаваемым и в международном праве. Так, в докладе the Committee of the Council of Europe Parliamentary Assembly (PACE): «Вопросы

справедливого судебного разбирательства в уголовных делах о шпионаже и разглашении государственной тайны» от 19 апреля 2007 года, по которому 23 апреля 2007 года была принята резолюция РАСЕ, отмечалось, что атмосфера «шпиономании» является помехой для здорового развития гражданского общества, и вызывает озабоченность тот факт, что власти США, Германии, Швейцарии и Италии угрожали и пытались привлечь к ответственности редакторов, журналистов и других «изобличителей» за предполагаемое разглашение государственной тайны, в частности, в контексте недавних сообщений о незаконных действиях ЦРУ. Исходя из этого, Комитет настоятельно призвал все страны-члены Совета Европы воздержаться от преследования ученых, журналистов и адвокатов, которые заняты общепринятой профессиональной деятельностью, и реабилитировать тех, кто уже подвергся наказанию (Резолюция 1507 (2006) и Рекомендация 1754 (2006)). Особенно важно подчеркнуть, что в докладе РАСЕ неоднократно упоминается о необходимости применения по данной категории дел именно суда с участием присяжных как гарантии прав личности от злоупотреблений со стороны представителей государства.

Просто необходимо, на наш взгляд, расширить подсудность суда с участием присяжных заседателей, распространив возможность использования этой формы (по желанию обвиняемых) на все дела о преступлениях средней тяжести, тяжких и особо тяжких преступлениях. Такая «шоковая терапия» могла бы стать эффективным первым шагом реальной судебной реформы, поскольку достаточно быстро приведет к повышению качества предварительного следствия. Как показывает практика, в суде присяжных дела, «шитые белыми нитками», быстро разваливаются. Одновременно это повлекло бы за собой очищение прокуратуры и судов от людей случайных и недобросовестных. Какой смысл брать взятки за возбуждение или прекращение дел, если в суде всё будет поставлено на свои истинные места? В свою очередь, санация правоохранительных органов приведет к повышению эффективности их работы, больно ударив, в том числе, по чиновной коррупции в целом, которая является главной политической и экономической проблемой, стоящей на

пути развития современной России. Таким образом, суд присяжных может сделаться тем звеном, с которого начнет действовать «принцип домино». Кроме того, власти пора бы наконец понять, что суд присяжных — это не суд толпы, а в дополнение к его чисто юридическим достоинствам еще и хорошее средство выпустить лишний пар из перегретого социального котла.

Одновременно, с целью сокращения расходов и упрощения процедур отбора состава присяжных заседателей, можно рассмотреть вопрос о сокращении их количества (например, до 5 или 7). Также было бы целесообразно, по общему правилу, ограничить максимальное наказание, которое может быть назначено по приговору единоличного судьи (например, десятью годами лишения свободы), с тем чтобы риск назначения наиболее строгого наказания искупался для обвиняемого возможностью предстать перед действительно независимым народным судом. Это, как показывает зарубежная практика (в частности, судопроизводства США), позволит оптимизировать количество дел, фактически рассматриваемых с участием присяжных. Кроме того, может быть оптимизирована и сама процедура рассмотрения дел в этом суде, например, за счет наделения суда правом в случае признания подсудимым своей виновности отказать при отсутствии возражений сторон от проведения судебного следствия и участия в судебном разбирательстве присяжных заседателей.

Можно подумать и о совсем «экзотических» средствах оптимизации этой процессуальной формы, например, введении системы судебного страхования (т.н. «зеленой карты»), за счет выплат по которому могло бы обеспечиваться не только обеспечение обвиняемых помощью квалифицированных защитников-адвокатов, но и дополнительное внебюджетное финансирование проведения процессов с участием присяжных заседателей по всем категориям уголовных дел.

3. *Мировой суд — суд присяжных в миниатюре*

В идеальном смысле мировое судопроизводство есть как бы маленький суд присяжных, выполняющий ту же самую роль независимого народного правосудия. Оно возникло в Ан-

глии в средние века как ответ нарождающегося гражданского общества королевскому абсолютизму. Английские мировые судьи — своего рода народные трибуны гражданского общества. Однако исторически на континенте, в том числе в царской России, мировые судьи, как правило, являлись судебными чиновниками (магистратами) низшего ранга, получавшими жалование от государства; исключение из этого правила в ряде случаев составляли лишь так называемые почетные мировые судьи, которыми обычно становились известные и уважаемые люди.

Институт мировых судей был воссоздан в России в 1998 г. в его не самом лучшем, континентальном исполнении, причем без всякого участия почетных судей. Фактически цель введения этого института состояла лишь в том, чтобы разгрузить федеральных судей от массы скопившихся в районных судах дел, а заодно и снять часть финансового бремени с федеральной казны. На наш взгляд, было бы целесообразным вернуться к истокам этого удивительного правосудия. Прежде всего, необходимо перейти к обязательной и повсеместной выборности мировых судей гражданами так, как это было предусмотрено первоначальным проектом федерального закона о мировых судьях. Следует, на наш взгляд, возродить съезды мировых судей, сделав их апелляционной инстанцией по делам, рассмотренным мировыми судьями. Надо воссоздать институт почётных мировых судей наряду с участковыми мировыми судьями, а гражданам предоставить право свободно выбирать, к какому из мировых судей своего района можно обратиться с жалобой.

4. Судебно-состязательное предварительное расследование

Согласно ст. 123 (ч. 3) Конституции Российской Федерации *судопроизводство* осуществляется на основе *состязательности* и *равноправия* сторон. Поскольку по смыслу ст. 1 УПК РФ понятия уголовного процесса и уголовного судопроизводства идентичны, можно сделать вывод о том, что весь уголовный процесс в силу названной конституционной нормы должен строиться на началах состязательности и иметь судебный характер. Однако это не соответствует действительности. Предваритель-

ное расследование в российском уголовном процессе остается в основном розыскным (инквизиционным) и осуществляется в целом как «досудебное». Это выражается в том, что большинство решений по делу (в т.ч. предъявление официального обвинения, легализация доказательств в качестве судебных, применение большинства мер пресечения и т.д.) принимается не судебным органом, а следователем или дознавателем, т.е. стороной уголовного преследования, которая таким образом является «судьей в своем собственном деле».

Создание Следственного комитета при прокуратуре Российской Федерации (ныне — Следственный комитет) стало первым шагом на пути реформирования органов предварительного расследования. Скорее всего, следующим станет создание единого Следственного комитета, объединяющего все или большинство действующих в настоящее время органов предварительного следствия. Однако произведенное разделение функций имеет пока половинчатый и не вполне последовательный характер. Всё же прокуратуре, которая исторически сложилась именно как главный субъект уголовного преследования, всегда будут значительно ближе интересы органов предварительного следствия, стороны обвинения, чем нехарактерная и непривычная роль беспристрастного арбитра в споре сторон.

Ключ к решению проблемы лежит, по нашему мнению, не в укрупнении следственного ведомства, а в преодолении инквизиционного характера его деятельности, что связано, в первую очередь, с нахождением его в системе органов уголовного преследования под эгидой исполнительной власти. Представляется, что вопрос о разделении процессуальных функций на досудебных стадиях уголовного процесса может быть удовлетворительно решен лишь тогда, когда между уголовным преследователем и стороной защиты на предварительном следствии будет поставлен подлинно независимый орган юстиции — по сути, следственный судья. В этом смысле прокурору и следователю в перспективе следовало бы поменяться местами: прокурору — вернуться к естественной для него роли руководителя уголовного преследования по всем уголовным делам, имея в своем полном процессуальном подчинении органы дознания,

осуществляющие поиск и собирание доказательственной информации, судебный же следователь (или следственный судья) должен производить — в основном, по требованию сторон¹¹⁰ — следственные действия по легализации в качестве судебных доказательств материалов, представленных сторонами, а также судебный контроль над мерами процессуального принуждения и соблюдением органами уголовного преследования конституционных прав и свобод граждан. Именно по такой либо родственной ей модели организовано предварительное расследование в устоявшихся процессуальных системах Испании, Италии, Англии, США и некоторых др. стран. В этом смысле создание единого следственного ведомства могло бы сослужить добрую службу российскому правосудию при условии, что на его следователей будут распространены все гарантии судейской независимости, а сама выполняемая ими функция в уголовном процессе станет судебной. Подобное решение проблемы могло бы привести к политическому и правовому консенсусу, формально удовлетворив амбиции всех заинтересованных сторон. Так, Генеральная прокуратура вернула бы себе контроль над расследованием уголовных дел, причем не только о преступлениях небольшой или средней тяжести (чего она добивается в настоящее время), но и о тяжких и особо тяжких преступлениях; Следственный комитет аккумулировал бы в своем составе всё предварительное следствие¹¹¹ и пользовался полной самостоятельностью в системе разделения властей. Вместе с тем, получив всё, чего они добивались, эти политические игроки оказались бы «встроены»

¹¹⁰ В такой системе стороны вольны представлять доказательственные материалы и прямо в суд, где последний решает вопрос об их допустимости, без опосредования на предварительном расследовании.

¹¹¹ Согласно классическим мировым канонам уголовно-процессуальной теории, предварительным следствием принято называть лишь судебную и состязательную часть предварительной подготовки дела. Ей может предшествовать розыскная, наименее формализованная часть, именуемая (полицейским либо прокурорским) дознанием.

в систему сдержек и противовесов на основе достижения конституционного баланса сил, а российский уголовный процесс стал бы, наконец, полностью отвечать требованиям Конституции Российской Федерации о том, что всякое судопроизводство осуществляется на основе состязательности и равноправия сторон (ч. 3 ст. 123).

2050 ГОД: ПОСТСОСТЯЗАТЕЛЬНЫЙ ПРОЦЕСС?

Каким будет судопроизводство через полвека (цифра, конечно, условна, и нас интересует вся вторая половина XXI столетия, а может и часть века XXII)? В настоящее время на звание вершины эволюции судопроизводства претендует состязательный тип уголовного процесса. Действительно, что может быть лучше полного равенства в споре, а также беспристрастного и объективного суда? Только здесь индивид может на равных противостоять государству-«Левиафану».

По сути, все основные международно-правовые акты о суде исходят именно из принципов состязательной процессуальной модели. Это Международный Пакт о политических и гражданских правах, Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод и др. Все идущие в мире реформы уголовного процесса (Германии, Испании, Италии, России, Финляндии, Франции и др.), начиная с 50–60 х годов прошлого века, объективно были нацелены на состязательную доработку уголовного процесса, прежде всего, его подготовительных стадий, где традиционно наиболее сильны были инквизиционные атавизмы. Причем процесс состязательного переустройства уголовного судопроизводства еще не завершен; по-видимому, он будет основным содержанием перемен в этой сфере на протяжении как минимум первой половины нынешнего, XXI века.

Но всегда ли процесс разрешения уголовно-правовых конфликтов будет носить именно такой характер? Иначе говоря, вечен ли состязательный процесс, или на смену ему придет другой, *постсостязательный* судебный порядок? Ведь если история и учит нас чему-то, то только тому, что в этом мире ничто не вечно!

Очевидно, что на данный момент состязательность как ничто иное отражает характер индустриальной цивилизации, предпринимательского общества и демократического государства, дух свободной конкуренции и противоборства, где каждому предоставлен его шанс, в том числе и в судебной борьбе с самим государством.

Зададимся, однако, вопросом, почему стиль судебных отношений личности и государства имеет в современном мире явно недоброжелательный и даже комбатантный характер? Почему между ними поощряется законом «маленькая война», в которой государство — «охотник», а обвиняемый — «дичь»? Как писал Александр И. Герцен, в таком процессе *«прокурор, как ловкий тореадор, унижен и оскорблен, ежели травимый зверь целееет»*. Но «если есть Бог, то откуда зло»? Коль скоро государство находится в гармонии с обществом, зачем же тогда вооружать против него гражданина целым арсеналом состязательных прав? Ответ может быть и таким — на самом деле гражданское общество всё еще опасается государства, не доверяя ему до конца, и потому рассматривает уголовный процесс как гарантию защиты своих прав против административного произвола.

Интересно в этом отношении мнение известного французского философа Поля Рикёра: «Полагаясь на государство, я как бы заключаю пари. Смысл этого пари в том, что государство в целом — *несмотря на зловредность стоящих у власти индивидов — служит делу добра*»¹¹². Ощущая эту опасную двойственность, возникшее гражданское общество пытается по возможности оградить себя от этого необходимого «зла» — легионов чиновной братии — выборами, свободой прессы, а также состязательностью процесса и судом присяжных.

Но отмеченное политическое противоречие государства и гражданского общества — не единственная объективная причина сохранения состязательности в судопроизводстве. Последняя питаема и чисто *гносеологическими* причинами: до тех пор, пока масса преступлений совершается в условиях неоче-

¹¹² Рикёр П. История и истина. — СПб.: «Алетейя», 2002. — С. 142.

видности, пока необходим *сложнейший* процесс доказывания виновности, будет существовать заpiresательство обвиняемых, а значит, и спор сторон. Чем не почва для состязательности процесса?

А что если две названные причины — политическая и гносеологическая — отпадут, будет ли тогда нужда в состязательном процессе? Известно, что многие социальные явления развиваются как бы по спирали, приходя в определенной точке к воспроизведению черт низшей фазы, хотя и на качественно более высоком уровне. Вспомним, что на самых ранних этапах своей экзистенции уголовный процесс в раннеземледельческих обществах, непосредственно выроставших из родоплеменного строя, имел характер некоего *общинного дознания*, не имеющего ни тени состязательности. Однако и назвать его инквизицией не поворачивается язык. Судите сами. Судом здесь обычно являлось обширное собрание всех членов общины либо ее особых представителей (народное собрание, коллегии старейшин, жрецов и т. д.). Хотя уголовное преследование начиналось без какого-либо формального обвинения, поводом для него служило *общественное мнение* по поводу совершенного преступления. Обвинитель отсутствовал, но лишь потому, что все преступления внутри замкнутого полиса быстро становились известны всем, то есть были практически очевидны. По той же причине, как правило, не являлось нужды в доказательствах и доказывании вины, а судопроизводство сводилось, главным образом, к решению вопроса, какую меру воздействия следует применить, какое наказание назначить виновному. Подобный же способ решения конфликтов обычно стихийно возникает и там, где некая группа людей неожиданно оказывается в экстремальных условиях, будучи надолго изолирована от цивилизации (яркий пример подобной «робинзонады» дает известный американский телесериал «Lost»). Почему же возможен такой архаический процесс, начисто лишенный состязательного характера? Потому, что, во-первых, еще не сформировалось политическое противостояние между управляющими и управляемыми, а во-вторых, обстоятельства дела, как правило, являлись достаточно очевидными.

Сейчас много говорят, что в мире идет становление так называемой информационной, или постиндустриальной цивилизации, основной отличительный признак которой состоит, по сути, в ином принципе формирования социальной элиты. Развитие, как предполагается, будет происходить здесь не за счет *перераспределения* элитой в свою пользу общественного продукта (интеллектуальная элита в этом более не нуждается, так как она-то и есть теперь непосредственный производитель основных общественных благ), а в результате тотального использования науки, знаний. Собственность приобретает интеллектуальную и инновационную природу — она создается в первую очередь силой интеллекта и от распределения среди многих индивидов не уменьшается, как раньше, а, напротив, растет и приумножается.

В итоге, *социальные мембраны*, обычно разделяющие элиту и демос, в информационном обществе не просто становятся проницаемыми — они *падают*, а общество делается поистине *открытым*. Вместо социальных перегородок роль фактора, структурирующего социум, на новом витке развития вновь, как и в древние времена, начинают выполнять естественные антропологические — в первую очередь, интеллектуальные — способности индивидов. То есть политическая власть становится *меритократией*, а элитарная парадигма политического развития, будучи в известном смысле вызовом демократии, замещается *эгалитарной*, основанной на идее равенства всех и каждого.

Это дает нам одно очень важное следствие — в результате исчезают и предпосылки для противостояния государства и гражданского общества. Отличительной особенностью нового государственного порядка явится то, что интересы отдельных индивидов больше не будут приноситься в жертву публичным интересам социальной целостности, на поддержания которой будут брошены иные, в первую очередь, интеллектуальные ресурсы.

Если согласиться с тем же *Полем Рикёром*, что «государство есть противоречие рациональности и силы» и сочетает в себе образ зверя — «принцип Иоанна Богослова» — и образ

права — «принцип апостола Павла»¹¹³, то можно сказать, что будущее, несомненно, за Павлом, то есть за рациональностью и правом. Открытое информационное общество, не имеющее необходимости содержать *политэкономическую* элиту, — это предел и вершина идеи государства. Хотя социальное администрирование останется и здесь, оно впервые приобретет черты буквально *правового государства*: общество, как в библейской *Книге судей*, будет управляться с помощью информационного ресурса — права, то есть посредством законов и обслуживающей эти законы юстиции, которая при этом, конечно, должна будет существенно измениться. Конечно, современный мир пока далеко не достиг еще нарисованного мною идеала, однако его *предчувствие* уже, что называется, «носится в воздухе» (можно вспомнить быстрое возникновение крупнейших финансовых состояний в сфере IT-технологий, развившийся после Второй мировой войны культ прав человека, невиданное ранее укрепление социальной и политической толерантности и политкорректности).

С другой стороны, нельзя не заметить, как в геометрической прогрессии идет развитию информационных технологий, и можно предположить, что через полвека в распоряжении криминалистов появятся такие возможности профилактики и расследования правонарушений, которые сделают «явным в свете всё, что сказано во тьме», то есть большая часть преступлений может перейти в разряд очевидных.. Так, например, не исключено, что появится такая отрасль знаний, как *криминалистическая телеметрия*, основанная на *дистанционных* исследованиях биологических процессов и измерениях биологических показателей человека, а также измерениях и передаче данных о передвижениях конкретных людей и иных объектов с космических спутников Земли (характерный пример — известное дело О. Джея Симпсона, знаменитого американского футболиста и актёра, обвиненного в убийстве своей бывшей жены Николь Браун Симпсон, по которому России готова была пере-

¹¹³ См.: Ricoeur P. Political and Social Essays. Athena, 1974. P. 201, 208.

дать американской стороне спутниковые фотографии, где отчетливо были запечатлены передвижения белоснежного «Форда-Бронко», на котором обвиняемый ездил в ту роковую ночь. К сожалению, американский суд отказался их принять, хотя говорят, что эти снимки могли стать едва ли не главной уликой по этому делу).

Если всё это действительно станет реальностью, нужна ли нам будет «судебная война»? Рискну предположить, что нет. Вместо комбатантного состязания в суды придет *дискурс*, то есть выработка решений в результате взаимного сканирования и учета (компромисса) мнений. Задача публичного обвинителя при дискурсивном подходе будет состоять не в стигматизации правонарушителя, не в том, чтобы добиться его осуждения, «хотя бы рухнул мир». Обвинителя в первую очередь должны будут беспокоить справедливость, соблюдение прав личности и *ресоциализация* виновного. Непривлечение к уголовной ответственности того, кто невиновен, либо пусть даже виновен, но способен загладить свою вину, примирение и прощение сторонами друг друга — столь же ценный и желанный для публичного обвинителя результат, как и осуждение действительно заслуживающего наказания. Обвинитель не перестанет быть обвинителем, но само обвинение из преследования обвиняемого станет формой общественной озабоченности, «*радения о вине*». Другими словами, в новом процессе обвинение перестанет быть уголовным преследованием.

Свидетельством изменения роли судопроизводства уже сейчас является переход при возбуждении уголовного преследования от *принципа официальности* (обязательности публичного преследования в каждом случае совершения уголовно наказуемого деяния) к *принципу общественной целесообразности*. Публичный орган не обязан возбуждать преследование правонарушителя, если считает, что это не рационально, противоречит общественным интересам и не способствует *ресоциализации* правонарушителя.

Всё более популярной становится также идея *деформализации предварительного расследования*, когда оно целиком ведется не официальным, а *официозным* образом (иногда это

называют также термином «полицейское расследование», либо «полицейское, или прокурорское дознание»), то есть без применения каких-либо принудительных мер и соответственно без формирования в ходе его судебных доказательств, но зато и с минимальными формальностями. Заканчивается такое расследование, если необходимо, задержанием подозреваемого и возбуждением публичного обвинения, после чего только и возможно собственно судопроизводство — судебные процедуры подготовительного характера (*легализация доказательств в качестве судебных, предъявление обвинения, применение мер пресечения*), а затем и рассмотрение дела судом по существу. Современное предварительное расследование, или следствие, на континенте — под влиянием французского юридического гения — если не ошибаюсь, со времен ордонанса 1539 г. Франциска I и Большого уголовного ордонанса Людовика XIV 1670 года традиционно считается частью судопроизводства, фактически оправдывает длительные сроки ареста и отягощает процесс бумажной волокитой. Смысл обратного превращения расследования в *официозное дознание* состоит в минимизации ограничений неотъемлемых прав личности на свободу, неприкосновенность жилища, частной жизни, с одной стороны, и повышении гибкости и оперативности действий в порядке расследования, с другой. Одним из результатов подобного преобразования, по-видимому, явится возможность для более строгого соблюдения принципа срочности судебной защиты, например, путем повсеместного перехода к уже известному в ряде государств правилу, которое условно можно назвать «*принципом ста дней*», когда рассмотрение дела по существу должно начаться не позднее определенного законом приемлемого срока, исчисляемого с момента задержания подозреваемого. Другим результатом можно считать перспективу развития так называемого параллельного, или адвокатского расследования. Идеи такого преобразования расследования, впрочем, как и целесообразности при возбуждении уголовного преследования, одинаково легко укладываются в парадигму как состязательного, так и постсостязательного процесса, ибо максимально обеспечивает личную свободу и рациональность производства.

Наконец, нельзя пройти мимо весьма популярных уже теперь идей *восстановительного правосудия*. Надо признать, что, ставя во главе угла ресоциализацию правонарушителя и восстановление общественного «мира», они плохо согласуются с классическим принципом состязательности процесса. Вместе с тем, их никак нельзя назвать и возвратом к инквизиционной модели. На мой взгляд, это первый действительный росток нового, дискурсивного постсостязательного порядка разрешения дел, так сказать, в его «чистой» форме. Однако в то же время следует *предостеречь* сторонников восстановительного правосудия против слишком быстрого его внедрения на практике, без учета конкретной реальности, тех социальных и политических условий для перехода к постсостязательности, о которых говорилось выше. Иначе, на деле, при отходе от состязательной парадигмы может возникнуть опасность преждевременного разоружения обвиняемого лица в его борьбе с фактически недружественными ему силами, лишение его необходимых процессуальных средств для защиты своих прав под предлогом деформализации процесса (на мой взгляд, это уже сейчас происходит в России при попытках преждевременного и безоглядного внедрения ювенальной юстиции).

Тем не менее, будущее, без сомнения, за *восстановительным правосудием*. Можно предположить, что под влиянием его идей судебное разбирательство уголовных дел из *состязательной* процедуры, которая, по существу, является отражением ветхозаветного *принципа талиона — возмездия, равного по силе преступлению* (и в этом смысле логически противоречащего даже самой презумпции невиновности!), со временем преобразится в *дискурсивный* процесс выработки взаимоприемлемого для всех способа дальнейших, иногда долговременных действий, своего рода «*дорожной карты*» обращения с правонарушителем и потерпевшим, а также и их *взаимодействия*, которая с наименьшими потерями ведет к восстановлению общественного мира и предупреждению преступлений. Возможно, это будет процесс выработки *приговора* как некоего всестороннего *договора* с участием государства, правонарушителя, потерпевшего и общества.

Думаю, что новую жизнь может обрести в будущем и суд присяжных. Традиционно ему делается упрек в некомпетентности членов жюри. Однако, позволив себе некоторую фантазию, можно вообразить в будущем некую сетевую версию суда присяжных, когда благодаря всеобщим компьютерным сетям можно будет расширить количественный и качественный состав жюри присяжных практически до любых пределов, приближая вердикт такой «электронной гелиэи» (по аналогии с гелиэей афинской) по убедительности к референдуму, а по статистической обоснованности — к научному исследованию.

Конечно, это мыслимо лишь при условии применения ряда контрольных процедур, технически вполне возможных уже сегодня: предоставления добросовестным гражданам доступа в соответствующую компьютерную сеть, проверки подлинности волеизъявления с помощью электронных систем распознавания личности и т.п. Не секрет, что идея всеобщего электронного волеизъявления считается уместной в отношении голосования в будущих политических выборах глав правительств, президентов, депутатов парламентов, которые затрагивают интересы целых народов.¹¹⁴ Почему же не использовать «электронную гелиэю» при разрешении дел отдельных индивидов, чьи судьбы не менее достойны того, чтобы решать их не только ограниченным кругом случайно подобранных людей, а на основе всеобщего дискурса на рационально-демократических началах.

Первые прообразы будущих дискурсивных процедур уже появились — различного рода «электронные ратуши», телевизионные «суды присяжных», работающие в режиме прямого диалога с телеаудиторией, и т.п.

Может быть, скептик назовет это утопией! Но дайте прислушаемся к тому, что пишет один из самых признанных в мире экспертов «по будущему» Элвин Тоффлер: «Периодически, когда общество совершало прыжок на новый уровень сложности, и

¹¹⁴ См.: Э. Тоффлер. Третья волна. — М.: «ООО Фирма Издательство АСТ», 1999. — С. 676-677.

груз решений разбухал, исключенные группы, чувствуя новые возможности, усиливали свои требования равных прав, элиты открывали двери немного шире, и общество переживало то, что представляется похожим на волну дальнейшей демократизации». ¹¹⁵ То же самое происходит и с уголовным процессом. Ведь он — *последняя «Бастилия»*, падение которой происходит прямо на наших глазах.

¹¹⁵ Там же. — С. 685.

Петр Давидович БАРЕНБОЙМ

**СООТНОШЕНИЕ ДОКТРИН
ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА И ПРАВОВОГО
ГОСУДАРСТВА КАК ГЛАВНЫЙ ВОПРОС
КОНСТИТУЦИОНАЛИЗМА**

Правовое государство, Rechtsstaat, как оно обычно понимается, не является тем же самым, что Верховенство Права (Rule of Law), как то обычно понимается. В Rechtsstaat право, контролирующее политику, является законом, предпочтительно кодифицированным, в то время как Верховенство Права применительно к ситуации конфликта права и политики — это в основном право, созданное решениями судов.

Иэн Стюарт

Суды стран с континентальной правовой системой, к которым принадлежит и Россия, должны применять подготовленные исполнительной и принятые законодательной властью законы и другие нормативные акты, при этом они не могут (не обучены, не наделены компетенцией, не хотят) создавать новые нормы права. В этих странах только в основном к концу XX века появились конституции 4-го поколения, ставшие как высшее право страны юридическим базисом для суда не применять «неправовые» законы, принятые с нарушением норм и принципов национальной конституции, а также моральных или международно-установленных правовых стандартов. В основном от имени судебной власти такие противоречия разрешает орган конституционного надзора, у нас — Конституционный суд Российской Федерации. Основным ресурс для пересмотра неконституционных действий властей заключен в конкретно ука-

занных в тексте Основного Закона доктрине, принципе, понятии Правового Государства. Здесь *де юре* правового государство и *де факто* часто неправовой действительности встречаются в постоянном диалектическом противоречии, из которого и вытекает конституционное и вообще любое развитие страны. (Когда же исполнительная и законодательная власть не выдерживают вдумчивых шахматных партий в рамках цивилизованных правил системы разделения властей и сдержек и противовесов, они начинают один за другим звонкими щелчками перебрасывать суды на край земли и воды, по правилам уже даже не шашек, а какого-то полудетского «чапаева», как будто сейчас история заканчивается, и никто не даст этим играм достойную оценку.)

Правовое государство, исторически происходящее из немецкого *Rechtsstaat* — вероятно, высшего достижения немецкой философии права, записано в текстах многих конституций, хотя может в деталях, определяемых различием национальных правовых систем, варьироваться от страны к стране. Даже при беглом взгляде на правовую карту мира мы увидим, что в конституциях 20 европейских государств (Россия, Беларусь, Германия, Испания, Албания, Андорра, Португалия, Польша, Болгария, Венгрия, Словакия, Словения, Чехия, Швейцария, Украина, Молдова, Румыния, Армения, Азербайджан, Грузия, Венгрия, Литва), где проживает свыше 400 миллионов, и 6 государств Латинской Америки, где проживает около 300 миллионов, как руководящее положение указано именно Правовое Государство. На английском языке оно должно звучать в буквальном переводе как *Legal state*, а как *Rechtsstaat* только в официальном немецком языке конституций Германии и Швейцарии.

И конечно, не надо переводить это понятие как *rule of law* — верховенство права. Но именно так с прямым искажением смысла переведены на английский большинство конституций, где упомянуто понятие Правовое государство. Поэтому американцы и англичане, как правило, и не догадываются о доктринальном конституционном феномене Правового государства.

Ряд конституций содержит важные доктринальные положения о правовом государстве. Например, в Конституции

Словении 1991 года сказано, что «с учетом того, что Республика Словения и ранее по своему конституционному устройству являлась государством и только часть своих суверенных прав осуществляла в Социалистической Федеративной Республике Югославии, с учетом того, что СФРЮ не функционирует как правовое государство, ибо в ней имеют место грубые нарушения прав человека, национальных прав, прав республик и автономных краев, с учетом того, что федеративное устройство Югославии не обеспечивает разрешения политического и экономического кризиса и югославским республикам не удалось прийти к соглашению, которое бы позволило республикам обрести самостоятельность и одновременно преобразовать югославское союзное государство в союз суверенных государств, в твердой решимости Республики Словении уважать равные права других югославских республик и на основе равенства прав демократическим и мирным путем <...>».

А далее в ст. 2 говорится: «Словения является правовым и социальным государством».

В официальном юридическом испанском языке как самостоятельные и не синонимы стоят рядом понятия *Правовое государство (Estado de Derecho)* и *Верховенство права (Imperio de la ley)*.

В Конституции Швейцарии есть на официальных немецком, французском, итальянском и ретороманском (романшском) языках ст. 5 «Принципы действий правового государства» следующего содержания:

1. *Основой и пределом государственных действий является право.*

2. *Государственные действия должны совершаться в публичных интересах и быть соразмерными.*

3. *Государственные органы и частные лица действуют добросовестно.*

4. *Конфедерация и кантоны соблюдают международное право.*

Отсюда видно, что конституционалисты стран континентальной системы вкладывают в понятие *Правового Государства* содержание, которое нужно анализировать и признавать,

а не смешивать с Верховенством права, как, например, в неправильном переводе на английский названия данной статьи Швейцарской Конституции.

1. Лингвистические проблемы перевода словосочетания Rule of Law (Верховенство права) на русский язык

Перевод словосочетания *Rule of Law* с английского языка начинает создание той стены непонимания, которое отделяет наше юридическое сообщество от развитых англосаксонских правовых систем, где определение содержания доктрины Верховенства права (только это правильный перевод!) тоже отличается неполной ясностью и разнообразием.

Практически все англо-русские словари переводят *Rule of Law* буквально и неправильно, идя по пути перевода *law* не как «право», а как «закон», и соответственно слово *rule* как «господство», «правление» и т.д.¹¹⁶. При этом не учитывается важное «технологическое» лингвистическое обстоятельство: в англо-американском праве прецедентное судебное решение равно закону, принятому Конгрессом США, и поэтому термин *law* в английском языке в своем первом и главном смысле «право» включает и закон, и судебное решение. Каждый студент юридического факультета в англо-американской правовой системе знает значение *Rule of Law* как новое правило, четко установленное («*black letter*») в прецедентном судебном решении.

Поэтому сведение термина «право» в его первом и основном значении к термину «закон» не оправдано при переводе. Часто, в итоге, получается «господство закона», а кто-то, сознательно передернув, еще и вставляет в эту неразбериху «диктатура закона».

К счастью, правильный перевод *Rule of Law* как «верховенство права», имеющий в виду в том числе и верховен-

¹¹⁶ Еще переводят как законность, власть [правление] закона, господство права, норма права, правовая норма, принцип господства права, равенство перед законом.

ство права над государством, занимает в профессиональной юридической литературе всё более возрастающее значение и влияние.

2. Верховенство Права v. «верховенство закона»

Великобритания первой поставила свою подпись под Европейской Конвенцией о правах человека 1950 года, где сказано «об общем наследии политических традиций, идеалов, свободы и верховенства права». С последним как «общим наследием» существует отчетливая проблема. Эрик Юргенс — представитель Нидерландов в Парламентской Ассамблее Совета Европы — в 2007 году нашел, что «вариантность в терминологии и понимании принципа Верховенства права в Совете Европы и государствах — его членах производит впечатление конфуза». По его мнению, российская теоретическая и практическая трактовка термина как «верховенства закона» (и соответствующая в других странах бывшего СССР), с учетом их традиций тоталитарных государств, является формальной интерпретацией понятия «Верховенство права» и противоречит сути этого принципа. Он указывает также на несовпадение терминов *Rule of Law* (Верховенство права) и правового государства (*Rechtsstaat*) и считает нужным устранить это отсутствие ясности, «которое возникает из-за перевода правовых терминов в разных государствах-членах Совета Европы».

В связи с этим голландский эксперт Юргенс предложил принять разработанный им проект Резолюции Парламентской Ассамблеи Совета Европы (Документ 11343 от 6 июля 2007 года «Принцип Верховенства Права»). К сожалению, дело здесь не в переводе, а в сути вещей.

Почему нельзя пойти по простейшему пути и не объявить две доктрины двумя сторонами одной медали, включающими в себя одни и те же правовые характеристики? Ответ лежит в общем различии англосаксонского общего права и континентального римского права: первое развивается через решения судов, второе связано формальными рамками законодательного акта. Доктрина Правового государства сейчас, в начале XXI века на основе принятия 4-го поколения конституций, за-

тронувшего более половины стран мира и включающего в себя международные стандарты прав человека и свободы, обновляется и в значительной мере сливается с конституционализмом, ставшим в свою очередь базой для философии права. Конституционный надзор через суды и другие органы позволяет праву обуздывать государство и его направленные на удобство госаппарата законы, а принцип прямого действия, как, например, в Конституции России, предоставляет дополнительные теоретические и практические возможности защиты развития свободы и гражданского общества. Неполная совместимость доктрин Разделения властей и Правового государства требует не их механического объединения (в том числе и лингвистического), а тонкого анализа их различий и путей возможного постепенного сближения и конвергенции. Непростой кажется и конвергенция общего англосаксонского и континентального римского права. В этом смысле я бы обратил внимание на Монреаль, где юристы-теоретики и практики работают одновременно в двух разных правовых традициях. Эта правовая лаборатория может генерировать Объединенное Право Будущего. Вот только неучастие с обеих сторон представителей философии права мешает пониманию задачи и приводит, как правильно написал голландец Эрик Юргенс, к «конфузу».

3. Понятия верховенства права и правового государства

Начнем с истории более близкого к нам понятия «Правовое государство». Появившись впервые на немецком языке как *Rechtsstaat*, термин быстро нашел адекватный перевод на все основные европейские языки (фр. *État de Droit*, исп. *Estado de Derecho*, шв. *Rättsstat*, ит. *Stato di diritto*, *Правовое государство*)... кроме английского. Эта лингвистическая проблема положила основу для последующего смыслового непонимания.

Термин «правовое государство» произошел от немецкого слова «*Rechtsstaat*», обозначившего в конце XVIII в. доктрину, выдвинутую в поздних работах Иммануила Канта, увязавшего существование такого государства с верховенством конституции страны и подчиненностью ей действий государства. При

этом, по мнению Канта, конституция должна ставить целью государства обеспечение мирной счастливой жизни его граждан при условии обеспечения прав их собственности. Под влиянием идей Иммануила Канта (1723—1803) и при его жизни Иоганн Петерсен (Johann Wilhelm Petersen, 1758—1815), писавший под псевдонимом Плацидус (Placidus), применил впервые термин *Rechtsstaat*, который после опубликования в 1813 году книги «*Die letzte Gründe von Recht, Staat und Strafe*» был подхвачен немецкими правоведами.

Непосредственные последователи Канта, как практические теоретики типа профессора, парламентария и министра юстиции Роберта фон Моля либо просто «кантианцев в жизни» германского политика Штейна и итальянца Кавура, сыграли огромную роль в развитии основанного на Канте конституционализма в Европе XIX столетия. Однако их идеи никогда не посягали на применение антимилитаристских принципов правового государства, которые по Канту являются одним из столпов настоящего правового государства.

Поэтому военизированные конституционные идеи «прусско-полицейского *Rechtsstaat*», при всей их временной юридической прогрессивности, ничем не помешали созданию нацистской Германии. Можно сказать, что за вычетом кантовской составляющей *Rechtsstaat* превращается в Третий Рейх. Только после разгрома 1945 года, в послевоенной конституции ФРГ родина Канта вернулась к его истинной идее правового государства. До этого Пруссия, а затем Германия до середины XX века развивались на базе того, что у нас сейчас в России нередко довольно безапелляционно называют «диктатурой закона» или «верховенством закона» и при этом навязывают этот подход научной общественности и, что хуже, — молодежной аудитории как синоним понятия правового государства. Сюда же можно отнести распространенные у нас исторические экскурсы к «правовому государству древних Греции и Рима», которые вообще размывают доктрину кантовского правового государства и затушевывают ее новизну.

В России процесс формирования философии права был и продолжает быть осложнен стремлением поставить закон впе-

реди права, стремлением почти всегда тиранической российской власти самим фактом принятия ею закона поставить этот закон выше морали, нравственности, самой человеческой жизни. Как говорит Дзержинский в по существу разоблачительном стихотворении Эдуарда Багрицкого «ТВС»: «Но если он скажет: “солги”, — Солги... Но если он скажет: “убей” — Убей...». С этими законодательными и моральными установками и прожили десятилетия советского периода.

В англосаксонской терминологии аналогом «правового государства» часто называют *Rule of Law* — «верховенство права». Однако следует отметить их не полное совпадение и самостоятельность понятия «правовое государство», которое поэтому переводят на английский как «the Legal state» или «law-bounded state»¹¹⁷.

В июле 2007 г. состоялся международный симпозиум, проведенный Конституционным Судом РФ совместно с российской и московской адвокатурой, а также Международной ассоциацией юристов (International Bar Association). На симпозиуме обсуждалось соотношение понятий «правовое государство» и «верховенство права» (*rule of law*). При публикации материалов симпозиума в виде отдельной книги при переводе на английский язык два понятия объединились в одну формулу: «правовое государство — это государство верховенства права» (*rule-of-law state*). Президент Международной ассоциации юристов (МАЮ) Фрэнсис Нит в книге, опубликованной в 2009 г. по итогам шести конференций и симпозиумов по верховенству права, не придав значения немецкой доктрине *Rechtsstaat*, уважительно отозвался о российской доктрине правового государства и отметил, что ее надо изучать в соотношении с верховенством права. Однако, по его мнению, для сравнения двух доктрин нужно «определить существенные характеристики “правового государства”»¹¹⁸. На мой взгляд, это стало результатом выступлений В. Д. Зорькина

¹¹⁷ The Rule of Law: Perspectives from Around the Globe / Edit. Francis Neate. — L.: «Lexis Nexis», 2009.

¹¹⁸ Ibid. — P. 5.

и представителей московской адвокатуры, которые потом письменно были обобщены в статье Г. М. Резника, приведенной полностью в упомянутой книге МАЮ.

Твердая позиция московской адвокатуры о необходимости не ограничиваться чисто юридическим анализом, а уделять больше внимания возникающим экономическим проблемам, была уважительно воспринята лордом Томом Бингхамом в книге «Верховенство права»¹¹⁹.

В 2007 г. российская сторона совместного симпозиума с МАЮ, как мне кажется, не готова была признать очевидную правовую реальность: правовое государство и верховенство права — это близкие, но не совпадающие концепции. Мы не хотели отделять себя от общемировой англосаксонской доктрины верховенства права и поэтому не сделали достаточный упор на собственную, включенную в текст Конституции РФ, доктрину правового государства. В первую очередь потому, что она у нас существует как буква Конституции, но не как развитая научная доктрина. Более того, в целом в России такие научные направления как теория государства и права, философия права и конституционное право вообще не идентифицируют эту проблему, поскольку при составлении соответствующих учебных курсов без всяких оснований предполагается, что студенты должны быть уже знакомы с понятием «правовое государство». (Нужно сделать оговорку о приостановке развития философии права в России после смерти академика В. С. Нерсисянца.)

Термин «Верховенство права» моложе *Правового государства*, поскольку впервые был в таком словосочетании *Rule of Law* теоретически объяснен в книге оксфордского профессора А. В. Дайси «Введение к изучению конституционного права», опубликованной 1885 году¹²⁰. До этого он использовался без подробных объяснений судьей Блэкбурном в 1866–1867 годах. Дайси выделил три момента в своей интерпретации нового термина:

¹¹⁹ *Tom Bingham. The Rule of Law.* — L.: Allen Lane, 2010. — P. 172.

¹²⁰ *Albert Venn Dicey. Introduction to the Study of the Law of the Constitution.* — L.: Macmillan and Co, 1885.

К уголовной ответственности можно привлечь только в случае нарушения четко установленного правового правила и только в обычных (нечрезвычайных) судах.

Верховенство права означает не только, что никто не выше права, но и привлечение к ответственности в обычных судах любых лиц независимо от их ранга.

Верховенство права здесь употребляется в смысле «преобладания правовой духовности», характерной именно для Англии, где базисные принципы неписаной Конституции страны вытекают из судебных решений по конкретным делам в противоположность конституционной практике других государств. Далеко не все разделяют сейчас вышеприведенное определение Верховенства права.

Как написал австралийский правовед Иэн Стюарт, определение, которое дал Дисей, не распространяется за пределы Англии или стран общего англо-американского права.

Главный и самый знаменитый в истории Великобритании по количеству занятых за свою судейскую карьеру высших должностей лорд Том Бингхам написал в 2010 году, что в 2006 году, за два года до своей пенсионной добровольной отставки после четверти века судебной работы, он выбрал для предложенной ему лекции тему «Верховенство права» (*Rule of Law*). Мотивы для выбора поразительны: «Я выбрал эту тему, поскольку выражение “Верховенство права” постоянно у всех на устах, но я не был абсолютно уверен, что оно означает, как не был уверен, что все, кто его используют, понимают, что оно значит, или понимают его одинаково»¹²¹.

Использование *Верховенства права* как термина (да что термина, доктринального понятия!), столь серьезно «недоопределенного» в Декларациях о правах человека ООН и других серьезных международных документах, включенного туда по инициативе именно англо-американских юристов, на фоне такого признания вызывает вопросы. Вопросы адекватного понимания, единообразного понимания, требования некоей точ-

¹²¹ Ibid. — P. VII.

ности правового понятия, предлагаемого для использования во всех правовых системах мира. В 2005, за год до выбора лордом Бингхамом темы упомянутой лекции, Международная Ассоциация Юристов (International Bar Association) и Американская Ассоциация Юристов (American Bar Association) начали всемирное движение за внедрение в жизнь принципа Верховенства права. Думаю, лидеры обеих организаций осознали то же самое, что и лорд Бингхам. XXI столетие и начало Третьего тысячелетия, по всей видимости, станут эпохой определения юридического значения и смысла Верховенства права и проведения его в жизнь в англоязычных странах, составляющих, считая Индию и Пакистан, добрую треть всего человечества. Этот же период времени ознаменуется формулированием доктрины «Правового государства» для стран континентальной правовой семьи, которая, включая Европу, Латинскую Америку, Китай, Японию, составляет примерно остальные две трети. Похоже, что современное формулирование обеих доктрин взаимозависимо и не может быть произведено одно без другого.

Взаимовлияние, конечно, имеет место. Можно привести это на примере определения самого «Верховенства права» в английской правовой системе. Навязав (в хорошем смысле этого слова) человечеству это понятие со времен Декларации ООН 1948 года, сами англичане впервые употребили его в законодательном тексте только в 2005 году. В Законе о конституционной реформе 2005 года указано, что этот закон не меняет «существующий конституционный принцип Верховенства права» и «существующую конституционную роль Лорда Канцлера в отношении этого принципа». В другом разделе этого же конституционного закона указано, что «Лорд Канцлер при вхождении в должность клянется в уважении к Верховенству права и защищает независимость судей». Как пишет Том Бингхам, можно было бы ожидать от авторов Акта определения в самом тексте, что такое Верховенство права. Но авторы проекта, как пишет Бингхам, «осознавали чрезвычайную трудность формулирования четкого определения для включения в текст закона. Они разумно могли принять за лучшее опустить определение и предоставить судам сформулировать этот термин в своих последую-

щих решениях». При таком подходе определение Верховенства права не будет один раз и навсегда определенной абстрактной юридической формулой, но сможет через свое определение в конкретных судебных решениях соответствовать требованиям каждого конкретного времени и каждой новой ситуации, поставленной жизнью¹²². Однако доктрина Верховенства права по своему значению настолько переросла границы Британии, что предложение дожидаться прецедентных решений английских судов при всем уважении, вероятно, останется без внимания.

4. Концепция Зорькина — Танчева

Приближающееся в декабре 2013 года двадцатилетие Конституции Российской Федерации является подходящим поводом для рассмотрения темы разработки российской разновидности доктрины правового государств, а также вопроса о соотношении этой доктрины с англо-американской доктриной верховенства права. Одна из дискуссий о таком соотношении была начата в 2009 г. публикацией моей статьи «Определяя правила» в октябрьском номере лондонского журнала «Европейский Юрист»¹²³ и имела оживленное продолжение в последующих номерах.

Жанр небольшой статьи не позволяет подробно доказывать, что в России нет разработанной доктрины правового государства, поэтому я буду ссылаться на авторитеты. По мнению В. Д. Зорькина, понятие, конституционный принцип и, тем более, доктрина правового государства у нас не сформулированы. В опубликованной в журнале «Вопросы философии» статье «Нравственность и право в теориях русских либералов конца XIX — начала XX века» крупнейший польский исследователь А. Валицкий справедливо пишет:

«Одной из характерных черт русской дореволюционной мысли было отрицательное либо пренебрежительное отношение к праву, связанное с идеализацией общинного коллективизма. Многие мыслители как правого, так и левого толка

¹²² Tom Bingham. Ibid. — P. 7-8.

¹²³ Peter Barenboim. Defining the Rules // The European Lawyer. — Issue 90. — Oct. 2009.

— славянофилы и Достоевский, с одной стороны, народники и анархисты — с другой, были склонны видеть в патриархальном крестьянстве воплощение духа истинной, братской общности, которая может легко обойтись без писанных законов и не допустить развития индивидуализма. И те, и другие осуждали гражданские права и политические свободы, доказывая, что они лишь маскируют капиталистическую эксплуатацию. Считали развитие капитализма и присущее ему всё большее “оправдание” общественных отношений специфическим свойством Запада, привнесенным в Россию и для нее чуждым. Либеральная концепция правозаконности отвергалась по самым разным причинам: во имя самодержавия или анархии, во имя Христа или Маркса, во имя высших духовных ценностей или материального равенства. В частности, славянофилы усматривали в правовых нормах попытку пагубной рационализации общественной жизни, характерную для католического (а потом протестантского) Запада и восходящую к языческому наследию древнего Рима: право как таковое было в их глазах “внешней правдой”, заменяющей человеческую совесть полицейским надзором. Герцен видел в неуважении к праву также историческое преимущество русского народа — свидетельство его внутренней свободы и способности построить новый мир. Достоевский приравнивал права личности к правам эгоистических индивидов, отделенных друг от друга юридическими барьерами и не знающих никакой нравственной связи; юристы, особенно адвокаты, были в его глазах “современными софистами”, цинично манипулирующими истиной из корыстных побуждений. Народники отрицали конституцию и политические свободы как орудие буржуазной эксплуатации народа. Русские анархисты, Бакунин и Кропоткин, считали право, наряду с государством, инструментом прямого насилия — в отличие от Прудона, у которого анархизм сочетался, как известно, с признанием идеи суверенитета права (а не власти) <...> Одним из главных мотивов такой критики являлось убеждение в неизбежном антагонизме и даже полной несовместимости права и нравственности. Крайним проявлением этого моралистического антилегализма был правовой нигилизм Льва Толстого <...>

Толстой отождествлял право с возведенной в закон волей тех, кто находится у власти, т.е., иначе говоря, был сторонником вульгарного правового позитивизма. Он явно не признавал, что могут быть и другие теории права. Что право может пониматься как нечто предшествующее государству и ограничивающее его власть»¹²⁴.

Последнее замечание особенно важно: со времен Толстого не осознано в российской философии права значение идей Пятикнижия о праве как основанном на нравственности и предшествующем созданию государства, а также значение идей Канта о правовом государстве. Поэтому и длительное отставание в осмыслении идей верховенства права и правового государства.

Характерно высказывание известного русского правоведа и философа Бориса Николаевича Чичерина (1828—1904), актуальность которого стала еще сильнее, спустя более, чем столетие. В своей книге «Философия права» он писал: «Оно (предлагаемое сочинение — П.Б.) представляет попытку восстановить забытую науку, которой упадок роковым образом отразился на умах современников и привел к полному затмению высших начал, управляющих человеческой жизнью и служащих основой человеческих обществ».¹²⁵

В «Тезисах о правовой реформе в России» В. Д. Зорькин сформулировал важнейшее положение о непрерывной правовой реформе, каждодневно приводящей законодательство и правосознание в соответствие с конституционными целями и задачам, которое можно рассматривать в качестве неотъемлемой части российской доктрины правового государства. Примечательны слова Председателя Конституционного Суда РФ Валерия Зорькина: «Одной из главных проблем современной России является явно недостаточная забота об уровне высшего обра-

¹²⁴ А. Валицкий. Нравственность и право в теориях русских либералов конца XIX – начала XX века // Вопросы философии. — № 8, 1991. — С. 25 сл.

¹²⁵ Б. Н. Чичерин. Философия права. — М.: «Либроком», ЛКИ, «КомКнига», 2011. — С. 24.

зования и развитию академических исследований. В первую очередь это касается права. Страна отстает от настоятельных требований национальной экономики, нуждающейся в десятках тысяч понимающих экономические проблемы юристов и не меньшем количестве экономистов, разбирающихся в вопросах правового обеспечения <...> Результатом является плохое качество экономического законодательства, проблемы в практике его применения и, в конечном итоге, — отставание в экономическом развитии. Обратите внимание: Китай обошел почти все передовые страны по вложениям в развитие знаний. Думается, с этим в немалой степени связаны его экономические успехи. Буквально все стремительно развивающиеся страны — Китай, Индия, Южная Корея, идущие по пятам за США, — становятся очень конкурентоспособными, инвестируя в образование и профессиональное мастерство, обучая своих граждан «языкам» современной экономики (английскому, программированию и финансам). Даже европейские инвестиции в науку и образование далеко отстают от этих стран. Если в России сейчас нет денег на инновации в обучении праву и экономике, следует временно решать эти вопросы реструктуризацией учебного процесса. Мы не можем ждать, пока подрастет первое поколение, в котором студенты-юристы будут иметь хотя бы бытовой запас экономических знаний, а студенты-экономисты будут со школы знакомы с основными правовыми (особенно конституционными) ценностями. Преодолеть разрыв сейчас можно только интенсивными усилиями по внедрению экономических и конституционных знаний в вузах. Поэтому для России введение в юридических и экономических вузах такого нового учебного курса, как конституционная экономика, становится критически важным».

Ведущий российский конституционалист уловил важную особенность современного конституционного развития, связанного с идеями правового государства. Правовое государство в странах переходного к демократии и гражданскому обществу периода должно развиваться на базе учета экономического благополучия граждан и в условиях непрерывной, рассчитанной на десятилетия правовой реформы, результаты которой,

в конечном счете, и являются признаком реальности верховенства права в каждой переходной стране, в том числе и в России. Председатель Конституционного суда Болгарии Евгений Танчев высказал следующую мысль: доктрина правового государства, насыщенная конституционным содержанием, является в странах правовой континентальной системы более важной, чем доктрина верховенства права, значение которой возрастает по мере перехода рассмотрения с уровня национальных государств на общеевропейский наднациональный уровень. На основе сопоставления точек зрения двух ведущих конституционалистов Европы я и составил исключительно под свою личную ответственность «Концепцию Зорькина—Танчева», которая, правда, кажется, благосклонно принята ее фактическими создателями. Концепция первоначально была опубликована на английском¹²⁶.

«Концепция Зорькина—Танчева» гармонизирует доктрины правового государства и верховенства права, по крайней мере, для континентальной Европы. Председатель Конституционного суда Болгарии Евгений Танчев пишет: *«Появление новых направлений конституционного регулирования является одной из наиболее важных тенденций нашего времени. Усиление конституционного права в четвертом поколении конституций включает специальные положения об экономической жизни и экономических принципах. Конституционное экономическое регулирование развивалось одновременно с принципом социального государства, и они вместе осовременили классическую концепцию правового государства (Rechtsstaat). Я полностью поддерживаю позицию Петра Баренбойма, что верховенство права для стран гражданской правовой системы должно объясняться с помощью доктрины правового государства (Rechtsstaat), которая базируется на концепции писаной конституции как высшего закона страны. Доктрина правового*

¹²⁶ Peter Barenboim, Naem Sidiqi. Bruges, the Bridge between Civilizations. To the 75th Anniversary of the Roerich Pact. — М.: Letny Sad; Grid Belgium., 2010. — P. 109.

го государства имеет преимущество в Европе на уровне государств, имеющих писаную конституцию, в то время как на европейском наднациональном уровне концепция верховенства права крайне важна»¹²⁷.

Остается важнейший вопрос — как примирить с этой красивой формулой следующий безусловный факт: несмотря на передовое современное содержание, конституции России, Болгарии и почти всех восточноевропейских стран далеко оторваны от реальной правовой действительности и работают в основном как идеал, и непонятно, как его можно достигнуть. Здесь и приходят на помощь мысли В. Зорькина о постоянной непрерывной правовой реформе, каждодневно действующей в направлении сближения правовой реальности и конституционного идеала. Это совершенно новый подход к самой идее правовой реформы, которая до этого воспринималась как разовое мероприятие протяженностью в несколько лет и в основном сводилась к теме судебной реформы. В сочетании идеи председателей Конституционных судов России и Болгарии создают мощную практическую концепцию, как помогающую строительству доктрины правового государства, так и проясняющую соотношение между доктринами верховенства права и правового государства.

5. Философия права и конституционализм

Правовое государство является термином, понятием и основополагающим принципом Конституции РФ, ст. 1 которой гласит: «Россия есть демократическое федеративное правовое государство». В связи с этим Председатель Конституционного Суда РФ В. Д. Зорькин отмечает: «Континентальная система права базируется на понятии “правовое государство” — том, что взято в основу нашей Конституции. Нужно отметить, что это понятие во взаимосвязи с реалиями XXI столетия еще ждет своей доктринально-концептуальной разработки, что потребует

¹²⁷ Ibid. — P. 108.

тесного сотрудничества юристов и философов»¹²⁸. Правовое государство требует развития институтов гражданского общества, с которыми оно строит отношения на основе равенства. Правовое государство и гражданское общество представляют собой разные системы самостоятельных институтов. У России особая ситуация, поскольку правовое государство является принципом и нормой Конституции, принятой в 1993 г., а значит, разработка доктрины и понятия правового государства на уровне XXI столетия — это не благое пожелание, а обязанность государства и общества.

Следует обратить внимание на размышления современного российского философа Э. Ю. Соловьева: «Оппозиция “мира” и посюсторонней “райской гармонии” — таково, возможно, самое глубокое, эзотерическое измерение кантовского трактата (“О вечном мире”). Ее можно определить как противостояние идеала и идиллии<...> Именно благодаря своему идеализму Кант совершенно свободен от мечтательности и склонности к благим прорицаниям. “Вечный мир, — говорит по этому поводу О. Хоффе, — не нуждается в чьих-либо провидениях; он задан людям в качестве их морального, а точнее — морально-правового долга<...> Задача утверждать вечный мир имеет статус категорического императива”¹²⁹. Может быть, из-за «отталкивания» от Канта и непризнания проявления в жизни «мужества невозможного» пробуксовывает сейчас российская наука философии права, особенно в разработке доктрины правового государства. Своими философами и теоретиками права, скажем так «философско-правового Серебряного Века», Россия может гордиться. Они хоть многое из западной науки удачно компилировали, но зато Канта читали в оригинале и знали доктрину правового государства не понаслышке. Просто мно-

¹²⁸ Философия права в начале XXI столетия через призму конституционализма и конституционной экономики / Сост. П. Баренбойм, А. Захаров. — М.: Московско-Петербургский философский клуб, 2010. — С. 29.

¹²⁹ Категорический императив нравственности и права. — М.: «Прогресс-традиция», 2005. — С. 232-233.

го в подцензурных публикациях того времени они сказать не могли. Например, об антимилитаризме Канта и о конституционной составляющей доктрины правового государства. Зато воспитали такого ученика как выпускник юрфака Петербургского университета 1898 года Николай Рерих, который абстрактный «вечный мир» Канта каким-то чудом превратил в единственный в мире многосторонний международный договор — знаменитый Пакт Рериха 1935 года. Впрочем, об этом у нас почему-то никто не знает.

Как правильно пишет Председатель Конституционного Суда Республики Армения Г. Г. Арутюнян:

*В русле современных достижений цивилизации основная характеристика конституционной культуры заключается в том, что «Высший Закон» страны должен включать всю систему фундаментальных ценностей гражданского общества и гарантировать их устойчивую и надежную защиту и воспроизводство. Эти ценности, в свою очередь, формируются на протяжении веков, каждое поколение переосмысливает их и своими дополнениями гарантирует дальнейшее развитие. Удача сопутствует тем нациям и народам, у которых эта цепь не прерывается или серьезно не деформируется. **Следовательно, понятие «конституционная культура» более развернуто может характеризоваться как исторически сложившаяся, стабильная, обогащенная опытом поколений и всего человечества определенная ценностная система, лежащая в основе общественного бытия, способствующая установлению и реализации основополагающих правил поведения на основе их нравственного и духовного осмысления.***

Сама Конституция должна воплощать в себе эту ценностную систему, быть продуктом осмысленного присутствия данного общества на конкретном историческом этапе своего развития, **являться результатом общественного согласия вокруг основополагающих ценностей социального поведения государства и гражданина**

<...>

Однако «конституционализм» — это не утопическое восприятие идей о необходимости конституционной регуля-

ции общественных отношений. «Конституционализм» представляется как системное и осмысленное наличие конституционных ценностей в реальной общественной жизни, на чем базируется вся правовая система. Нормативные характеристики данного принципа предполагают наличие необходимых и достаточных правовых гарантий для осознанной реализации прав и свобод во всей системе права и общественных отношений. В правовом государстве любая норма права должна проявляться как элемент конституционно взаимосогласованной системы правового и нравственного поведения человека и государства.

<...>

В рамках приведенной нами формулировки конституционализм является наличием установленных общественным согласием фундаментальных правил демократического и правового поведения, их существования как объективной и живущей реальности в общественной жизни, в гражданском поведении каждого индивидуума, в процессе осуществления государственно-властных полномочий.

Проблема сводится не просто к применению Конституции, а к формированию той социальной системы, в которой конституционная аксиология реализуется каждой клеткой этой системы **как условие ее существования. Это единственная и прошедшая испытание веками гарантия реализации конституционных установок и стабильного развития на основе общественного согласия.**

Конституционализм, как и право, — объективная социальная реальность, проявление сущности цивилизованного общежития, имеющая необходимый внутренний потенциал динамичного и стабильного развития. Конституционализм как фундаментальный принцип права на определенном уровне развития общества приобретает системообразующий и универсальный характер правовой регуляции, выражает и конкретизирует правовое содержание гарантирования и обеспечения верховенства права и непосредственное действие прав человека, выступает критерием правомерности поведения субъектов права, является исходным началом правотворческой

*и правоприменительной деятельности, является результатом исторического развития данного общества.*¹³⁰

Около половины действующих конституций стран мира приняты после 1990 года (вспомним, что только в Европе в это время появилось 21 новое государство). Как правило, они содержат основные положения об экономических и других правах, воспринятые из международных договоров о правах человека, что сближает между собой содержание конституций современных государств. Это позволяет в XXI веке конкретизировать понятия верховенства права и правового государства, используя конституцию как норму прямого действия. Точно по Канту путем достижения правового государства как совершенного государственного строя становится путь постоянной непрекращающейся эволюционной правовой реформы.

Авторы учебника «Конституционная экономика» обратили внимание на различие в общеупотребительных значениях слова «конституция», например, в английском языке, где их имеется около десятка, и русском языке, где к сегодняшнему дню их осталось только два:

1) основной закон государства, определяющий права и обязанности граждан, основы государственного строя и систему государственных органов;

2) строение, структура организма.

При этом еще столетие назад, судя по словарю Даля и мемуарам Осипа Мандельштама, значений этого слова в русском языке было больше. Например, можно было сказать «конституция дома».

Вопрос о значении термина «конституция» важен и актуален, поскольку напрямую связан и со сферой действия конституционного права, и с предметом науки конституционного права. Вероятно, слово «конституция» в русском языке будет становиться более многозначным, как и предмет конституционного права.

¹³⁰ Г. Г. Арутюнян. Аксиологическая природа конституционализма в контексте исторической эволюции конституционной культуры // *Философия права* Пятикнижия. — М.: «ЛУМ», 2012. — С. 79-82.

По точному определению академика О. Е. Кутафина, «предмет конституционного права любого государства не может быть раз и навсегда данным, поскольку он зависит от содержания конституции и других основополагающих документов, действующих в государстве на данном этапе развития». Поэтому в конституционном праве и тем более в находящейся на стыке наук конституционной экономике необходим конкретный анализ с позиций и с учетом важности терминологической координации употребления понятия «конституция» в российском и западном смысле этого слова. Это важно для осмысления не только содержания и сферы прямого действия современной Конституции России, но и путей развития современного российского конституционного права.

Многие наши специалисты по конституционному праву до сих пор хотят кардинально переписать Основной закон, не учитывая, что написание качественного текста как такового при наличии в Интернете текстов почти двухсот действующих конституций не является трудной задачей. Необходимость и уместность изменений, уход от конъюнктуры сегодняшнего дня для правильной оценки качества конституционных положений являются обязательными чертами настоящего конституционализма. В то же время стремление реформировать или улучшить Основной закон является важным условием развития конституционализма, и постоянная дискуссия на такие темы помогает развитию конституционной мысли в стране. Старейший и наиболее стабильный текст Конституции США за 222 года своего действия подвергся настоящей атаке, состоящей из почти 11 тысяч конституционных поправок, официально внесенных на рассмотрение Конгресса. Из них были приняты 31 и только 27 были ратифицированы штатами. Последняя поправка была принята в 1992 году, а впервые была внесена на рассмотрение Конгресса за 200 лет до этого в 1792 (!) году. Так что многие идеи современных конституционалистов у нас в стране могут не пропасть в будущем и закладываются в общее хранилище конституционной науки.

Профессиональной и гражданской обязанностью экспертов по конституционному праву является сохранность

и распространение конституционных ценностей, чтобы их корпоративный и замкнутый конституционализм превратился в конституционализм каждого школьника в смысле знания и уважения к Конституции. А для этого нужно измениться самим.

Первой настоящей конституцией за всю историю России стала Конституция РФ 1993 года, которой в декабре 2013 года исполнится 20 лет. Таков же возраст и российского конституционализма, поскольку настоящий конституционализм не может существовать без настоящей конституции. Не всем понравится такое омоложение многих седых и заслуженных голов нашего конституционного сообщества, но такова очевидная истина и такова ещё не написанная история российской конституционной мысли XX столетия.

Юристам не присуждают Нобелевских и иных общепризнанных мировых премий, поэтому факт некоторой нашей отсталости в изучении взаимосвязи экономики и права не особенно бросается в глаза. С учетом невысокого уровня и объема знаний иностранных языков и малого количества переведенной литературы этот факт не вполне осознается и не переживается нашей юридической общественностью. Но его нужно констатировать хотя бы ради того, чтобы подтолкнуть молодых исследователей к дерзаниям и повышению планки для оценки качества своих идей.

Большое значение имеет уровень «конституционного климата», основой которого является уважение к конституции как Основному Закону государства и общества, отсутствие сиюминутной конъюнктуры в оценке её норм. Конституционалисты утверждают, что нужно исходить не только из буквы, но и из духа Основного закона. Часто используя при обсуждении текстов законодательных актов слова «дух» и «буква», мы не задумываемся над тем, что по отношению к Конституции слово Дух можно и должно использовать без кавычек и с большой буквы.

Когда известный ученый, судья Конституционного Суда РФ Гадис Абдуллаевич Гаджиев пишет о «таинстве содержания конституционных принципов», его слова следует в первую очередь отнести к конституционному принципу разделения властей. Метафора Гаджиева перекликается с высказыванием крупного

американского конституционалиста Р. Бергера: «Доказывание из простого факта трехзвенной системы власти похоже на привлечение магии чисел». Конституционный патриотизм — основа любого духовного патриотизма. Конституция 1993 г. дает в этом смысле России уникальный шанс на духовное развитие в XXI столетии. В нашей стране, где 70% населения — атеисты, только Конституция и ее ценности могут стать базой, основой и центром духовного и интеллектуального (а значит, и экономического) развития государства и общества. Даже в США, где религиозное население разных конфессий составляет свыше 80%, объединяющей всех и самой высокой ценностью является почтение к Конституции. «Церковь Конституции — доминирующая религия в Америке», справедливо было замечено в одной из публикаций. Атеисты и верующие любых конфессий в развитых странах признают за национальной конституцией статус высшей духовной ценности страны.

Применение доктрины разделения властей заметно варьируется от страны к стране, поэтому чтобы понять принцип разделения властей, нужно в том числе осознать его «дух» ввиду отсутствия буквы в виде общепринятого нормативного толкования. Не случайно книга Шарля Монтескье, которую многие не вполне точно считают первоисточником доктрины, называется «О духе законов».

В связи с этим весьма важно формирование Конституции РФ как юридического документа, чтобы она перестала восприниматься постсоветской общественностью как чисто политическая декларация или манифест (а именно так и воспринимались тексты всех советских конституций). Этот психологический барьер между обществом и Конституцией можно преодолеть только упорными и каждодневными усилиями в первую очередь конституционалистов в широком смысле этого слова, Конституционного Суда РФ и всех судов России.

Со стороны общества и органов государственной власти тоже нужны недюжинные усилия по преодолению трех основных негативных тенденций: конституционного нигилизма — в России это наследие советских времен; конституционного инфантилизма, характерного для экономистов и политиков,

понимающих значение Конституции, но не видящих необходимости согласовывать с ней свои экономические теории или конкретные экономические решения; конституционного цинизма, который нередко занимает серьезные политические позиции, используя изменения Конституции для решения сиюминутных политических задач. Последняя тенденция особенно опасна и для развития конституционализма во всех переходных странах, и для стабильности действующих конституций.

Конституционный принцип разделения властей — один из важнейших, если не самый главный для стран без устойчивой конституционной традиции, к которым можно отнести постсоциалистические страны. Необходимость в сильной президентской власти, с одной стороны, может отражать политические реалии, но с другой стороны, вследствие угрозы доминирования конституционного цинизма, будет постоянно подталкивать к соблазнам режима личной власти. Как ни странно, но другого противодействия этой всегда опасной тенденции, кроме культивирования и защиты конституционного принципа разделения властей и сочетаемого с уважением, если не сказать с почтением к действующей Конституции, не существует. А между тем большинство людей, в том числе многие юристы, имеют довольно смутное представление о сути данного принципа, разработанного совместными и разрозненными усилиями философов и юристов-конституционалистов в течение многих веков.

Когда в ходе «Уотергейтского дела» нужды американской политики в начале 70-х годов XX века потребовали конкретизации практического применения и содержания принципа разделения властей, в Сенате США был создан в рамках Юридического комитета подкомитет по разделению властей, руководство которым было поручено сенатору Эрвину. Один из американских исследователей писал: «Эрвин возглавлял одну из наиболее интригующих и новых сфер деятельности в Конгрессе<...> Здесь эрудиция является пропуском, слушания — семинарами, консультантами — ученые, а философы права здесь — короли». Интересно, что представители президента США Ричарда Никсо-

на отбивались заявлениями типа что разделение властей является «ошибкой Монтескье», затвердевшей в «правовом бетоне», что не помогло Никсону устоять пред лицом Конгресса и Верховного суда США, и он вынужден был на два года раньше покинуть свою должность в 1974 году. В 2000 году президент Банка Франции, говоря о новой доктрине независимых центральных банков, сказал, что «мы ещеждемся нового Монтескье». Это прямое подтверждение нашей мысли о значении философии права для нашего времени.

Подводя итог, хотелось бы отметить, что верховенство закона (и конституции как Основного закона) правильнее рассматривать в качестве одной из составных частей понятия верховенства права и правового государства и не выделять в отдельный термин. Понятия «верховенства закона», «господства закона» и тем более «диктатуры закона» фактически используют в России нередко не в смысле подчиненности правовых норм в порядке иерархии сверху вниз, но на практике как неподчинения произвольно изданного государством закона высшим духовным и моральным ценностям, в том числе закрепленным в международных декларациях о правах человека: то есть снизу вверх. Такое искажение деформирует правовое сознание в первую очередь самих юристов, а за ними и всех остальных граждан.

Если для большинства конституционалистов мира определение понятия верховенства права может носить факультативный характер, то для российских его освоение и введение в науку и жизнь является важнейшей и неотложной задачей, так как «правовое государство» является принципом, понятием и термином Конституции Российской Федерации, и его правильное определение, в том числе и через общепризнанное в мире понятие верховенства права, станет важнейшим вкладом российской конституционной мысли не только в развитие и становление самой России, но и в мировую систему правовых ценностей.

6. Конституционная экономика как мост между Верховенством права и Правовым государством

Важной составной частью российской доктрины правового государства является конституционная экономика — научно-практическое направление на стыке экономики и конституционализма, описывающее и анализирующее взаимное влияние правовых и экономических факторов при принятии государственных решений, затрагивающих экономические и социальные права, гарантированные в Конституции, а также взаимоотношения проблем применения Конституции со структурой и функционированием экономики.

Вопросы применения конституционной экономики не могут быть осознаны со всей полнотой, если не будут учтены особенности конкретного этапа исторического процесса и времени, когда такие вопросы поставлены¹³¹. Конституционная экономика отражает всевозрастающее понимание, что решение проблем государственного регулирования экономики нужно находить исходя не только из экономической целесообразности, но и из реалий конституционной структуры государства¹³². Поэтому конституционная экономика традиционно характеризуется как научное направление, изучающее принципы оптимального сочетания экономической целесообразности с достигнутым уровнем конституционного развития, отраженным в нормах конституционного права, регламентирующих экономическую и политическую деятельность в государстве¹³³. *Конституционной*

¹³¹ *May V. A.* Конституционная экономика и история // Законодательство и экономика. — 2003, № 12. — С. 21-22.

¹³² *П. Д. Баренбойм, О. Е. Кутафин.* Статус Центрального банка как основной вопрос конституционной экономики // Банк России в XXI веке / Под ред. *П. Д. Баренбойма, В. И. Лафитского.* — М.: «Юстицинформ», 2003. — С. 13.

¹³³ *П. Д. Баренбойм, Г. А. Гаджиев, В. И. Лафитский.* Конституционная экономика: проблемы теории и практики // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. — 2005, № 2. — С. 3.

экономикой можно назвать комплексное совместное рассмотрение юристами и экономистами взаимосвязи вопросов применения конституционного права с проблемами экономического развития и институционально-нормативного обеспечения экономической деятельности государства по повышению материального благосостояния граждан страны. Конституционная экономика — это научно-практическое направление на стыке права и экономики, изучающее принципы оптимального сочетания экономической целесообразности с достигнутым уровнем конституционного развития, отраженным в нормах конституционного права, действующем законодательстве и практике прямого применения норм Конституции, регламентирующих экономическую, социальную и политическую деятельность в государстве. Очень важный аспект конституционной экономики отмечен Г. А. Гаджиевым, который сделал акцент на взаимоотношениях государства и бизнеса. Действительно, если в России Конституция не будет стоять между государственными чиновниками и бизнесом, у делового сообщества не будет шанса развиться и ускорить экономическое развитие страны.

Некоторые авторы справедливо указывают на необходимость использования методов смежных наук при применении конституционного права и в связи с этим приводят интересные наблюдения проблем институциональной инерции, исследованные в рамках научного направления «институциональная экономика». У нас несколько смешались понятия «институциональная экономика» и «конституционная экономика». Тем не менее они различаются. Первое направление исследует институты и их поведение в рамках чисто экономических и логических категорий, тогда как конституционная экономика — экономическую деятельность государственных и иных институтов, используя правовую методологию и рассматривая их под углом конституционных ценностей и понятий конституционного права. Проще говоря, институциональная экономика — направление в рамках экономической науки, а конституционная экономика — комплексное направление, совмещающее методы экономической науки и конституционного права. При этом оба вышли из разработок американских экономистов второй

половины XX в., в связи с чем уместно совершить краткий экскурс в историю.

Конституционная экономика в России отошла от традиционной чисто экономической риторики американских «основателей» и развивается как комплексное направление по исследованию стратегических решений и конкретных действий государственных органов в сфере экономики с позиций их соответствия принципам, нормам и ценностям Конституции России (конечно, с учетом существующих реальных экономических возможностей). Поэтому российская школа конституционной экономики ориентируется на развитие идей комплексной правовой реформы и создания в ходе такой реформы (в рамках новой правовой системы) четкой и непротиворечивой подсистемы экономического законодательства, соответствующей идеям и требованиям Основного закона. Пока эта стратегическая задача только обсуждается, конституционная экономика концентрируется на проблемах прямого действия Конституции РФ через ее применение в судебных решениях, в первую очередь в работе Конституционного Суда РФ. Объединение усилий конституционной экономики и институциональной экономики в изучении взаимосвязи экономических и конституционных вопросов в условиях текущего экономического кризиса могло бы стать качественным этапом в развитии каждого из этих научных направлений в России. Например, идея «институциональных ловушек» весьма интересна при исследовании соответствия конституционным целям стратегических долгосрочных и среднесрочных экономических решений, принимаемых органами государственной власти (например, для оценки распределения государственных средств и усилий в рамках экспортно-сырьевой, индустриальной и инновационной моделей не абстрактно-академически, а применительно к конкретным бюджетным и иным расходным или регулирующим законам в экономической сфере, а также к законодательно закрепленным среднесрочным планам и программам, порождающим расходование средств в будущем).

Тесное переплетение между собой экономики и права на конституционном уровне особенно видно в бюджетной сфе-

ре и ставит конкретные практические вопросы. Юристы-конституционалисты и экономические эксперты в бюджетной сфере зачастую искренне не понимают друг друга, хотя, как правило, юристы почти всегда по чисто психологическим причинам отступают перед математическими формулами и научным аппаратом экономистов. Что, конечно, не делает экономистов более правыми, а бюджет — более точным с точки зрения конституционных положений. В конституционной экономике речь идет не просто о само собой понятном и необходимом взаимном дополнении юридического и экономического анализа, а об их частичном слиянии и взаимопроникновении, причем как в теории, так и на практике, т.е. о создании их методологического единства в целях устранения их фактической противоположности. Проще сказать, конституционная экономика требует многофакторной экономической стратегии внутри страны и за ее пределами, а не просто конъюнктурных и часто случайных экономических решений, исходящих только из понятия сиюминутной политической выгоды, которая зачастую не совпадает с базисными направлениями стратегического экономического развития страны и постоянного повышения благосостояния ее граждан.

Особенно конституционная экономика важна для юристов-конституционалистов, которые первыми должны ответить на вызовы нового времени. Если юристы не сделают шаг навстречу конституционной экономике, она просто пройдет мимо них, предоставив экономистам, философам, социологам и политологам самостоятельно методологией своих наук определять содержание тех конституционных ценностей, которые напрямую связаны с конституционными понятиями благосостояния народа и материальными гарантиями защиты, достижения и сохранения этих ценностей.

Если так произойдет, тогда конституционному праву останется только формальная систематизация конституционных текстов и преподавательская деятельность по вопросам структуры и истории создания текстов конституций. Без знания и понимания конституционной экономики современный юрист-конституционалист будет не в состоянии дать содержательный анализ не

менее чем половины текста Основного Закона и находить правильные критерии при оценке и решении судебных дел, так или иначе связанных с благосостоянием народа и материальными гарантиями конституционных прав и свобод.

Тогда отсутствие специального знания вопросов взаимозависимости принципов и норм Конституции и государственных решений, непосредственно затрагивающих вопросы благосостояния народа и всех отдельных граждан, может быть «восполнено» субъективизмом, случайной конъюнктурой, уступкой давлению других органов государственной власти. Именно последнее будет по существу лишать суд возможности составлять самостоятельное мнение по вопросам, связанным с экономикой, а значит, де-факто ограничивать его самостоятельность и независимость. В результате разделение властей по существу будет сведено на нет неспособностью судебной власти иметь самостоятельное суждение по экономическим вопросам.

В конституционной экономике речь идёт о новом уровне отношений юридического и экономического анализа. Возможно, философия права может способствовать этим процессам.

Конституционная экономика как наиболее очевидное приложение конституционного права к нуждам сегодняшней экономической жизни может на данном этапе сделать для популяризации Конституции РФ и распространения конституционализма до сознания каждого школьника больше, чем любое другое научное направление.

Кроме того, как писал в своих «Тезисах о правовой реформе в России» Председатель Конституционного Суда РФ Валерий Зорькин: «Мы сможем преодолеть отставание от ведущих стран мира только используя право как серьёзный ресурс развития России, встраиваясь в общемировые стандарты правового поведения<...> Следует признать, что Россия имеет отсталую правовую систему, и предпринять решительные шаги по проведению правовой реформы». Под каждым приведенным словом можно подписаться, тем более что улучшение экономической жизни граждан должно стать главным направлением и задачей правовой реформы, для чего необходимо активно развивать конституционную экономику.

В ситуации начала глубокого экономического кризиса у нас в стране нет эффективного антикризисного механизма, помогающего смягчить наступающие социально-экономические проблемы, затрагивающие самые насущные материальные нужды населения и способные создать опасную ситуацию для конституционного строя страны.

Сложившаяся за последние годы экспортно-сырьевая модель российской экономики не поддерживается какими-либо встроенными институционально-нормативными антикризисными механизмами, потребность в наличии которых определяется конституционной экономикой в качестве первой конституционной обязанности государства.

В первые дни кризиса осенью 2008 г. вновь появился, по меткому определению В. И. Лафитского, «Чернобыльский синдром», проявляющийся в непредоставлении населению жизненно важной для него информации, необходимой, чтобы подготовиться к наступающим тяжелым временам. Предоставление обоснованной, взвешенной информации населению — показатель конституционного уважения государства к своим гражданам, которое рано или поздно обернется ответным конституционным уважением граждан к своему государству.

Среди экономистов сейчас модно говорить о том, что антикризисный «Новый курс» Франклина Рузвельта во времена «Великой Депрессии» в США 30 х годов прошлого века был не нужен и только продлил срок действия экономического кризиса. Эта точка зрения не убедительна. И не только потому, что выводы делаются по прошествии многих десятилетий. Бездействие государства могла вызвать социальный и политический взрыв, равносильный тому, который в те же годы в Германии привел к власти нацистов. Если бы Рузвельт не начал диалог с Америкой и не предложил целый комплекс реальных или отвлекающих экономических мероприятий, антикризисный институционально-нормативный механизм в США не был бы создан и не сглаживал бы многие кризисные явления в течение почти 70 последующих лет. Сейчас же, по мнению большинства американских экспертов, этот механизм нуждается в серьезной модернизации.

В России подобного механизма никогда не было, и 10 лет после кризиса 1998 г. оказались в этом смысле упущенными. Свою роль сыграли и отсутствие государственного заказа на заблаговременную разработку антикризисной стратегии, и неимение комплексной конституционно-экономической экспертизы. Экономика слишком важна, чтобы предоставить ее только экономистам, равно как и право слишком важно, чтобы предоставить его только юристам. На этом и базируется необходимость комплексного подхода, воплощенного в идее российской модели и школы конституционной экономики.

В нашей деидеологизированной стране базисное стремление людей к улучшению или поддержанию достойных материальных условий своей жизни (особенно у молодежи) — нормальное явление, которое в былые времена осуждалось как мещанство. Только на базе Конституции 1993 г. получили юридическое оформление нормальное конституционное право граждан страны требовать от государства и конституционная обязанность государства предоставлять им приличные условия существования и возможности своей трудовой или предпринимательской деятельностью поддерживать такие условия. В то же время серьезный и уважительный со стороны государства диалог с населением о реалиях и альтернативах экономической жизни является принципом конституционной экономики и конституционной обязанностью государства. Поэтому сегодня конституционная экономика — наиболее перспективное направление развития народного конституционализма.

В настоящее время у населения нет особого уважительного отношения к Конституции. Однако постановка вопросов с позиции конституционной экономики может изменить ситуацию. Нам надо пересматривать наши традиционные понятия и приводить их лингвистически и содержательно в соответствие с мировыми. Мировое понятие «конституционалист» никогда не было таким, как в России. Это создает понятийный разрыв и препятствует полному усвоению достижений мировой передовой мысли. У нас конституционалист — специалист по конституционному праву. А во всем мире конституционалисты — люди, изучающие вопросы применения Конституции в самых разных

сферах жизни, в том числе в сфере экономики. Еще более широко концепцию конституционализма изложил в своей книге «Дерзость надежды» новый Президент Соединенных Штатов Барак Обама (юрист и конституционалист, преподаватель конституционного права), считающий, что уважение любым человеком базисных принципов конституции делает его конституционалистом. Эта внешне простая мысль важна и для нас, поскольку повсеместное знание Конституции России и уважение к ней могут серьезно изменить запущенную правовую ситуацию в стране.

Наступающий двадцатилетний юбилей нашего Основного закона — важный этап для оценки его потенциала на будущие годы и десятилетия переходного периода, часть из которых Россия может провести в обстановке серьезного экономического кризиса. Крайне важно собрать представителей разных специальностей для обсуждения комплексных проблем жизнеспособности Конституции России. Это позволит реализовать главную идею российской школы конституционной экономики о взаимосвязи экономического развития и долгосрочной правовой реформы, исследуемой совместными силами юристов и экономистов, а также представителей других научных направлений (философов, социальных психологов и политологов). С позиции такого универсального комплексного конституционализма надо обсуждать и проблемы дальнейшего действия Конституции РФ, ее будущего. Будущее имеет только конституция, где заложены перспективы, Конституция, еще не реализованная сегодня, которая не может быть до конца реализована, но содержит в себе все необходимые возможности для того, чтобы быть реализованной завтра, послезавтра, через 50 или через 100 лет. Только такие конституции жизнеспособны. Конституция — важнейший и единственный духовный объединяющий документ — своего рода Библия, Декларация народного единства, народного духа. Ведущая фигура в утверждении конституционной экономики в современной России Г. А. Гаджиев в своих трудах очень удачно выстраивает мостик между гражданским, корпоративным и конституционным правом, а точнее, между внешне общечеловеческими абстрактными понятиями счастья, благополучия и справедливости и формализованным традиционным

юридическим (в том числе цивилистическим) мышлением, по сути, показывая, что конституционное право и конституционная экономика являются главными опорами моста, соединяющего справедливость с правом и (главное!) с экономикой.

Систематичность, а значит, полнота и непротиворечивость экономического законодательства сама по себе обеспечивает эффективный нормативный антикризисный механизм. Конституция 1993 г. содержит огромный потенциальный ресурс в развитии конституционно-экономических принципов. Конституционная экономика заложена в текст Конституции не только как гарантия рынка и прогрессивного современного экономического развития, но и как гарантия прав граждан на материальное благополучие.

Нам следует помнить о диалектическом единстве и противоречии: Конституция является вершиной и одновременно фундаментом правовой системы, в том числе системы экономического законодательства. При этом цитируемый из западной науки термин *self-enforcement constitution* лучше перевести не как «жизнеспособная» или «самореализующаяся», а как «самоприменяющаяся» или (проще) «прямого действия» (как и написано в ст. 15 Конституции РФ). Наш Основной закон может как восполнять пробелы законодательства и правовой системы, так и стать направляющей силой создания и реформирования правовой системы, соответствующей конституции и обеспечивающей ее эффективное применение. Создание же в России правовой системы (как современной системы компьютерного века) возможно только в результате последовательной и целенаправленной деятельности государства или, проще говоря, непрерывной правовой реформы.

В Американской ассоциации юристов собрали рабочую группу под руководством двух нобелевских лауреатов по экономике и в 2008 г. поставили перед ними следующие вопросы:

— Какими универсальными критериями определяются понятия «хорошая жизнь» и «благополучие» и как их адаптировать к понятию «верховенство права»?

— Каким образом можно адаптировать концепцию верховенства права к культурным и историческим особенностям

разных стран; каково соотношение между верховенством права (пусть по-разному определяемым) и экономическим и социальным развитием?

— Какова взаимозависимость между верховенством права и социальным прогрессом; какие политические позиции следует отстаивать с учетом вышеуказанных взаимозависимостей?

— Как система верховенства права может способствовать продвижению в таких областях, как права человека, здравоохранение и образование; какова взаимозависимость между верховенством права и коррупцией и управлением вообще?

— Каким образом эффективная система верховенства права может развиться при наличии коррупции и как она может повлиять на уменьшение коррупции; какова взаимозависимость между верховенством права и государственным регулированием экономики, включая банкротство, корпоративное и финансовое право, трудовые правоотношения и управление корпораций?

Консенсус экспертов при ответах на эти вопросы не ожидается, целью является сама их постановка для выяснения возможностей современной науки ответить на них. Работа над ответами на поставленные вопросы может стать магистральным направлением конституционной экономики на ближайшие десятилетия и отражает новые научные тенденции XXI в. Пока после почти уже 5 лет исследований вышеуказанных вопросов именитые Нобелевские лауреаты по экономике в рамках рабочей группы Американской ассоциации юристов не смогли дать развернутые и убедительные ответы, что объясняется сложностью исследования и, как мне кажется, недостаточным применением в нем методологии философии права и конституционно-го права.

Независимость Центрального банка — важнейший элемент антикризисного механизма с позиций конституционной экономики. Во второй половине XX в. была разработана, а в 1990-х годах получила закрепление в законодательстве многих стран конституционная доктрина независимости центральных банков от исполнительных и законодательных органов власти.

Она была инициирована прежде всего усилиями экономистов в рамках научных подходов конституционной экономики. Для нас это особенно важно, потому что Конституция 1993 г. включает ст. 75, предусматривающую независимость Банка России при осуществлении его конституционной функции по защите устойчивости рубля. Более того, руководители центральных банков ведущих стран на пороге XXI в. на симпозиуме «Независимость и ответственность. Развитие центральных банков», проведенном в мае 2000 г. в честь 200 летия Банка Франции, еще раз концептуально сформулировали подход к независимости. Так, занимавший в то время пост президента Банка Франции Жан Клод Трише заявил: центральные банки не входят ни в какую ветвь власти и ответственны за свою деятельность непосредственно перед всеми гражданами своей страны. По мнению именитых финансистов, центральные банки, ответственные за печатание денег, создание золотовалютных резервов и борьбу с инфляцией, не должны находиться в подчинении у законодательной и исполнительной ветвей власти, с тем чтобы избежать влияния сиюминутных политических интересов на долговременные финансовые интересы страны. (Этот пример показывает: наука конституционного права должна «догонять» конституционную экономику, одновременно переосмысливая в III тысячелетии многие традиционные доктрины, начиная с доктрины разделения властей.) Даже во время кризиса наш Центральный банк фактически является филиалом Минфина и не может самостоятельно реализовать свою конституционную обязанность обеспечивать устойчивость рубля: самое время вспомнить о конституционной экономике. Для нас вопрос независимости Банка России при поддержании устойчивости рубля может стать одним из главных при создании в стране антикризисного механизма. Это может стать одним из главных полей конституционно-экономического сражения против бюрократической инерции и конституционного нигилизма отсталой части чиновников российского госаппарата.

Необоснованное вмешательство и невмешательство государства в экономику являются препятствиями для создания

антикризисного механизма с позиций конституционной экономики. Особого внимания применительно к России заслуживает конституционно-экономического анализ разработанного в Бельгии понятия «государственной коррупции», когда судей или должностных лиц прямо или косвенно вынуждают принять экономическое решение, исходя из иногда ложно или конъюнктурно понятых интересов государства, создавая неравенство частных и государственных интересов и форм собственности. Сюда же относятся законодательные решения, принятые под воздействием лоббирования конкретных госорганов. При этом такие решения на самом деле далеко не всегда совпадают с реальными экономическими интересами государства и общества.

Одним из последовательно ошибочных направлений государственной экономической политики в России с позиций конституционной экономики следует признать подходы к развитию рынка ценных бумаг и акционерного капитала. Переписывая в плохом переводе с английского западные институты финансового рынка для России, наши законодатели вообще не учитывают возможность кризисов и резкого падения курса акций на рынке ценных бумаг.

Ответственность предпринимателей также крайне важна для построения антикризисного механизма, поскольку условия стабильности и предсказуемости имеют большое значение для поведения представителей бизнеса и государства в условиях кризиса, когда можно говорить о конституционной законности как критерии при принятии самых срочных и неотложных экономических антикризисных решений, вторгающихся в сферу действия существующего законодательства. Например, в России критерии для привлечения к ответственности за преднамеренное банкротство или, например, банкиров к уголовной ответственности за незаконную банковскую деятельность намного более размыты, чем за аналогичное правонарушение в любой иностранной развитой правовой системе. В условиях финансового кризиса это может расширить границы свободного усмотрения правоохранительных органов и привести к необоснованному возбуждению многих уголовных дел,

а значит, еще более дестабилизировать ситуацию в банковском и любом секторе экономики.

Решения Конституционного Суда РФ являются магистральным путем применения Конституции РФ 1993 г. и гарантией ее жизнеспособности и самореализации. Конституция США 1787 г. состоит из пары десятков страниц текста и более 500 томов решений Верховного Суда США. Конечно, Конституционный Суд РФ за прошедшие после принятия Основного закона 20 лет столько не наработал, но всё же его судебную практику следует в целом признать успешной. Решения Конституционного Суда РФ, а также решения других судов являются важнейшим сегментом антикризисного механизма, от скорости и добротности создания которого во многом зависит глубина и продолжительность начинающегося экономического кризиса.

Вообще российское корпоративное право является целиком заимствованным из западного права, причем не очень удачно: какие-то части взяли из одной правовой системы, другие — из другой; некоторые термины просто плохо переведены на русский язык и поэтому не имеют достаточного содержания. Формулировку «Мы, народ...» в писаной конституции впервые употребили Соединенные Штаты Америки. (Кстати, американцы заимствовали ее из документа о Союзе шести ирокезских племен. Более того, как мы обсуждали с авторитетным конституционалистом и переводчиком американской Конституции Василием Власихиным, правильней всё-таки перевести «We The People...» как «Мы, люди...», что подчеркивает, что каждый является Автором Конституции сам по себе, а не только как часть такой общности, как Народ.)

Наша Конституция начинается со следующей преамбулы: «Мы, многонациональный народ Российской Федерации, соединенные общей судьбой на своей земле, утверждая права и свободы человека, гражданский мир и согласие, сохраняя исторически сложившееся государственное единство, исходя из общепризнанных принципов равноправия и самоопределения народов, чтя память предков, передавших нам любовь и уважение к Отечеству, веру в добро и справедливость, возрождая су-

веренную государственность России и утверждая незыблемость ее демократической основы, стремясь обеспечить благополучие и процветание России, исходя из ответственности за свою Родину перед нынешним и будущими поколениями, сознавая себя частью мирового сообщества, принимаем КОНСТИТУЦИЮ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ».

Казалось бы, это всего лишь лозунг, но надо понимать следующее: Конституция России 1993 года — это первая реальная конституция нашей страны, первый юридический документ — основной закон, который имеет прямое действие. Прямое действие означает, что на основании этой книжечки, без всяких дополнительных законов, кодексов, инструкций и положений можно идти в суд, и не только в суд, и требовать выполнения той или иной статьи Конституции. А если действующий закон в чем-то, по мнению заявителя, противоречит ей (а Конституция — это и текст, и дух, и принципы, и содержание, и практика его применения), то не закон должен применяться, а положение Конституции. То есть мы — авторы этого документа: Конституция России принята и действует от нашего имени.

Владимир Дмитриевич МАЗАЕВ¹³⁴

К ИСТОРИИ ВОПРОСА О РОССИЙСКОЙ ПРАВОВОЙ РЕФОРМЕ

1. Концептуальные основы правовой реформы. Была ли в постсоветской России правовая реформа? Вопрос носит риторический характер, если учитывать условия радикальных изменений политического и социально-экономического строя в конце 1980 х — начале 1990 х годов. В данной исторической ситуации учреждались качественно новые правовые институты, правовые принципы и подходы в системе права. Правовая среда новой России формировалась в общем революционном потоке. В этом смысле правовая реформа была составной частью всего реформаторского процесса, инструментом создания основ либерально-демократической модели экономики и государственного устройства.

Но если поставить вопрос о том, была ли разработана и принята государством модель правовой реформы как некая программа действий и мероприятий по обеспечению политико-экономических преобразований, то на этот вопрос ответ может быть неоднозначным.

По справедливому мнению В. Д. Зорькина (относящемуся к опубликованию официального документа о правовой реформе), «в истории России государство никогда не выдвигало концепции или программы правовой реформы. Всё, что делалось в разные исторические периоды, сводилось в основном к судебной реформе, которая хотя и является сердцевиной реформы правовой реформы, но не охватывает всех ее сторон, связанных с регулированием социальной, политической и экономической

¹³⁴ Член Конституционной комиссии (1990–1993), Президент (директор) Российского фонда правовых реформ (1996–2001).

жизни»¹³⁵. Действительно, большинство исследователей только «Концепцию судебной реформы», принятую Верховным Советом РСФСР 24 октября 1991, № 1801-1, рассматривает в качестве специального юридического документа программного характера, закрепившего модель и направления реформирования судебной системы.

Вместе с тем эта позиция требует уточнения, особенно если говорить о предварительных официальных документах по подготовке концепции правовой реформы.

Во-первых, правовая реформа шла в рамках конституционного процесса, ее основные цели, задачи, принципы и направления формулировались в актах конституционного характера того времени. Так, в Декларации о государственном суверенитете РСФСР от 12 июня 1990 г. закреплялись важнейшие принципы нового государственного строя и правовой системы, такие как гарантирование прав и свобод, предусмотренных общепризнанными нормами международного права (п. 10), гарантирование всем гражданам, политическим партиям, общественным организациям, массовым движениям и религиозным организациям, действующим в рамках Конституции РСФСР, равные правовые возможности участвовать в управлении государственными и общественными делами (п. 12), разделение законодательной, исполнительной и судебной властей как важнейший принцип функционирования РСФСР как правового государства (п. 13), приверженность общепризнанным принципам международного права (п. 14). Декларация принималась как основа для разработки новой Конституции РСФСР, заключения Союзного договора и совершенствования республиканского законодательства (п. 15).

В процессе конституционных реформ 1990–1993 годов Съездом народных депутатов РСФСР, Верховным Советом

¹³⁵ См.: В. Д. Зорькин. Тезисы о Правовой реформе в России. // Правовая реформа, судебная реформа и конституционная экономика. Сборник статей / Состав. П. Д. Баренбойм. М.: Издание г-на Тихомирова М. Ю., 2004. — С. 7-8.

РСФСР были разработаны и приняты изменения в Конституцию РСФСР, которые относятся к разряду революционных конституционно-правовых актов: 1) в политической и идеологических сферах: закрепление принципов политического и идеологического плюрализма, многопартийности; 2) в экономической сфере: закрепление существования различных форм собственности и их равной правовой защиты; 3) в области государственного строительства: закрепление принципа разделения властей; учреждение поста Президента РФ как высшего должностного лица и главы исполнительной власти; введение элементов парламентаризма в виде постоянно работающего Верховного Совета РСФСР; образование Конституционного Суда РФ как органа высшего конституционного контроля; закрепление принципа независимости судебной системы; 4) в сфере обеспечения прав личности: утверждение и внесение в Конституцию Декларации прав и свобод человека и гражданина, в которой отражена модель правового статуса личности, соответствующая общепринятым демократическим стандартам; 5) в сфере национально-государственного устройства: утверждение новой модели федеративных отношений; 6) учреждение местного самоуправления как негосударственной формы осуществления власти народа; 7) оформление самостоятельного и суверенного государства — Российской Федерации.

Такие масштабные изменения были осуществлены посредством принятия многочисленных поправок в действующую Конституцию, в рамках существующего правового поля. Но эти поправки явились единственными и наиболее реальными указателями правовых реформаций в данный исторический момент.

Конституции РФ 1993 года подвела итог формированию политико-правовой модели нового общественного и государственного строя, закрепив: а) демократические основы конституционного строя в качестве незыблемых и неизменяемых ценностей для российского общества, в том числе полновластие народа, политический и идеологический плюрализм, правовое государство, демократические формы правления и др.; б) уни-

версальную концепцию прав и свобод человека и гражданина с признанием приоритета естественных прав человека; в) новую систему государственной власти, основанную на принципе разделении властей; г) новую модель федеративных отношений в Российской Федерации; д) статус местного самоуправления как важнейшего института народовластия.

Собственно говоря, система ценностей правовой реформы были сформирована в рамках конституционного законодательства. И конкретные направления правовой реформы были ориентированы на эти конституционно-правовые векторы. Например, создание Гражданского кодекса РФ, законодательства о поддержке конкуренции, законодательства о рынке ценных бумаг и т.д. было осуществлено в рамках конституционно-правовых принципов рыночной экономики, защиты прав частной собственности. Таким образом, в конкретный исторический момент правовая реформа была в наличии и осуществлялась в рамках «конституционной карты».

Во-вторых, если понимать правовую реформу как четко, предметно и формально выраженное целеполагание изменения правовой среды и ее институтов, причем в виде системы определенных и обоснованных мероприятий, то в тот исторический момент такой программы не было. Многие правовые решения принимались ситуативно, с большой долей политической целесообразности, в лучшем случае на волне правового романтизма, без должной правовой связки с иными институтами права. Так, знаменитая ваучерная безденежная приватизация была законодательным тараном разрушения старой модели господствующей общенародной (общегосударственной) собственности и платформой создания эффективного слоя частных собственников. Ее разрушительный потенциал был реализован, а положительный — провален (слоя эффективных собственников она не создала, а узаконила несправедливое перераспределение объектов собственности и монополизацию собственности в руках неэффективных владельцев). Отрицательные моменты правового обеспечения приватизации во многом были связаны с несистемным правовым решением вопросов приватизации. Как показали экспертные оценки Счетной палаты РФ,

существенные недостатки и пробелы правовой базы начального этапа приватизации становились причиной для серьезных злоупотреблений в ходе приватизационных мероприятий. Так, в этот период законодательно не определялись единые социально-экономические, финансовые или иные условия для вовлечения различных предприятий в процесс приватизации; не были обеспечены равные права и возможности по участию в приватизации всех слоев российского общества, и не соблюдался принцип социальной справедливости. В нормативных правовых актах не были установлены обязательные условия и требования для приватизируемых предприятий, в частности, по сохранению профиля деятельности; не определялся порядок приватизации предприятий как единых имущественных комплексов; не были установлены ограничения в допуске иностранных инвесторов к приватизации стратегически важных объектов. Фактически приватизированные предприятия в начале 1990 х годов были обречены на неэффективность, поскольку отсутствовали механизмы реализации новых форм собственности: не были приняты законы об акционерных обществах и о рынке ценных бумаг, оказались не созданными эффективная банковская система и страховой рынок и т.д.¹³⁶

2. Была ли концепция правовой реформы? В 1995 году была предпринята попытка разработки концепции правовой реформы и проведены ряд мероприятий по осуществлению отдельных элементов правовой реформы. Так, 6 июля 1995 года был принят Указ Президента РФ № 673 «О разработке концепции правовой реформы в Российской Федерации»¹³⁷. Согласно этому Указу, была признана необходимой разработка концепции правовой реформы. В качестве основных элементов концепции правовой реформы устанавливались: законодательное обеспечение системы прав человека в обществе; упрочение основ

¹³⁶ См.: Анализ процессов приватизации государственной собственности в Российской Федерации за период 1993– 2003 годы (http://www.ach.gov.ru/userfiles/tree/priv-tree_files-fl-603.pdf).

¹³⁷ Собрание законодательства РФ. — 10.07.1995, № 28. — Ст. 2642.

и защита конституционного строя; реформирование государственного управления, в том числе совершенствование системы государственной регистрации общественных объединений и других юридических лиц; создание целостной правовой базы организации и деятельности судебной системы и органов юстиции; обеспечение координации нормотворческой деятельности федеральных органов государственной власти; конкретизация основ федерализма в Российской Федерации; дальнейшее системное правовое обеспечение развития экономики; развитие системы правового воспитания, в том числе укрепление системы юридического образования и юридической науки; организация правовой экспертизы в нормотворческой и правоприменительной практике; формирование современной широкодоступной базы нормативных актов, в том числе в электронном виде, и др.

Указом также устанавливалась обязанность Правительства РФ предусматривать в проектах федерального бюджета начиная с 1996 года отдельной строкой финансирование работ по подготовке и проведению правовой реформы, а также правовой информатизации России на основе концепции правовой реформы в Российской Федерации.

В пояснительной записке к проекту данного Указа, подготовленной сотрудниками ГПУ Президента РФ, было, в частности, сказано, что отсутствие общегосударственной логики правовой реформы, соответствующей Конституции РФ, недостаточность элементов системности и упорядоченности в законотворчестве, о которых было сказано в послании Президента РФ к Федеральному Собранию РФ «О действенности государственной власти в России», требуют обратиться к разработке концепции правовой реформы. Данная концепция как обобщенное выражение в правовых принципах и установках потребностей сложившихся политических и экономических отношений могла бы стать идейно-логическим стержнем дальнейшей законотворческой работы, фактором согласования и объединения усилий различных ветвей и уровней власти.

В целях обеспечения исполнения Указа Президента РФ о разработке концепции правовой реформы было издано Рас-

поряжение Президента РФ от 22 августа 1995 года № 389-рп об утверждении Комплексного плана мероприятий по реализации данного Указа Президента РФ и Распоряжение Президента РФ от 16 сентября 1995 г. № 418 рп о проведении 3—5 октября 1995 г. научно-практической конференции с участием представителей ведущих политических партий и движений, руководителей федеральных органов государственной власти и представителей научных и учебных заведений (факультетов юридического и экономического профиля). По результатам обсуждений на этой конференции были приняты рекомендации «Пути и формы правового реформирования российского общества». В марте 1996 года был проведен Всероссийский конгресс по правовой реформе. В рамках реализации предписаний Указа были подготовлены ведущими научно-практическими и учебными юридическими центрами предложения к проекту концепции правовой реформы. Наиболее основательные и объемные предложения были, в частности, представлены Институтом законодательства и сравнительного правоведения, Центром частного права при Президенте РФ. Так, в предложениях Института законодательства и сравнительного правоведения отмечалось, что в концепции должны содержаться анализ и оценка современного государственно-правового состояния России, в том числе: полноты реализации основных принципов конституционного строя и его дальнейшей демократизации; современного развития законодательства в целом и его отдельных отраслей, государственной власти и ее институтов, федерализма, прав и свобод граждан; эффективности правоприменения и реализации законов. Отдельно подчеркивалась необходимость связанности концепции правовой реформы с программами экономических, государственных, социальных, военных и иных реформ.

В предложениях Центра частного права при Президенте РФ «Дальнейшее системное правовое обеспечение развитие экономики» обосновывалась значимость системности в правовом обеспечении экономики и наличии политической воли в определении приоритетов регулирования в данный исторический момент. Эту системность предлагалось понимать двояко.

Во-первых, как стабильную и непротиворечивую базу рыночных отношений. Во-вторых, как системный подход к регулированию отдельно взятых экономических явлений. Было констатировано, что действующее экономическое законодательство состоит из двух блоков: а) законодательство, регулирующие экономические реформы (приватизацию); б) законодательство, регулирующие на стабильной и долгосрочной основе уже сложившиеся экономические отношения. Основная проблема в том, что эти блоки четко не разделены, что порождает коллизии и противоречия. От этого страдают участники хозяйственного оборота, и существует опасность превращения всего экономического законодательства в «реформаторское». Требуется начинать регулировать сложившиеся экономические отношения на стабильной основе.

Приведенные предложения имеют принципиальное и непреходящее значение при разработке подобных документов. Так, почти через 10 лет, в 2004 году, В. Д. Зорькин, обобщая исторический опыт и подчеркивая существующую остроту проблемы, также указывает на то, что «правовая реформа должна готовиться и проводиться комплексно, с разбивкой на этапы, определяемые политическими циклами и экономическими возможностями, а также развитием административной реформы. Следует подчеркнуть, что правовая реформа должна решать в первую очередь вопросы экономического развития страны и создания гражданского общества»¹³⁸.

В 1995–1996 гг. была проведена большая работа по разработке и обобщению предложений к концепции правовой реформы в России. Но как таковой документ «Концепция правовой реформы в Российской Федерации» не появился. Причинами этого могли стать: а) значительность и концептуальная сложность самой постановки задачи, особенно в условиях отсутствия ясных программ реформирования в других областях жизни государства и общества; б) несогласованность в концептуальных позициях собственно представителей кремлевской

¹³⁸ См.: В. Д. Зорькин. Тезисы о Правовой реформе в России. // Там же. — С. 10.

власти; в) консервативность руководства отдельных государственных органов, неготовность к значительным переменам; г) отсутствие должного финансового обеспечения реформаторских предложений (тем более, что бюджетных средств едва хватало на выплату зарплаты судьям); д) отсутствие единого координационного центра разработки и внедрения концепции правовой реформы в России.

Вместе с тем действие Указа Президента РФ о разработке концепции правовой реформы имело положительные результаты: 1) наработан большой объем предложений в сфере реформирования различных отраслей законодательства, институтов права и органов государственной власти; 2) часть из этих предложений нашла свое отражение в программах законопроектных работ Президента РФ, Правительства РФ, Федерального Собрания РФ, различных ветвей судебной системы, различных министерств (прежде всего Министерства юстиции РФ); 3) также отдельные концептуальные предложения нашли и находят свое отражение при разработке федеральных целевых программ, связанных с совершенствованием правовых институтов.

3. Проект «Правовая реформа». Отдельно следует упомянуть такое направление реализации отдельных элементов концепции правовой реформы как проект «Правовая реформа» и деятельность Российского фонда правовых реформ.

В рамках реализации Указа Президента РФ о разработке концепции правовой реформы в части привлечения внебюджетных источников финансирования, в том числе международных финансовых организаций (п. 4 Указа), было заключено Соглашение между Правительством РФ и Международным банком реконструкции и развития (МБРР) 21 июня 1996, утвержденное Постановлением Правительства РФ 27 июня 1996 г. № 890. Согласно этому Соглашению, деньги Банка направлялись на реализацию проекта «Правовая реформа». Содержание проекта было отражено в техническом приложении к Соглашению. В нем выделялось несколько основных направлений, которые были сформулированы на основании обобщенных

рекомендаций и предложений, полученных в ходе работы над проектом концепции правовой реформы, которые при этом соответствовали потребностям данного исторического момента и финансовым возможностям власти. В их число вошли: а) законодательство: содействие в разработке законодательных и нормативных актов по вопросам экономики, в том числе по решению вопросов координации законотворческого процесса в Российской Федерации, совершенствованию подготовки регионального законодательства; 2) правовая информация: разработка основных принципов классификации и кодификации российского законодательства; создание системы классификации в электронном виде; технико-экономическое обоснование и проектирование системы правовой информации для государственного сектора, с обеспечением своевременного и открытого доступа широких кругов общественности к системе правовой информации; 3) подготовка юридических кадров: поддержка усилий по совершенствованию юридического образования в юридических учебных заведениях, в частности, финансирование грантовых программ для пяти юридических вузов страны; содействие модернизации учебного процесса (совершенствование учебных планов, программ, появление новых учебных курсов), восприятие новых методов и форм обучения, пополнение библиотечного фонда и т.д.; 4) правовая культура и правовое воспитание, информированность общественности в вопросах права и роли права в рыночной экономике: правовое воспитание через СМИ (телевидение, радио, пресса), подготовка журналистов по вопросам права, разработка учебных материалов для средних школ по вопросам права и т.д.; 5) судебная реформа и альтернативные методы разрешения споров: поддержка подготовки судей для судов общей юрисдикции и арбитражных судов (разработка новых программ, закупка оборудования для обучения, организация курсов профессиональной подготовки и т.д.); проведение исследования управления и работы с делами в судах общей юрисдикции, в том числе движение бюджетных средств в судебной системе и совершенствование текущей системы отправления правосудия и обслуживания граждан; способствование созданию консен-

суса и обеспечению поддержки судебной реформы со стороны судейского сообщества; поддержка подготовки арбитров и посредников в области альтернативных методов разрешения споров и др.

В качестве инструмента управления данным проектом и в целях аккумулирования финансовых средств, направленных на правовое реформирование российского общества и управление ими согласно Распоряжению Президента РФ от 22 февраля 1996 г. № 81-рп «О Российском фонде правовых реформ», было одобрено учреждение Российского фонда правовых реформ. В состав учредителей Фонда вошли Администрация Президента РФ, Министерство юстиции РФ, Министерство финансов РФ, Федеральная комиссия по ценным бумагам и фондовому рынку и Российская академия наук. Фонд явился некой государственно-общественной площадкой, содействующей координации действий различных государственных и общественных организаций по реализации ряда направлений и сегментов правовой реформы. Следует также отметить, что помимо заемных средств, Фонд располагал собственными средствами, которые направлял по решению учредителей на поддержку наиболее значимых на данный момент вопросов правовых преобразований. Так, в основном за счет собственных средств Фонда была осуществлена поддержка разработки ряда нормативных актов в сфере экономики; совместно с Министерством культуры РФ и ФАПСИ реализован проект создания сети центров правовой информации на базе публичных библиотек.

Нельзя не отметить, что для Мирового банка этот проект был первым и уникальным в своем роде. Он никогда не финансировал модернизацию правовых институтов. С учетом определенного положительного российского опыта, Мировой банк поддержал такие проекты в ряде других стран, например, Казахстане. А в 2000 году совместными усилиями Мирового банка и МВФ (Международного валютного фонда) в Вашингтоне был проведен первый мировой конгресс по вопросам правовой реформы. Суть обсуждений сводилась к тому, что все попытки модернизации, реформирования экономики в развивающихся странах или странах с переходной экономикой не

имеют должного эффекта без соответствующей модернизации правовых институтов.

Эти выводы корреспондируют и с сегодняшней российской практикой разработки концепций социально-экономического развития. Так, в Концепции долгосрочного социально-экономического развития России до 2020 года факторы модернизации правовых и государственных институтов стоят на одном из важнейших мест в достижении экономических показателей. В Концепции утверждается, что переход к инновационному социально ориентированному типу развития невозможен без формирования в России институциональной среды, способствующей росту предпринимательской и инновационной активности. Такая институциональная среда характеризуется развитыми институтами демократии, низким уровнем коррупции и высоким доверием к институтам власти; защищенностью прав собственности, независимой судебной системой; эффективностью государственного управления. Для повышения эффективности политико-правовых институтов, обеспечения исполнения законодательства необходимо решение таких проблем как проведение судебной реформы, обеспечивающей действенность и справедливость принимаемых судом решений¹³⁹.

Опыт работы с Мировым банком также показал существенную разницу в оценке элементов реформ (и модернизации) и просто функционирования правовых институтов. Так, около 2 лет потребовалось Фонду для того, чтобы согласовать выделение заемных запланированных средств на финансирование ряда вопросов, относящихся к судебной реформе. Например, на запрос о выделении средств на закупку определенного оборудования для нужд судов, или решение вопросов острой необходимости, например, ремонта зданий судов, Банк отвечал отказом. Банк твердо стоял на позиции того, что заемные деньги выделены для решения реформаторских задач, а не для

¹³⁹ См.: Концепция долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года. — <http://www.economy.gov.ru/minec/activity/sections/strategicplanning/concept/>.

поддержания функционирования судебной системы и решения текущих проблем. Нужно было доказать, что каждая сотня долларов идет строго на поддержку внедрения новых принципов управления судебными делами, новой методологии обучения, а закупка данного оборудования обеспечит определенный эффект в снижении сроков рассмотрения дел или повышения доступности и открытости судопроизводства.

Но больше всего в работе с Банком (имеется в виду большой пул международных специалистов, прикомандированных к реализации проекта «Правовая реформа») удивляла и даже раздражала их настойчивость в вопросах, есть ли в России согласованная и утвержденная концепция или программа правой реформы или программы по отдельным ее направлениям. Их позиция заключалась в том, что нельзя тратить государственные деньги, если нет четкой и согласованной программы реализации реформаторских идей и желательного бизнес-плана по их финансовому обеспечению. Но с течением времени ушло раздражение и пришло понимание того, что, действительно, у нас на тот момент не было достаточно проработанных с точки зрения конкретности и согласованности программ и финансовых планов по реализации многих позиций правовой реформы. Поэтому приходилось основное время работы заниматься сведением содержания креативных идей с организационно-финансовыми аспектами их осуществления. В противном случае деньги могут быть потрачены неэффективно (с точки зрения задач реформы), если направить их, например, на текущие расходы какого-то юридического ведомства или потратить на какой-то элемент судебной системы, имеющий частный характер и не относящийся к решению общих задач судебной системы.

4. Концепция и финансовый план. Опыт проекта «Правовая реформа» показал также, что можно и необходимо увязывать решение концептуальных задач и проблем с вопросами целевого и эффективного финансирования этого процесса. Сегодня эта модель осуществляется в форме федеральных целевых программ. Финансирование развития судебной системы, совершенствования правовых институтов, относящихся к ком-

петенции Министерства юстиции РФ, происходит на основании согласованных и утвержденных мероприятий, в том числе предполагающих достижение концептуальных целей и задач правосудия, например, уровня независимости судов. Уровень креативности таких программ повышается за счет использования формы концепции, которая наполняет программы должными содержательными элементами. Так, в Концепции федеральной целевой программы «Развитие судебной системы России на 2013–2020 годы» определяются цели, задачи, направления и основные показатели развития судебной системы с соответствующим финансовым обеспечением, в том числе показатели уровня оплаты судей, строительства судебных помещений, закупки необходимого оборудования для обеспечения сроков осуществления правосудия, а также его открытости и доступности гражданам.

В этой программе, как и предыдущих, даются, в основном, формальные показатели, которые свидетельствуют о развитии судебной системы в России, о ее организационном и кадровом оснащении, внедрении в ее деятельность современных управленческих и технических методов и средств.

Вместе с тем, как справедливо отмечал В. Д. Зорькин в 2004 году, при всех позитивных факторах проведения судебной реформы складывается парадоксальная ситуация: проведенная судебная реформа не изменила в целом негативного взгляда большинства населения на российскую судебную систему. Это же положение сегодня констатируется и в указанной концепции. Так, согласно опросам общественного мнения, приведенным в Концепции программы развития судебной системы, утвержденной распоряжением Правительства РФ от 2 сентября 2012 года, только 27% граждан России доверяют органам правосудия, при этом 38% органам правосудия не доверяют. Согласно мониторингу реализации Программы до 2012 года и оценки деятельности органов правосудия физическими и юридическими лицами, ежегодно проводимому Министерством экономического развития Российской Федерации, сохраняется ряд проблем, связанных с качеством правосудия, сроками судопроизводства, недостаточной инфор-

мированностью граждан о деятельности судебной системы, неудовлетворительной работой судов, неэффективным исполнением судебных актов.

Исследовательский центр портала *Работа@Mail.Ru* (<http://rabota.mail.ru/>) провел 1 ноября 2012 года опрос и выяснил, что 61% россиян недовольны работой судей в России, а еще 15% считают, что все они недобросовестно исполняют свои обязанности. Более того, 17% опрошенных лично сталкивались с несправедливыми решениями служителей Фемиды. 20% отказались бы быть судьей из-за того, что, по их мнению, это «грязная» профессия. Респонденты уверены: чтобы стать хорошим судьей в России, человеку нужно воспитывать в себе беспристрастность (60%), чувство справедливости (41%) и высокие моральные принципы (38%).

Возникает вопрос, как существенно изменить отношение граждан к судебной системе. В утвержденной программе имеются отдельные элементы концептуальных подходов к развитию судебной системы, такие как дальнейшее обеспечение независимости и самостоятельности судебной власти, в том числе в финансовом отношении, повышение степени открытости и доступности правосудия и т.д. Вместе с тем, этот документ по своему назначению прежде всего является финансовым планом расходования бюджетных средств на функционирование судебной системы и ее совершенствование в рамках установленных бюджетных правил. Данная концепция утверждается Правительством России, а Государственным заказчиком-координатором Программы является Минэкономразвития России, что лишний раз показывает ее близость к бюджетным вопросам исполнительной власти.

Концептуальные вопросы реформирования или дальнейшего совершенствования судебной системы в рамках этой программы решить нельзя. Эти вопросы и проблемы должны быть сформулированы и утверждены не в недрах исполнительной власти. Постановка задачи реформирования, определение направлений, этапов и форм данного процесса должна осуществляться парламентом и, по меньшей мере, в форме законодательного акта. И почему бы не использовать в нашей

стране такую форму как закон-программа, в котором бы отражались необходимые креативные позиции в той или иной области реформирования (модернизации) тех или иных правовых институтов. А на основе закона-программы, например, «О повышении уровня независимости, открытости и справедливости российской судебной системы», разрабатывать и принимать в рамках бюджетного процесса федеральные целевые программы по развитию судебной системы на основании законодательно заданных высоких содержательных показателей.

ИЭН СТЮАРТ

**ОТ «ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА» (RULE OF LAW)
К «ПРАВОВОМУ ГОСУДАРСТВУ» (LEGAL STATE):
ВРЕМЯ РЕИНКАРНАЦИИ?**

Автор идентифицирует и поддерживает в теории публичного права правовых систем англосаксонского общего права переход от опоры на идею законности, основанную на судебных решениях («Верховенство права» [the rule of law], в формулировке Дайси, — хотя это определение содержит идеологический смысл одновременно убедительный и иллюзорный), к опоре на европейскую идею законности, основанную на законодательстве («Правовое государство» [the legal state], по-немецки Rechtsstaat).

С этой точки зрения так называемая проблема «судебного активизма» (критикуемого судьей Высокого Суда Австралии Дайсоном Хейдоном) является вовсе не злоупотреблением, а именно надлежащим употреблением такой системы общего права, где преобладание законодательства оказалось бы предпочтительным. Следует быть осторожным в восхвалении чрезмерной судебной свободы, даже когда она используется для достижения значимых целей, ибо она может в равной степени использоваться и для достижения целей прямо противоположных. Хотя конечно, судья должен быть «активным» в смысле следования «демократическому императиву» путем наполнения содержанием целей законодателя и недопущения того, чтобы эти цели были кем-то искажены с помощью неподобающей юридической техники.

I. Избиение в Белоруссии

Мрачной тенью из прошлого бывшей Белоруссии образца 1988 года является описание расследования уголовного

дела об убийстве: сначала были сфабрикованы улики. Затем подозреваемых подвешивали за ноги и держали так до потери сознания, добиваясь добровольного признания вины. Их также обрабатывали кулаками и сапогами, били головой о стенку сейфа, а одного из подозреваемых даже молотили по голове увесистым томом Уголовного кодекса Белорусской ССР.

«Видимо, это делалось, чтобы подозреваемый не строил иллюзий в отношении законности методов следствия...», — как саркастически писала «Литературная газета» в статье о собственном журналистском расследовании, которое, в конечном итоге, и привело к аресту настоящего убийцы.¹⁴⁰

Вряд ли можно найти более показательный случай нарушения Верховенства права. И в самом деле, это было настолько очевидно, что подверглось осуждению в одной из популярнейших тогда советских газет.¹⁴¹

II. Подноготная Blackwater

Вышеупомянутый случай может быть и исключением, плохим одиночным делом. Ситуация же с компанией Blackwater гораздо тревожней.

Численность американского военного контингента в Ираке насчитывала 160 тыс. человек. Численность контингента частных фирм-подрядчиков, не все из которых американские, составляла около 180 тыс. Многие из этих 180 тыс. призваны заменить регулярные войска в выполнении функций, не требующих специальной военной подготовки, таких, например, как автомобильные грузоперевозки или стирка обмундирования. Однако появились сообщения, что всё учащаются случаи использования контингента подрядчиков и в чисто военных операциях. «Частные контрактники допрашивают пленных, занимаются сбором разведывательной информации, вывозят осужденных, охраняют представителей местной администра-

¹⁴⁰ Guardian Weekly. — 13 мар. 1988.

¹⁴¹ Литературная газета (<http://www.lgz.ru/>; дата обращения 10 дек. 2012).

ции, а в некоторых случаях даже берут на себя командование американскими и международными силами»¹⁴².

Наиболее заметной из таких фирм-подрядчиков в Ираке (хотя самый крупный контракт принадлежит не ей, а британской компании¹⁴³) являлась Blackwater Worldwide. По крайней мере, 90% доходов Blackwater в Ираке поступает от госконтрактов с правительством США, причем две трети из них присуждены без проведения тендера. Blackwater фигурирует в нескольких судебных исках в США, поданных от имени иракцев, якобы убитых служащими фирмы в неспровоцированных перестрелках, а также в исках нескольких своих же сотрудников и американских военнослужащих, смерть которых, как утверждается, произошла из-за преступной халатности. ФБР также расследует случаи незаконного ввоза оружия для передачи курдским повстанцам на территории Ирака. В ситуации, когда более 60 американских солдат из иракского контингента уже осуждены военно-полевыми судами¹⁴⁴, ни один из частных контрактников не был даже обвинен в военных преступлениях.

После убийства 16 сентября 2007 года контрактниками Blackwater семнадцати иракцев иракское правительство отозвало у Blackwater лицензию на работу в Ираке, объявив, что намерено в судебном порядке преследовать компанию и ее сотрудников за этот инцидент. Министерство обороны США ответило, что в соответствии с американским законодательством сотрудники Blackwater пользуются судебным иммунитетом, что дает им возможность беспрепятственно уехать из Ирака и более там не появляться. При этом

¹⁴² Mercenaries on the Make // Guardian Weekly. — 7 сен. 2007.

¹⁴³ Компания Aegis, возглавляемая британским генерал-лейтенантом в отставке, преемница печально известной Sandline International (ibid; Wikipedia: «Sandline International» [<http://en.wikipedia.org/wiki/Sandline>; дата обращения 10 дек. 2012]).

¹⁴⁴ Iraq's Hired Hands Under Fire as Security Dollars Start to Run Low // Guardian Weekly. — 28 сен. 2007.

министерство юстиции США заявило, что Минобороны не располагает полномочиями для предоставления такого иммунитета. 4 октября 2007 Палатой представителей США был принят законопроект 389-30, по которому все частные подрядчики, работающие в Ираке и других зонах боевых действий, могут подлежать судебному преследованию в американских судах. Демократы собирались провести аналогичный законопроект в Сенате США.¹⁴⁵

Попытка правительства могущественнейшей мировой державы оградить частных военных подрядчиков от действия закона — предоставлением им судебного иммунитета или отказом от предъявления им обвинений — выглядит попыткой обойти принцип верховенства права через приватизацию войны. И всё это происходит, когда приверженность верховенству права подается как ключевая характеристика «войны с террором».

III. Что такое «верховенство права»?¹⁴⁶

Когда я говорю «верховенство права», я уверен, что вкладываю некоторый смысл. Тем не менее, я пока ещё далек от уверенности в понимании того, что же это за смысл. Мы знаем,

¹⁴⁵ Wikipedia: «Blackwater Worldwide» (позже «Blackwater USA», «Xe Services LLC», «Academi»: http://en.wikipedia.org/wiki/Blackwater_USA; дата обращения 10 дек. 2012. Октябрьский законопроект, HR 2740, относится к документу «MEJA Expansion and Enforcement Act of 2007»; цель законопроекта — внести изменения в *Military Extraterritorial Jurisdiction Act*. Разведывательные операции исключены из данной юрисдикции. [19 марта 2008, законопроект был принят Палатой представителей США, но пока не направлен на одобрение американского Сената.]

¹⁴⁶ К сожалению, я пока не имел возможности познакомиться с книгой: *Pietro Costa, Danilo Zolo* (ред.). *The Rule of Law: History, Theory and Criticism*. — [=Law and Philosophy Library. — Vol. 80]. — N.Y.: Springer-Verlag GmbH, 2007.

что понимал под этим Дайси¹⁴⁷, но его определение не предназначалось для применения за пределами Англии или, по крайней мере, за пределами стран с англосаксонской системой. Поэтому я возвращаюсь к определению Дайси для понимания, что означает «верховенство права», если попытаться добиться его применения по всему миру.

Судья Хейдон убежден во многом, что обеспечивается верховенством права, но мне кажется, что он четко не объяснил, что такое само «верховенство права»¹⁴⁸. Он, кажется, не вполне полагается на Дайси, что разумно, ибо кто же станет утверждать, что идеи Дайси всё еще действительны для нас на расстоянии половины земного шара (между Англией и Австралией — прим. пер.) и протяженности более ста лет. Правда, мы ведь вправе говорить о пользе, приносимой чем-то, и без ясного понимания того, чем это «что-то» является. Например, мне

¹⁴⁷ Формулировка «the rule of law», принадлежащая Дайси, так хорошо известна, что я не буду здесь о ней говорить. Я подверг ее критическому разбору в своей работе: *Iain Stewart. Men of Class: Aristotle, Montesquieu and Dicey on 'Separation of Powers' and 'The Rule of Law' // Macquarie Law Journal. — Vol. 4. — 2004. — Pp. 187-223. — VI. Dicey's Rule. — P. 204-219.*

¹⁴⁸ *Dyson Heydon. Judicial Activism and the Death of the Rule of Law // Quadrant Magazine. — Vol. XLVII, Issue 1, № 9. — Ян./ фев. 2003. — P. 9-10.* Также перепечатана с добавлением примечаний в: *Otago Law Review. — Vol. 10, Issue 4, № 493. — Апр. 2004 — P. 64-68.* См. ответ судьи Высокого суда Майкла Кёрби: *Michael D. Kirby. «Judicial Activism»? A Riposte to the Counter-Reformation // Otago Law Review. — Vol. 11, Issue 1. — 2005 — P. 1-16.* (изначально также опубликован в журнале «Quadrant»: *Vol. XLVIII, № 1-2. — Ян./ фев. 2004. — P. 26 ff.*). См., далее, определение столь же политического «не-активизма» у Маргарет Торнтон: *Margaret Thornton. Deconstructing Justice Dyson Heydon's Model of Judicial Inactivism (http://150.203.86.5/Cipl/Conferences_SawerLecture/2007/PLW%202007/Conference%20Proceedings/M%20Thornton.pdf; дата обращения 10 дек. 2012);* ср.: *Thomas vs. Mowbray [2007] HCA 33, 233 CLR 307; 237 ALR 194; per Kirby J at [385]-[389].*

очень даже нравится «электричество». Однако я могу включать и выключать свет по своему желанию, тогда как «верховенство права» вроде бы обязательно для всех. И меня тревожит тот факт, что я обязан повиноваться или соответствовать чему-то, что не поддается точному объяснению. К тому же, если у нас нет чёткого понимания «чего-то», то кто же из нас уверенно определит, насколько нам стоит жалеть, если мы вдруг этого лишимся.

IV. Всё или ничего?

Попытки придать идее «верховенства права» универсальное значение выявили парадокс. По содержанию она, оказывается, может быть всем, чего только можно пожелать; в то время как по форме она напоминает коробку, в которую можно положить всё, что угодно.

Что до содержания, то оно начинает напоминать юридическую шоколадную фабрику — это категория без определенного содержания, за исключением оболочки самого права, и поэтому она может быть наполнена внутри практически любым правовым содержанием. Иосиф Рац сетовал в 1977 году, что в ставшей уже классической Нью-Делийской Декларации Международной комиссии юристов (1959)¹⁴⁹ упоминаются «почти все политические идеалы из числа наших поддержу в какой-либо части земного шара в течение послевоенных лет.¹⁵⁰ Сам Раз уточнил и уменьшил список идей, но всё равно не дал достаточной основы.

Некоторые были склонны вообще отказаться от этой идеи. Полвека назад Айвор Дженнингс написал:

¹⁴⁹ Цитата по: *Tony Blackshield and George Williams. Australian Constitutional Law and Theory.* — Annandale (N.S.W.): Federation Press, 1996 (5th ed.: 2010). — P. 94.

¹⁵⁰ *Joseph Raz. The Rule of Law and its Virtue // Law Quarterly Review.* — Vol. 93. — Апр. 1977. — P. 195.-211. Cp. *Geoffrey de Q. Walker. The Rule of Law.* — Melbourne University Press: 1988. — Ch. 1; *David Kairys. Searching for the Rule of Law // Suffolk University Law Review.* — Vol. 36, — 2003. — P. 307-329.

Правда в том, что идея верховенства права склонна вести себя как норовистая лошадь. Если она всего лишь синоним законности и порядка, то это характерно для всех цивилизованных государств, однако же такой порядок может основываться на принципах, за которые не выступит ни один демократ и которые могут использоваться <...> чтобы оправдать завоевание одного государства другим. Если это не так, то идея может лишь выражать политические взгляды теоретиков и не являться методологией анализа практической деятельности государства. Если же применить ее для анализа, то обнаружится, что она включает в себя понятия, которые по сути своей не достаточно определены. Если это всего лишь фраза для проведения отличия демократического или конституционного правления от диктатуры, то имеет смысл именно так и сказать.¹⁵¹

Совсем недавно Джудит Шкляр заявила, что фраза «верховенство права» является не более чем «болтовнёй правящего класса», назвав её «высокопарной фигурой речи для самоуспокоения», которая к тому же «практически лишена смысла в силу идеологического искажения и всеобщей заезженности».¹⁵² Возможно, как печалились о том Хатчинсон и Монахан, идея верховенства права является по сути своей лишь «вечно ускользающей целью конституционной истории».¹⁵³

Но нашлись и такие, кто пришел на выручку идее верховенства права. Говоря о ее содержательной стороне, Харден и Льюис задались вопросом, является ли она платонической «ложью во благо», которую всё-таки можно спасти посредством имманентной критики, всякий раз формировавшей бы эту идею в соответствии с заявляемыми ею

¹⁵¹ *W. Ivor Jennings. The Law and the Constitution. — University of London Press, 1933 (5th ed.: 1959). — P. 60.*

¹⁵² *Judith N. Shklar. Political Theory and the Rule of Law // Alan C. Hutchinson and Patrick Monahan (eds). The Rule of Law: Ideal or Ideology? — Toronto: Carswell, 1987. — Pp. 1-16. — P. 1.*

¹⁵³ *Alan C. Hutchinson and Patrick Monahan. Democracy and the Rule of Law // Op. cit. — Pp. 97-119. — P. 99.*

ценностями.¹⁵⁴ Но если вернуться к замечаниям Раца, ценности эти могут быть столь разнообразны и неуловимы, что всё задуманное как имманентная критика может содержать весомую долю произвольных заимствований. А раз так, то стоит ли игра свеч?

Говоря о форме представления, Уолдрон предположил (опираясь на понятие, изобретенное философом Галли), что «верховенство права» является «изначально дискуссионной концепцией».¹⁵⁵ Для Галли в 1956 году это означало концепцию, «правильное использование которой неизбежно влечет за собой бесконечные споры самих пользователей о том, что следует считать правильным».¹⁵⁶ Похоже, так и есть.

Нужно выбирать между подходом, что понятие «верховенство права» включает противоречие и борьбу противоположностей, или наоборот, смысловой зоной, измеряемой заведомо несовместимыми эталонами? И должны ли мы при этом говорить о логическом или риторическом измерении, или каком-либо ещё?

Говоря в логическом измерении, одним из ответов на формулировку Галли может быть возможное разграничение между базовым смыслом, который и является «концепцией», и различными ее характеристиками, которые могут быть названы «понятиями».¹⁵⁷ Но это вряд ли здесь поможет: ибо вся-

¹⁵⁴ *Ian Harden and Norman Lewis*. The Noble Lie: the British Constitution and the Rule of Law. — L.: Hutchinson, 1986.

¹⁵⁵ *Jeremy Waldron*. Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)? // Law and Philosophy. — Vol. 21, Issue 2. — Март 2002. — P. 137-164.

¹⁵⁶ *W. B. Gallie*. Essentially Contested Concepts // Proceedings of the Aristotelian Society. — 1955-1956, Vol. 56 (1), Paper 9 (12 мар. 1956). — P. 167-198.

¹⁵⁷ Wikipedia: «Essentially Contested Concept» (http://en.wikipedia.org/wiki/Essentially_contested_concept; дата обращения 10 дек. 2012); эти авторы включают *Герберта Лайонела Адольфуса Харта* (Herbert Lionel Adolphus Hart) и *Рональда Дворкина* (Ronald Dworkin).

кий раз, когда кто-нибудь определяет верховенство права как концепцию, кто-то другой тут же начинает оспаривать такую идентификацию. Уолдрон предпочитает найти в значении этой фразы «ведущую идею» в плане того, «что уважение к праву может каким-то образом притупить секиру политической власти, сделав ту менее неприятной и опасной, а также более милосердной и уважаемой».¹⁵⁸ Думаю, что Уолдрону нужно было бы подробней идентифицировать форму и содержание такого со-
блзнительного определения.¹⁵⁹

Со своей стороны могу предположить, что фраза «верховенство права» не является ни логической, ни риторической, но принадлежит к классу выражений, которые я бы назвал «туманными пожеланиями».¹⁶⁰ Очень кратко: такие выражения предполагают исключение из обсуждения всего, что идет вразрез с определенными стандартными формулировками, так чтобы последние представляли заведомо за пределами любого обсуждения, а следовательно, имели бы вне-человеческую форму существования. Будучи выведены из обсуждения, они с течением времени утратят свое содержание, став просто вместилищем, «коробкой», под чью защиту можно поместить практически любое предпочитаемое содержание. Именно поэтому оказывается гораздо проще сказать, что «верховенство права» дает нам, чем объяснить, что это такое.

V. «Правительство не людей, но законов»

Если это так, то можно было бы попытаться определить «верховенство права» как «коробку». И пожалуй, такое минималистское значение выражения «верховенство права» действительно может быть найдено в древней идее «правительства не

¹⁵⁸ *Waldron*. *Op cit.* — P. 159.

¹⁵⁹ То же я бы отметил в работе: *Brian Z. Tamanaha*. *On the Rule of Law: History, Politics, Theory.* — N.Y.: Cambridge University Press, 2004.

¹⁶⁰ *Iain Stewart*. *The Use of Law // Michael Freeman* (ред.). *Law and Sociology.* — N.Y.: Oxford Univ. Press, 2005. — [= *Current Legal Issues.* — Vol. 8]. — P. 259-278.

людей, но законов». Сама эта идея происходит из Аристотелевой *Политики*.¹⁶¹ Более кратко ее выражает фраза Локка «правопослушное правительство», родившаяся в эпоху, когда слова «правительство» и «государство» были синонимами.¹⁶² (Правительство людей, а не законов — т.е. неправопослушное правительство — и будет «тиранией».) Чтобы придать этой идее более современную формулировку, скажем, что *право должно иметь приоритет над политикой*. И эта идея, можно сказать, сохранялась на всем протяжении западной правовой традиции. Об этом, пожалуй, наиболее очевидно свидетельствуют именно те редкие исключения, когда абсолютистские монархи — от Юстиниана¹⁶³ до английского короля Джеймса (Якова)¹⁶⁴ — утверждали, что стоят над правом.

Но такое притязание относилось лишь к персоне самодержца. Насколько оно касалось его слуг, не столь понятно. Но зачем тогда нужно было притязать на такое, если монарх и его слуги контролировали средства уголовного преследования? Да и зачем вообще было об этом говорить, если монарх и его слуги и так действовали вне рамок права. Однако такое государство долго не просуществует. Наверно, большее, на что претендовало такое заявление, это дать всем понять, что в конфликте между правом и политикой первенство останется за политикой.

Тем не менее, временная шкала здесь огромна. Вместо предположения возможности существования некой универ-

¹⁶¹ *Aristotle. Politics*: в моей статье: *Iain Stewart. Men of Class: . . . // Ibid. — IV. Square One – Aristotle. — P. 192-196.*

¹⁶² *John Locke. Two Treatises of Government. — L.: Amen-Corner, 1690 [1689] / ed. Peter Laslett. — Cambridge: Cambridge Univ. Press, 1960. — ‘Second Treatise’, sec. 113.*

¹⁶³ *Princeps legibus solutus est* (лат. *Правитель свободен от [соблюдения] законов*): Digest 1.3.31.

¹⁶⁴ *Prohibitions del Roy* (1607) 12 Co. Rep. 63; 77 ER 1342; EWHC KB J23 (<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/KB/1607/J23.html>; дата обращения 10 дек. 2012); *King James, The Trew Law of Free Monarchies* (1598) (<http://www.constitution.org/primarysources/stuart.html>; дата обращения 10 дек. 2012).

сальной сущности стоит рассмотреть идею «Правительства законов, но не людей» в отношении каждого из типов общественного строя, где она была предусмотрена. Тут-то и обнаружится важное изменение. Для Аристотеля, или даже англичанина XVII века, верившего в «античную конституцию» или «старое доброе право»¹⁶⁵, еще возможно было понимать ключевые законы как нечто полумифическое — хоть и ведущее свое происхождение от людей, но происхождение такое, с которым уже не осталось дискурсивных связей, — т.е. нечто вне-человеческое.¹⁶⁶ Сегодня же законы меняются так быстро — или все знают о возможности их изменения, — что ни одному из законов уже почти невозможно приобрести сакральный статус в силу одного лишь времени его существования.

Таким образом, в идее «правительства законов, но не людей» её часть, идущая после «но», больше уже не намекает на вне-человеческую объективность, в связи с чем вся эта идея должна быть либо переосмыслена, либо отставлена за ненужностью.¹⁶⁷

¹⁶⁵ J. G. A. Pocock. *The Ancient Constitution and the Feudal Law: a Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century: a Reissue with a Retrospect.* — Cambridge: Cambridge Univ. Press, 1967 (rev. ed. 1987).

¹⁶⁶ Ср. Jacques Lenoble et François Ost. *Founding Myths in Legal Rationality.* — Transl. Iain Stewart // *Modern Law Review.* — Vol. 49, № 4. — Июль 1986. — P. 530–544.

¹⁶⁷ Эти вопросы необязательно связаны с вопросами разделения властей. Если же начать искать связи, то важно отметить, что Монтескье постоянно не понимали в его отношении к английской традиции. Как и Боллинброк до него, он уяснил, что в его время законодательная, исполнительная и судебная ветви власти были целиком вверены каждой из трех ‘сил’ — королю, палате лордов и палате общин (хотя Монтескье силится найти полную симметрию). Затем они — монарх и парламентарии (аристократы и простолюдины) — вместе образуют систему сдержек и противовесов, не давая другому быть бесчестным. См. в моей статье: *Montesquieu in England: his ‘Notes on England’, with Commentary and Translation [Includes an English translation of Montesquieu: Notes sur l’Angleterre]*

VI. Rechtsstaat

История идеи «Правительства законов, но не людей» и ее последующего наименования, также как и идея «правового государства» (*Rechtsstaat*), прослежена в недавнем фундаментальном исследовании Люка Хюшлинга «Правовое государство [по-французски], Правовое государство [по-немецки], Верховенство права», которому я весьма обязан.¹⁶⁸ Остановлюсь на происхождении самого термина *Rechtsstaat*, который, как кажется, нашел готовые переводы на все основные европейские языки, кроме английского.¹⁶⁹ Мне хочется обсудить причины этой исключительности.

Хюшлинг приписывает авторство этого термина Иоганну Вильгельму Петерсену (известному под псевдонимом «Плацидус»), придумавшему его в 1798 году.¹⁷⁰ Плацидус воспринял боевую критику абсолютизма Иммануила Канта, и для него лишь политическая организация, основанная на правах человека, достойна именоваться государством. Именно такое государство является «правовым» (нем. *Rechtsstaat*). В противоположность ему государство абсолютистское, где политические интересы преобладают над соблюдением прав человека, является деспотическим и носит название «политизированного»/«полицейского» (нем. *Polizeistaat*).¹⁷¹

/ Commentary, translation and annotations by Iain Stewart // Oxford University Comparative Law Forum. — 2002, Issue 6 (<http://ouclf.iuscomp.org/articles/montesquieu.shtml>; дата обращения 10 дек. 2012).

¹⁶⁸ *Luc Hueschling*. *État de Droit, Rechtsstaat, Rule of Law*. — Paris: Dalloz, 2002.

¹⁶⁹ *Hueschling*. *Op cit.* — P. 1-4.

¹⁷⁰ *Literatur der Staatslehre (1798)* (нем. *литература науки о государстве*); *Hueschling*. *Op cit.* — P. 36-37.

¹⁷¹ *Polizeistaat* также переводится как ‘полицейское государство’, и наверно каждое политизированное государство является полицейским, хотя далеко не всякое полицейское государство мы называли бы политизированным.

Однако термин *Rechtsstaat* стал быстро наделяться и несколько другими значениями, среди авторов которых можно выделить Карла Теодора Велькера. По его словам 1813 года, правовое государство воплощало в себе ценности либерализма и рационализма Эпохи Просвещения: посему *Rechtsstaat* является также «рациональным государством» (нем. *Vernunftsstaat*).¹⁷²

Благодаря Роберту фон Молю, в 30-х годах XIX века антагонизм между идеями *Rechtsstaat* и *Polizeistaat* стал размытым. Для него рациональность правового государства (*Rechtsstaat*) не должна соответствовать кантовской универсальности на все времена, но базироваться на сиюминутных ценностях существующего в данный момент общественного строя. В этом случае правовое государство (*Rechtsstaat*) может быть и политизированным/полициейским государством (*Polizeistaat*), при условии, что будет обеспокоено вопросами материального обеспечения своих граждан.¹⁷³

Давайте сфокусируемся на факторе рациональности. Приверженность рациональности государства содержит в себе и сильное предпочтение рациональности в законодательстве — а именно, предпочтение относительно общих норм над индивидуальными; и следовательно, предпочтение закона судеб-

¹⁷² *Carl Theodor Welcker. Die letzte Gründe von Recht, Staat und Strafe.* — Gießen: Heyer, 1813; особенно S. 80 ff. (*Hueschling. Op cit.* — P. 37). Данное значение слова стало известным благодаря публикации Велькером и одним его коллегой весьма успешной энциклопедии по государствоведению: *Carl Rodecker von Rotteck und Carl Theodor Welcker. Staats-Lexikon oder Encyclopädie der Staatswissenschaften.* — 1. Aufl.: 1-15,[2] + Suppl e zur 1. Aufl.: 1-4 Bd. — Altona: J. F. Hammerich, 1834-1843 + 1846-1848 (2. Aufl.: 1-12 Bd. — Leipzig: Verl. von Jakob Anton Mayer, 1845-1848). Эта работа стала, по словам Хюшлинга (*op cit.* — 37-38), «библией германских либералов *Vormärz'a [периода перед революцией 1848 года]*».

¹⁷³ *Robert von Mohl. Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates.* — 1. Aufl.: Thle I-III. — Tübingen: Kaupp, 1832-1834; 3rd ed.: 1866; *Hueschling. Op cit.* — P. 38-39.

ному прецеденту, а свода (кодекса) законов разрозненным судебным решениям. Всё это стало пугающим с появлением нацистской идеи их «правового государства», также называемого *Rechtsstaat*. Они считали, что их нацистское государство являлось правовым государством *Rechtsstaat*, поскольку регулировалось законами, а также решениями фюрера, которые также трактовались как обязательные для исполнения законы.¹⁷⁴ Участники же германского Сопротивления выдвигали идею правового государства *Rechtsstaat* как ограниченную рациональным правом, включающую либеральные ценности.¹⁷⁵

VII. Государство, право и политика

В развитии правового государства имел место конфликт двух точек зрения о соотношении права и государственной политики. С точки зрения политизированного/полицейского государства *Polizeistaat* в конфликте между правом и государственной политикой, превалирует политика. Но согласно традиционной концепции *Rechtsstaat*: в конфликте между правом и государственной политикой первенство должно принадлежать праву.

Доктрина правового государства *Rechtsstaat* явно не тоже самое, что подразумевается под доктриной «верховенства права» (*the rule of law*). Ведь законодательство, которому подчиняется государственная политика в *Rechtsstaat*, — это свод писаных законов, преимущественно кодифицированных; в то время как «верховенство права» в понимании Дайси — это нечто совсем иное. По его мнению, «верховенство права» означает, что там, где есть конфликт между правом и государственной политикой, в конечном счете должно восторжествовать решение, вынесенное судьей.

¹⁷⁴ *Hueschling*. Op cit. — P. 516–570.

¹⁷⁵ Особенно Франц Нойман: например в его работе [*Franz Neumann*. *The Rule of Law: Political Theory and the Legal System in Modern Society*. — Oxford: Berg Publishing, 1986 (1933, диссертация)], написанной по-английски, в изгнании. См. далее мою статью: *Iain Stewart*. *Men of Class: . . . // Ibid.* — P. 190.

VIII. Английское Отклонение от Римского права

Причиной упомянутого выше различия является то, что Дайси работал и мыслил в рамках того, что я то там то сям именовал «Английской aberrацией».¹⁷⁶ Под этим я подразумеваю отказ Англии, начиная с эпохи норманнов, продолжать развитие своей правовой системы в рамках римского права как главного направления западной правовой традиции. Англосаксонские и датские кодексы, как нам кажется, довольно неплохо сосуществовали¹⁷⁷, наряду с каноническим правом, пока не пришли норманны, установившие систему светского права, основанную вначале на решениях короля, а позднее на решении судьи.¹⁷⁸ Это произошло очень быстро: уже в Глэнвилле можно видеть эту новую приказную систему, ставящую процедуру выше существа дела.¹⁷⁹ Попытка Генри де Брэктона вернуть поток английского права в основное русло провалилась.¹⁸⁰ А затем,

¹⁷⁶ Впервые в моей статье: *Iain Stewart. The Structure of the Australian Legal System // Gabriël A. Moens and Rodolphe Biffot* (ред.). *The Convergence of Legal Systems in the 21st Century: an Australian Approach*. — Brisbane (Qld): «CopyRight» Publishing, 2002. — Pp. 181–208. — P. 181, 187.

¹⁷⁷ *F. Liebermann. Die Gesetze der Angelsachsen* [нем. *Законы англосаксов*]. — 3 Bde. — Halle: Max Niemeyer, 1903–1916; Unveränd. Neudr.: 1960); *English Historical Documents / David C. Douglas* (ген. ред.). — Vol. 1 (ca. 500–1042) / *Dorothy Whitelock* (ред.). — L.: Eyre and Spottiswoode, 1955 (1st ed.).

¹⁷⁸ Хотя англосаксонская правовая система также использовала судебные приказы (writs): *Florence Elizabeth Harmer. Anglo-Saxon Writs*. — Manchester Univ. Press, 1952.

¹⁷⁹ *The Treatise on the Laws and Customs of the Realm of England Commonly Called Glanvill* (ca. 1189) / Ed. and transl.: G.D.G. Hall. — Oxford: Clarendon Press (/ N.Y.: Oxford Univ. Press), 1993.

¹⁸⁰ *Henry de Bracton. On the Laws and Customs of England* [ca. 1268] / Transl., notes: *Samuel E. Thorne*. — 4 vols. — Cambridge (Mass.): the Belknap Press [of Harvard University Press], 1968–1977; *Paul Vinogradoff. The Roman Elements in Bracton's Treatise // Yale Law Journal*. — Vol. 32, N° 8. — Ян. 1923. — P. 751–756; F. W. Maitland

с приходом эпохи Реформации, из обихода было выведено и каноническое право.¹⁸¹

Тем не менее, правда в том, что в течение XVII и XVIII веков человеческие права и свободы в Англии обеспечивались гораздо лучше, чем на континенте. Это видно по той зависти, которую испытывали даже такие разные французские визитеры, как Вольтер и Монтескье.¹⁸² Впрочем, следует сказать, что достигалось это силами судебной, а не законодательной власти. Но причина заключалась вовсе не в каком-либо внутреннем преимуществе прецедентного права над писаным. Это скорее объ-

(ред.). *Select Passages from Bracton and Azo*. — L.: Selden Soc., 1895. Мейтланд показывает, что Брэктон пользовался массивными «заимствованиями» из толкователя Азо [Аццо].

¹⁸¹ Знаками ухода от такой аберрации в Австралии служат: (а) писанные конституции — концепция, характерная для большинства стран, но не стран общего права; и (b) тот факт, что публичное международное право, принадлежащее к правовой семье большинства государств, оказывает все более возрастающее воздействие на суды внутри страны: через полномочия конституционной власти федерального парламента в сфере ‘иностраннных дел’, через билли о правах, реализующие международные договоренности (пока только на Территории федеральной столицы Австралии и в штате Виктория), через приверженность Римскому статуту Международного уголовного суда, и через растущее желание толковать писанные законы в свете публичного международного права.

В Англии этот процесс пошел дальше, ввиду членства Великобритании в Европейском Союзе, отсюда формальное пребывание британского правового порядка в структуре правового порядка Евросоюза, через Акт о правах человека 1998, который более прочно утвердил английское право в границах Европейской конвенции по правам человека и суда, обеспечивающего ее соблюдение.

¹⁸² *Voltaire*. *Letters on England* [1731] (http://www.online-literature.com/voltaire/letters_england; дата обращения 10 дек. 2012) и *Letters on the English* [ca. 1778] (<http://www.fordham.edu/halsall/mod/1778voltaire-lettres.asp>; дата обращения 10 дек. 2012). О Монтескье, восхищавшемся английскими законами значительно больше, чем английским национальным характером, см. мою статью: *Montesquieu in England: . . . // Ibid.*

яснялось более ранним, чем на континенте, возникновением среднего класса, обретшего собственный голос на пути к свободе в рамках общего права, которым его представители сами же и заправляли. К тому же они обеспечили лишь те свободы, которые были важны для них самих, пренебрегая интересами прочих сословий. Сама идея человеческих свобод выражалась у них терминологией собственности и делового договора.¹⁸³

IX. Энтик против Каррингтона и т. д.

Приведу в виде примера резонансное дело 1765 года, *Энтик против Каррингтона*.¹⁸⁴ В этом случае, как станет позже известно, лорд Камден не смог найти никаких указаний в писаном или общем праве, дающих судье административные полномочия по выдаче ордера на проникновение в частное жилище с целью захвата бумаг, могущих служить уликами для обвинения конкретного человека в мятеже. В отсутствие указаний на такие полномочия ордер не имеет юридической силы, что делает проникновение в частное жилище и захват частной собственности преступлениями. Судья Хейдон цитирует звонкие фразы лорда Камдена: «Если это право, то оно найдется в наших книгах. Если же не найдется там, то это не право».¹⁸⁵

¹⁸³ C. B. Macpherson. *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*. — Oxford: Clarendon Press, 1962.

¹⁸⁴ 19 Howell's State Trials 1029 (отчет, на который ссылается судья Хейдон; описания в перепечатках *English Reports* и *All England Reports* менее подробны, чем версии, помещенные в *Wilson's Reports*).

¹⁸⁵ *Heydon*. Op cit. — P. 9; *Howell* 1066. Лорд Камден выразился полнее: «Мотивировка передается судьям, которые справляются по судебным книгам о том, подтверждается ли правомерность такой текстом писаного закона или принципами общего права. Если же подтверждение не найдено или не может быть представлено, то отсутствие такового в книгах действует против ответчика, а истец должен получить решение в свою пользу.» (*Howell* 1066).

Тем не менее, лорд Камден не руководствовался одной лишь буквой закона.¹⁸⁶ Ибо сразу же после слов, цитируемых судьей Хейдоном, шел следующий пассаж:

*Великая цель, ради которой люди становятся членами общества, заключается в обеспечении их права на частную собственность. Это священное и непередаваемое право сохраняется за ними во всех случаях, за исключением тех, когда оно было изъято или ограничено в соответствии с каким-либо публичным законом ради блага всего общества.*¹⁸⁷

С его точки зрения, дело не только в том, что ордер являлся недействительным, поскольку об этом ничего не говорилось в своде законов. Он идет дальше, говоря, что есть веские основания для отсутствия этого в своде законов, ибо этим нарушается основное право. Право, которого он не находит в своде законов. Скорее всего, он выводит это право из современной ему доктрины, которую позже назовут «собственническим индивидуализмом».¹⁸⁸ Он утверждает то, что сегодня можно классифицировать как права человека первого поколения. И в этом он — настоящий судебный активист-новатор, никак не меньше, для своего времени, даже если доктрину, которой он следует, сегодня почтут за ультраконсервативную.

Затем, переходя к публично-правовому аспекту дела, лорд Камден снова прибегает к политическому принципу, хотя и облачая его в правовые одежды. Он отвергает аргумент «государственной необходимостью», размышляя так:

Революция вернула эту конституцию к первым ее принципам. Не более того. Она не наделила индивидуума большей свободой, но дала ему большую безопасность. Она ни расширила, ни сузила основание, но только отремонтировала фундамент, возможно, добавив строению одну-две новых опоры;

¹⁸⁶ Хотя у него мало сочувствия в отношении туманного разногласия представителей истца о том, что «Обладание полномочиями на выдачу такого ордера противоречит самому духу английского права» (Howell 1038).

¹⁸⁷ Howell 1066.

¹⁸⁸ Macpherson. Op cit.

и если какие-либо из государственных министров с тех пор отклонялись от принципов, принятых в свое время, то всё, что я могу сказать о них, это то, что будучи весьма далеки от святости, они осуждены нашей Революцией.¹⁸⁹

Эти «первые принципы» лорд Камден находит в «древнем незапамятном праве страны».¹⁹⁰ Так же безупречно он придерживается современного ему понятия «древняя конституция» — понятие, из которого, избирательно прислушиваясь к голосам своих предков, черпали обе стороны в английской революции.¹⁹¹ А метафорический язык лорда Камдена — «фундамент», «строение» и «одна-две опоры» — почти полностью скрывает глубоко политическую природу его аргументации.

Но ничто в этом, особенно в идее собственнического индивидуализма, не сочетается с демократией, как мы ее понимаем, с ее всеобщим избирательным правом. Это было, по сути, свидетельством того, что революция подавлена. С другой стороны, революция закрепила конституционную монархию, вставшую на место абсолютизма. Верховный судья Кок, бросающий вызов своему королю во имя права, остается для нас героем — даже если, возможно, сам поспособствовал созданию легенды о себе. Однако его борьба за общее право¹⁹² против чрезмерной власти самодержца рассматривалась бы совсем иначе, если бы ее мишенью вместо суверенности монархии становилась суверенность народа.

Х. «Строгая логика и юридическая техника»

Почтение Кока к «сотворенному разуму» общего права всё еще кажется таким живым, когда судья Хейдон предпочитает «судебному активизму» (цитирую Диксона, ссылающегося на Мейтланда) развитие общего права посредством «строгой логи-

¹⁸⁹ *Howell* 1068.

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ *Роскок*. *Op cit.*

¹⁹² *John Underwood Lewis*. Sir Edward Coke (1552-1634): His Theory of "Artificial Reason" as a Context for Modern Basic Legal Theory // *Law Quarterly Review*. — Vol. 84. — Июль 1968. — P. 330-342.

ки и высокой техники», коренящихся в Судебных иннах, а также в Судебных ежегодниках, уходящих своими корнями в века.¹⁹³ А судья Хейдон выражается точнее:

Эти изменения могут быть осуществлены путем обоснования по аналогии из других решений, или увеличения числа действующих правил, или рациональным расширением круга регулирования существующих правил, которое не предусматривалось на момент разработки нынешнего правила. Некоторые правила могут быть изменены путем использования для толкования более общих принципов права, или же путем реформационного пересмотра некоторых традиционных концепций.¹⁹⁴

«Использование для толкования более общих принципов права..., реформационный пересмотр...». Трудно здесь разглядеть сколько-нибудь четкую границу между «использованием» и «нововведением», или «пересмотром» и «инновацией».

Действительно, судья Хейдон возражает, что в «судебном активизме», внезаконная функция зачастую является развитием некой политической, моральной или социальной программы: а закон рассматривается не как пробный камень, с помощью которого можно решить дело, находящееся в ваших руках, но как возможная отправная точка или катализатор для разработки новой системы судебных решений для других дел.¹⁹⁵

Что ж, похоже, именно по этому пути и шло развитие англосаксонского общего права.¹⁹⁶ Конечно, судья Хейдон не призывает вернуться к старой форме развития общего права, в котором процедура обладает привилегией над содержанием,

¹⁹³ Heydon. Op cit. — P. 11.

¹⁹⁴ Heydon. Op cit. — P. 12.

¹⁹⁵ Heydon. Op cit. — P. 10.

¹⁹⁶ Нужно ли тогда осуждать знаменитый «neighbour principle» лорда Аткина в деле *Donoghue vs. Stevenson* [1932] AC 562? Или, если кому-то ближе более традиционный подход лорда Бакмастера в этом деле, что сказать об одобрении последним принципа равной оплаты за равный труд в деле *Roberts vs. Hopwood* [1925] AC 578? Разве он в обоих случаях не выступает как находчивый рыночник?

а средства защиты прав над самими правами. Возражение против подхода, при котором конкретное судебное дело рассматривается в качестве отправной точки или катализатора развития, может заключаться в утверждении, что англосаксонское общее право — это дитя, родившееся вне брака и также внебрачно воспроизводящее себя с тех самых пор.

Тем не менее, чтобы обострить проблему, спрошу, каковы же будут последствия, если мы поддержим позицию судьи Хейдона. Одним из последствий станет то, что право будет по-прежнему преобладать над политикой, но, как напоминают нам слова лорда Камдена, это преобладающее в итоге право не будет писаным и еще в меньшей степени кодифицированным — т.е. тем правом, на понимание которого люди с улицы могли бы надеяться. Это будет право из сборников судебных решений — книг, в которых могут разобраться только специалисты и никто, кроме них. Именно в этом свете возвращение к искусственной поддержке общего права будет чем угодно, только не защитой людей.

XI. От «верховенства права» к «правовому государству»

Тем не менее, в заключение хочу согласиться с судьей Хейдоном, когда он говорит, как я это понимаю, что не судьи должны творить политику. Впрочем, я не пойду так далеко, чтобы предположить, что правовое государство на деле сможет гарантировать, что судьи не станут этим заниматься. Примером столетней давности послужит мне феномен Поля Маньо — председателя с 1887 по 1906 год регионального суда во Франции (*président Magnaud*), когда кучка французских судей бросила вызов писаному закону, решая в пользу бедных против обеспеченных, или в пользу наемного работника против работодателя, а также путем введения такой скандальной для того времени реформы права, как развод по взаимному согласию.¹⁹⁷ Тем не

¹⁹⁷ François Geny. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique* — Paris: A. Chevalier-Marescq, 1899 (2me ed. —

менее, в правовом государстве, как я думаю, будет гораздо легче призвать таких «волонтаристов» к ответу. Да, никакому сочувствию к тому или иному отступлению [от закона] не должно быть позволено скрывать тот факт, что это было бы отступлением от демократии. Следует помнить, что отступление в сторону любого политического «добра» может также легко оказаться отступлением и в совершенно другом направлении.¹⁹⁸

Предвидя вопрос, думаю, однако, что решение по нашему австралийскому делу Мабо¹⁹⁹ в 1992 году было правильным в том, что залечило рану, нанесенную жертвам, которые были вообще исключены из сферы демократии (действительно, по большей части, аборигенов даже не считали за людей) и у которых не было возможности получить возмещение демократическим путем.

Нужно ли нам двигать идею верховенства права (в ее истолковании по Дайси) в направлении идеи правового государства? Одним из ответов может быть тот, к которому прибег буддистский учитель, ответивший на вопрос ученика: «Учитель, а вы сами хотели бы пройти через реинкарнацию и перевоплотиться?» — «Конечно, хотел бы. Но лучше не сейчас».

Однако, может быть и другой ответ: реинкарнация уже состоялась, и нам требуется лишь признать этот факт. Конечно, думая о «праве», мы в первую очередь думаем о писаном законе, а не о своде судебных прецедентов. Когда же мы говорим о

Vol. I-II. — Paris: F. Pichon et Durand-Auzias, 1919; перепеч.: West Pub. Co., 1954). — Vol. II, P. 286-300; Max Radin. The Good Judge of Château-Thierry and His American Counterpart // California Law Review. — Vol. 10, Issue 4, Article 2. — 31 мая 1922. — P. 300-310.

¹⁹⁸ Примечания Радины (*Radin*. Op cit. — P. 310) по случаю Маньо, что «методы его доступны как реакционным, так и радикальным политикам». Маньо перешел в парламент, но замечание Радины справедливо в отношении обоих видов его деятельности.

¹⁹⁹ Дело *Mabo vs. Queensland* (№ 2) [1992] 175 CLR 1, HCA 23, введенное в Австралии законные права аборигенов на землю. Федеральный парламент отказывался рассматривать этот вопрос до тех пор, пока его не заставило это сделать судебное решение по делу Мабо.

правовой реформе, то имеем в виду перспективы законотворческой деятельности.²⁰⁰ Примат писаного закона над судебскими решениями прошлого уже стал нашей практикой. Остается только укрепить верховенство писаного закона над политическими интересами.

И в этом стремлении демократическим императивом для судьи должна стать реализация целей законодательства, а вовсе не подрыв этих целей из-за формального следования букве закона.²⁰¹

И тогда: правовое государство.

© Iain Stewart, 2007

Перевод Бориса Мещерякова

²⁰⁰ Я намеревался показать значимость обеих частей предполагаемого ответа.

²⁰¹ Модель может найтись в особом мнении Кёрби, высказанном в деле *New South Wales vs. Amery* [2006] HCA 14; 226 ALR 196. Более того, когда законодательная власть дала судебной указание действовать именно так: см. например, *Freedom of Information Act 1982 (Cth) s. 3 (2)*, «Намерение Парламента состоит в том, чтобы положения настоящего Акта толковались как служащие в продвижении к цели, сформулированной в подразделе (1)»; см. также особое мнение Глисона и Кёрби в деле *McKinnon vs. Secretary, Department of Treasury* [2006] HCA 45; 228 CLR 423; 229 ALR 187.

СПИСОК АВТОРОВ

Аснис Александр Яковлевич –

директор адвокатской конторы «Аснис и партнеры», доктор юридических наук;

Баренбойм Петр Давидович –

Первый вице-президент Международного союза (содружества) адвокатов, кандидат юридических наук;

Виноградов Вадим Александрович –

заведующий кафедрой конституционного и муниципального права Российской правовой академии Министерства юстиции Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор;

Гаджиев Гадис Абдулаевич –

судья Конституционного Суда Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор;

Жуйков Виктор Мартенианович –

Руководитель Центра частноправовых исследований Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор;

Зорькин Валерий Дмитриевич –

Председатель Конституционного Суда Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор;

Иванов Лев Олегович –

член Правления АНО «Юристы за конституционные права и свободы», кандидат юридических наук;

Лафитский Владимир Ильич –

Заместитель директора Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, член-корреспондент Международной академии сравнительного права, кандидат юридических наук, доцент.

Мазаев Владимир Дмитриевич –

доктор юридических наук , профессор кафедры конституционного и муниципального права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор юридических наук;

Мозолин Виктор Павлович –

главный научный сотрудник Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор;

Резник Генри Маркович –

Президент адвокатской палаты г. Москвы, кандидат юридических наук;

Смирнов Александр Витальевич –

доктор юридических наук, профессор;

Стюарт Иэн –

профессор юридического факультета Университета Макуари (Macquarie University), Сидней, Австралия;

Тарло Евгений Георгиевич –

член Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор, академик Российской академии естественных наук;

Хазиев Шамиль Николаевич –

старший научный сотрудник сектора проблем правосудия Института государства и права Российской академии наук, кандидат юридических наук.

ПРАВОВАЯ РЕФОРМА В РОССИИ: ВОСЕМЬ ЛЕТ СПУСТЯ

Сборник статей под редакцией В.П. Мозолина
Составитель П.Д. Баренбойм

Выпускающий редактор М. Миронова
Художественное оформление М. Миронова
Корректор С. Болотов
Цветокорректор С. Сухоцкая
Верстка, пре-пресс С. Прока

Подписано в печать 12.12.2012
Формат 60х90/16
Бумага офсетная 80 г/м²
Печать офсетная. Объем 21,75 усл. п. л.
Тираж 500 экз.



Издательство ЛУМ/LOOOM
109387, Москва, ул. Люблинская, 42

Отпечатано в типографии
“Ярославский Печатный Двор”

ISBN 978-5-9903067-6-9



9 785990 306769

ISBN 978-5-9903067-6-9



Сборник статей под редакцией классика российской юридической науки Виктора Павловича Мозолина посвящен, в первую очередь, проблеме официального объявления и содержательного развития правовой реформы в России.

Опубликование в 2004 году исторических «Тезисов о правовой реформе в России» Председателя Конституционного суда РФ Валерия Дмитриевича Зорькина, к сожалению, не привело к изменению позиции исполнительной и законодательной властей по вопросу объявления (или, как отметил в своей статье Генри Маркович Резник, «необъявления») правовой реформы.

Через восемь лет после опубликования доктринальной программы правовой реформы можно констатировать, что о ней, как и об утвержденной в 1991 году Концепции судебной реформы, как бы стараются забыть. При этом в соответствии с проведенными в 2012 году опросами общественного мнения, большинство граждан страны не удовлетворены работой судов.

Без правовой реформы развитие страны по всем направлениям, особенно в сфере экономики, будет происходить менее эффективно.