



# **ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА И ПРОБЛЕМЫ ЕГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ В ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНОЙ ПРАКТИКЕ**

*Международная коллективная монография*



## **СОДЕРЖАНИЕ**

Предисловие .....	6
Вступительная статья ( <i>В.Д. Зорькин</i> ) .....	9
<b>ДИАЛОГИ РОССИЙСКИХ И ИНОСТРАННЫХ УЧАСТНИКОВ ПЕРВОГО КРУГЛОГО СТОЛА «ПРОБЛЕМЫ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ЕДИНСТВА СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ И СУДЕБНОЙ СИСТЕМЫ».....</b>	<b>16</b>
<b>Глава 1. Проблемы искусственной криминализации         экономической деятельности .....</b>	<b>103</b>
<b>Глава 2. Применение институтов гражданского права в иных         отраслях права .....</b>	<b>133</b>
<b>ДИАЛОГИ РОССИЙСКИХ И ИНОСТРАННЫХ УЧАСТНИКОВ ВТОРОГО КРУГЛОГО СТОЛА «ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА КАК ОСНОВНОЙ ФАКТОР, ОБЕСПЕЧИВАЮЩИЙ ЕДИНСТВО ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ» .....</b>	<b>189</b>
<b>Глава 3. Верховенство права и конституционные основы         единообразия судебного правоприменения .....</b>	<b>296</b>
<b>Глава 4. Единство правоприменения и механизм его         обеспечения судебной системой.....</b>	<b>340</b>
<b>Глава 5. Современные проблемы единства судебной         практики .....</b>	<b>356</b>
<b>Комментарии иностранных и российских участников (экспертов) по поводу обсуждаемых проблем</b>	
• Комментарий <i>M. Норрос и П.Дж. Саласа</i> .....	399
• Комментарий <i>В.Г. Ярославцева</i> .....	405
<b>ДИАЛОГИ РОССИЙСКИХ И ИНОСТРАННЫХ УЧАСТНИКОВ ТРЕТЬЕГО КРУГЛОГО СТОЛА «ОБЕСПЕЧЕНИЕ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ» .....</b>	<b>411</b>
<b>Глава 6. Суд в борьбе за собственность и власть. Очерк истори-         ческого и сравнительно-правового исследования .....</b>	<b>536</b>
<b>Комментарии иностранных и российских участников (экспертов) по поводу обсуждаемых проблем</b>	
• Комментарий <i>В.М. Жуйкова</i> .....	574
• Комментарии <i>Н.А. Лопашенко</i> .....	577
• Комментарий <i>М. Караджовой</i> .....	583
• Комментарий <i>В.В. Клювганта</i> .....	588
• Комментарий <i>Т.Г. Морщаковой</i> .....	590
• Комментарий <i>Дж. Кана</i> .....	595
<b>Библиография .....</b>	<b>604</b>

имело бы это прецедентное значение, либо было бы право такое, обратиться в Суд кому-то в интересах всех пенсионеров и обязать правительство всем пересчитать. У нас такого, к сожалению, нет. А это как раз все связано с верховенством права и с обеспечением его реализации. Так что прецедент, с одной стороны, у нас традиционно отрицался, а с другой стороны, в нем много пользы, я в этом убедилась в своей практике. Но опять-таки возникает вопрос, который меня беспокоит.

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

**Т.Г. МОРЩАКОВА (доклад):** Если никто не против, то я все-таки закончу эту реплику, которую я так невежливо позволила себе прокричать.

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

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

Я сейчас не говорю о дileмме: источник права, не источник права, потому что тогда потребуется определить, что есть источник, все зависит от самого понятия источника. Если речь идет о решениях Конституционного Суда – да, написано прямо в Конституции и в законе, что они имеют обязательное значение и действуют непосредственно, нас это юридическое последствие интересует. Но по юридическому своему характеру что представляет собою тот факт, который установил Конституционный Суд? Он установил только один-единственный факт, что какое-то нормативное положение – не номер статьи, не закон под таким-то назвием, а содержательно нормативное положение – не соответствует Конституции. И это установление определенного факта. Это особенный факт, потому что он касается нормативного регулирования. Это не тот факт, который мы устанавливаем, когда по уголовному делу исследуем обстоятельства убийства, это факт другого рода, это установление факта несоответствия нормативного положения более высокому акту, а именно Конституции. И когда такое конкретное содержание признано не соответствующим Конституции, дальше уже неважно, где мы можем найти другой, следующий факт такого же юридического содержания, важно, что к любым фактам такого же юридического содержания – в законе субъекта, в другом федеральном законе, в другом процессуальном кодексе – относится этот вывод Конституционного Суда о том, что это положение по своему содержанию не соответствует Конституции. Лично я рассматриваю это как особый вид преюдиции. Он особый только потому, что речь идет об установленном факте, касающемся нормативного содержания.

Что есть преюдиция? Один суд установил факт, другие суды не «переустанавливают» его. Вот и все. Поэтому по отношению к решению Конституционного Суда (я только в этой квалификации с Виктором Мартениановичем не соглашаюсь, а в остальном я с ним не спорю) мы имеем дело с преюдицией: факт неконституционного содержания определенного положения уже установлен, и он должен приниматься во всех других случаях без переоценки. Иначе было бы, что, допустим, Конституционный Суд должен был 88 раз 88 субъектам Федерации сказать: «Нет, это у вас неконституционно», хотя речь шла об одном и том же: я хочу иметь свою судебную систему, могу я или не могу. Вот о таких фактах мы и говорим. Точно такое же рассуждение, Виктор Мартенианович, относится, с моей точки зрения, к тому, что Вы приводили в качестве примера. Вы говорили о проверке нормативного содержания, а не об уста-

новлении фактов совершения деяния. Да, когда суды установили, что это нормативное содержание не годится, этот факт должен признаваться независимо от того, в каком документе это нормативное содержание вновь и вновь повторяется. Далее посмотрим. Мы говорим об обязательности прецедента. Нельзя не согласиться с Анатолием Валентиновичем: безусловно, то, что решили суды в отношении установления соотношения между установленными фактами и тем, как это должно квалифицироваться, – это содержание прецедента. И речь идет уже не об установлении какого-то факта, а о том, каким образом надо оценивать сходное фактическое обстоятельство в различных дела. Если установлено, что эти юридические обстоятельства должны влечь за собой привлечение таких-то правовых категорий и таких-то правовых норм для их правовой квалификации, то, конечно, такое решение суда имеет колоссальное значение: если суды изучают практику, если, допустим, высшие судебные органы эту практику в обзорах судебной практики освещают, это прямое руководство к действию для судов всех других. Но имеет ли здесь место прецедент?

Просто прецедент в системе ангlosаксонского права по содержанию может быть таким же, как наши нормы закона плюс судебная практика. Но он там другой механизм действия обнаруживает. Я понимаю, что это юридическое занудство, но там же механизм отказа (отступления) от прецедента будет совсем другим. У нас не требуется специального механизма отступления от прецедента. Да, мы знаем, что так в большинстве случаев решаются дела, при таких обстоятельствах наступают такие правовые последствия в виде правовой квалификации, но это не факт, установленный одним судом, который должен связывать все другие суды, обращающиеся к исследованию этого факта, это нечто другое, и для того, чтобы отступить от сложившегося подхода, не нужно специально опровергать имевший ранее место квазипрецедент, а вернее сложившуюся нашу судебную практику. И в этой реплике я позволю себе, не останавливаясь на каких-то еще общих положениях, на которых я сама бы хотела остановиться, перейти к тому, что с изложенным очень связано, а именно к постановлениям Пленума.

Раньше они были обязательными, а теперь таковыми быть перестали. Почему? Потому что десятилетия работы судов в советское время показали, что нельзя было поломать, простите мне это слово, неправильные руководящие указания Пленума Верховного Суда. Я помню до сих пор, в 1988 году председателя Ивановского областного суда, которая говорила: «Мы 10 лет не могли поломать

влеченных к уголовной ответственности, в 2006 г. – 223 (12,8%), в 2007 г. – 258 (13,8%). В 2005 г. освобождено от наказания – 19 (4,7%), в 2006 г. – 31 (4,4%) и в 2007 г. – также 31 (3,7%) человек. Оценивая последние цифры, можно предположить, что в отношении тысяч предпринимателей уголовные дела возбуждались незаконно, а сколько при этом было не возбужденных уголовных дел (а было лишь небескорыстное давление на предпринимателя), можно лишь догадываться. В связи с этим наше предложение о декриминализации незаконного предпринимательства или, хотя бы (на первых порах), внесение соответствующих на этот счет изменений в официальное толкование уголовно-правовой нормы об ответственности за незаконное предпринимательство способны, по нашему мнению, внести свой вклад в объявленную Президентом и Правительством Российской Федерации бескомпромиссную борьбу с коррупцией.

### **§ 3. Причины искусственной криминализации экономической деятельности правотворческого и правоприменительного характера**

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

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

1) *забвение* (пренебрежение, неучет) общеправовых принципов, в том числе и зафиксированных в Конституции РФ и общепризнанных принципах и нормах международного права при конструировании соответствующих правовых норм, что недопустимо;

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

3) «увеличение» абстрактным способом формулирования уголовно-правовых запретов в ущерб их законодательной конкретизации.

Особенность первого фактора можно проиллюстрировать на соотношении ряда уголовно-правовых норм и их конституционных аналогов. Например, на явном противоречии ст. 174.1 УК РФ об ответственности за легализацию (отмывание) денежных средств или иного имущества, приобретенных лицом в результате совершения им преступления, ст. 50 Конституции РФ (а также ч. 2 ст. 6 УК РФ) о запрете повторного осуждения за одно и то же преступление, а также мнимом международно-правовом основании конструирования такого уголовно-правового запрета.

Следует признать юридически ошибочным объяснение (распространенное в учебниках по Особенной части уголовного права и в комментариях к Уголовному кодексу РФ), что к принятию ст. 174.1 УК РФ Российской Федерации обязывала Конвенция (Страсбургская) об отмывании, выявлении, изъятии и конфискации доходов от преступной деятельности 1990 г. и Конвенция Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности (Палермо, 12 декабря 2000 г.). Первая Конвенция действительно в п. 1 ст. 6 («Правонарушения, связанные с отмыванием средств») предложила государствам-членам Совета Европы (и другим государствам, подписавшим Конвенцию) криминализировать в своем внутреннем законодательстве, т.е. предусмотреть уголовную ответственность, в том числе и за следующие действия: конверсию или передачу имущества, если известно, что это имущество является доходом, полученным преступным путем, с целью скрыть незаконное происхождение такого имущества или помочь любому лицу, замешанному в совершении основного правонарушения, избежать правовых последствий своих деяний; утаивание или сокрытие действительной природы, происхождения, местонахождения, размещения или движения имущества или прав на него, если известно, что это имущество представляет собой доход, полученный преступным путем (аналогичная норма содержится и в ст. 6 указанной Конвенции ООН против транснациональной организованной преступности).

Если исходить только из этих формулировок Конвенций, то все просто. В соответствии с ч. 4 ст. 15 Конституции РФ общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы и таким образом уголовно-правовой запрет, установленный

расли законодательства и содержащиеся в них запреты применяются при квалификации деяний как преступных либо не преступных<sup>1</sup>.

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

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

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

---

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

<sup>2</sup> Ибрагимов М.А. Указ. соч. С. 37.

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

## *Глава 2. Применение институтов гражданского права в иных отраслях права*

---

появившихся в результате «урегулирования» нормальных гражданско-правовых отношений уголовным правом.

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

### *II. Преступление с точки зрения гражданского права*

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

---

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

Для того чтобы понять, каковы атрибуты деяний, которые и уголовное, и гражданское право рассматривают в качестве преступления (в частности, в качестве кражи как «классической модели» преступления), весьма полезно обратиться к тому состоянию права, в котором такие деяния еще существовали в рамках права, не разделенного на гражданское и уголовное. Таково было состояние права в эпоху римского права, когда правоотношения, впоследствии ставшие либо преступлением (публичным деликтом), либо гражданским деликтом, существовали еще в рамках единого института *furtum* (кража).

И.Б. Новицкий обращал внимание на то, что «*furtum* не совпадало полностью с современным понятием кражи», *furtum* не ограничивалось похищением вещи, можно было совершить *furtum usus* (кража пользования), *furtum posessionis* (кража владения, которую, например, совершил собственник вещи, если отбирал у кредитора переданную ему в залог вещь), поэтому «к *furtum* относилось всякое противозаконно корыстное посягательство на чужую вещь»<sup>1</sup>. Д.В. Дождев указывает, что «с определением новых деликтов... значение «*furtum*» сужалось, но по-прежнему было значительно шире современного», для состава кражи существенно, чтобы изъятие полезных свойств вещи производилось вопреки воле ее собственника, с целью получения выгоды, а также намеренно<sup>2</sup>.

Изучение института *furtum* было традиционным для цивилистики<sup>3</sup>, поскольку этот институт не столько обозначал некие «внешние границы» гражданского права, сколько устанавливал правовую регламентацию имущественных отношений, существующих уже в режиме преступления (кражи), поскольку кража не означает прекращения имущественных прав потерпевшего и не является основанием для возникновения прав похитителя<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Новицкий И.Б. Основы римского гражданского права. М., 1956. С. 206.

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

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

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

кование уголовная юстиция считает возможным применять к «хищению» частной собственности.

Таким образом, безраздельно господствующее в настоящее время в следственной и судебной практике толкование безвозмездности хищения, в том числе как «недостаточности эквивалента», развивалось следующим образом: появившись исключительно как признак хищения, пригодный при квалификации хищений только государственной или общественной социалистической собственности (поскольку «хищение» в виде покупки по оптовым ценам или уценки применительно к иным формам собственности было попросту невозможно), как признак исключительно описательный и казуальный (применение оптовых цен, выбраковка, уценка и т.п.), как признак, применимый исключительно к тем «похитителям», у которых похищенное имущество уже находилось, поскольку они являлись работниками юридических лиц, осуществлявших (по тогдашней терминологии) правомочия собственника, в результате и уже в условиях отсутствия государственной и общественной социалистической собственности данное толкование совершенно безосновательно получило универсальный характер и стало применяться к любым хищениям любой собственности любыми лицами, в том числе (и прежде всего) теми, которые приобрели так называемое похищенное имущество у собственника по предусмотренным законом основаниям и возмездно<sup>1</sup>.

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

Понимание безвозмездности уголовной юстицией крайне далеко от понимания безвозмездности в гражданском праве<sup>2</sup>. Безвозмездность приобретения исторически воспринималась правом как, так сказать, «пограничный случай», находящийся на стыке между основательным и безосновательным приобретением имущества. В римском

---

<sup>1</sup> Но, по мнению следственных органов и суда, «недостаточно возмездно».

<sup>2</sup> Что в результате неизбежно приводит к осуждению за «бескорыстные хищения».

сопа Венского и Геттингенского университетов Рудольфа фон Иеринга и прочих буржуазных профессоров. К сожалению, мы имеем дело со случаем, когда эксцессы социалистического правосознания официальных толкователей и правоприменителей<sup>1</sup> определяют карательную уголовную практику и даже уголовную политику, при этом в действительности не имеющую под собой легального основания.

Такое «уголовное» толкование безвозмездности приводит к тому, что действительная безвозмездность отношений может быть подменена (и в практике уголовной юстиции действительно подменяется) отношениями возмездными, которые, однако, по мнению того или иного официального правоприменителя, «недостаточно возмездны». При этом абсолютно игнорируется то, что между безвозмездностью и возмездностью не существует никакой «общей территории»<sup>2</sup>.

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

Первое. Можно ли вести речь о «недостаточном эквиваленте» при *изъятии* имущества? Очевидно, что нет, так как если имеет место изъятие, то никакой вообще (достаточный или недостаточный)

---

<sup>1</sup> Чтобы не быть голословными приведем цитату из В.И. Ленина, которая не только постоянно и в различном объеме цитировалась, но и неуклонно проводилась в жизнь в социалистический период страны: «Идет подготовка нового гражданского законодательства. НКЮст «плывет по течению»; я это вижу. А он обязан бороться *против* течения. Не перенимат (вернее, не дать себя надувать тупоумным и буржуазным старым юристам, кои перенимают) старое, буржуазное понятие о гражданском праве, а создавать новое. Не поддаваться Наркоминделу, который «по должности» тянет линию «приспособления к Европе», а бороться с этой линией, вырабатывать *новое* гражданское право, новое отношение к «частным» договорам и т. п. Мы ничего «частного» не признаем, для нас все в области хозяйства есть публично-правовое, а не частное. Мы допускаем капитализм только государственный, а государство, это — мы, как сказано выше. Отсюда — расширить применение государственного вмешательства в «частноправовые» отношения; расширить право государства отменять «частные» договоры; применять не *sorgis juris romanī* к «гражданским правоотношениям», а наше революционное правосознание; показывать систематически, упорно, настойчиво на ряде образцовых процессов, как это надо делать с умом и энергией; через партию шельмовать и выгонять тех членов ревтрибуналов и нарсудей, кои не учатся этому и не хотят понять этого» (Ленин В.И. О задачах Наркомюста в условиях новой экономической политики // Ленин В.И. Полн. собр. соч. Т. 44. С. 398).

<sup>2</sup> Как в случае всем известного примера, когда нельзя быть «немного беременной». Любая «недостаточная возмездность», тем не менее и бесспорно, характеризует имеющееся отношение как возмездное, а не как безвозмездное.

эквивалент невозможен. Это свидетельствует о том, что концепция «недостаточного эквивалента» совершенно безосновательно рассматривается как общая, «родовая», поскольку ее применение для определения безвозмездности хищения в форме изъятия невозможно. Иначе нужно будет отаться во власть юридических фантасмагорий, когда карманник, вытаскивая бумажник, в качестве «недостаточного эквивалента» засовывает в карман обворованного лица мелкую монетку. Таким образом, теория «недостаточного эквивалента» мыслима только для случаев хищения путем *обращения* в пользу «похитителя» имущества, которое у него уже находилось.

Второе. Если при «недостаточности эквивалента» хищение мыслимо только как обращение имущества в пользу «похитителя», то возникает вопрос, как «похититель» получил это «похищенное» имущество? Ответ очевиден: он получил его от «потерпевшего»<sup>1</sup> и, соответственно, между «похитителем» и «потерпевшим» существовало отношение, на основании которого «похищенное» имущество было передано «похитителю» не помимо, а *по воле «потерпевшего»*.

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

Это неизбежно порождает четвертый вопрос. Как быть с тем, что согласно п. 1 ст. 223 ГК РФ у приобретателя вещи по договору с момента ее передачи (получения) возникает право собственности? Иначе говоря, если имущество было предано «потерпевшим» «преступнику», например, за «недостаточную» (с точки зрения уголовной юстиции) плату, то согласно теории «недостаточности эквивалента» похитителем оказывается собственник имущества<sup>2</sup>. Такова

---

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

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

«логика» теории «недостаточного эквивалента» как составляющей безвозмездности при хищении.

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

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

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

Иначе говоря, не ясно, считает ли законодатель, что при хище-нии путем обращения имущества в пользу другого лица это отноше-ние существует как «дарение» непосредственным похитителем по-хищенного тому лицу, в пользу которого оно обращается, или речь идет о «неизбежном соучастии», которое всегда имеет место при об-ращении похищенного в пользу иного лица. В первом случае не по-нятно, почему обращение похищенного в пользу иного лица будет преступлением, так как дариться будет уже похищенное, указывать одаряемого в качестве «другого лица» нет никакого смысла. Во вто-ром случае не понятно, зачем, при наличии норм о соучастии, эти «иные лица» выделены законом как отдельный субъект, в чью поль-зу обращается похищаемое имущество. В любом случае, говорить при этом о недостаточности эквивалента, предоставленного похити-телем, весьма странно, так как тогда следует предположить, что по-хититель отвечает за то, что не заплатил или недостаточно заплатил за имущество, которое было обращено в пользу какого-то сторон-него лица, т.е. фактически похититель несет уголовную ответствен-ность не за свои действия, а за действия другого лица, причем эта

ния сторона обещает или передает имущество вопреки своему желанию и воле, имеет место классический случай несовпадения воли и волеизъявления в отношении предмета сделки, которое свидетельствует об отсутствии (незаключении) договора. Тем более, о заключении договора не может быть и речи, если одна сторона знает, что у другой стороны по причине обмана или насилия воля и волеизъявление не совпадают, в результате чего вторая сторона ожидает получить не то, что ей действительно собирается предоставить первая сторона (при обмане), или в результате чего вторая сторона дает первой стороне то, что не желает (при насилии).

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

Другое дело, когда в качестве мошенничества безосновательно пытаются квалифицировать сделки, которые были *заключены*, но либо не были исполнены, либо были исполнены с одной стороны или частично. В этом случае и возникает (вернее, искусственно создается) проблема разграничения преступления и сделки. И разрешение этой проблемы также следует начинать с того, чтобы определить, согласовали ли стороны предмет сделки. Если да, и при этом ни одна сторона не заблуждалась в том, что ей обещано по сделке, *не заблуждалась в предмете сделки*, то имеет место сделка, и никакого мошенничества здесь нет и быть не может, так как никто никого не обманывал. Мошенничество имеет место только тогда, когда преступник получает от

сматриваемых сделок<sup>1</sup>, того, должна ли эта «цель» осуществиться или достаточно неопровергимой презумпции, что основы правопорядка «пострадали», и пр. и пр. по следующим причинам. Многочисленность и разнообразность точек зрения, высказанных по этим вопросам, свидетельствует о невозможности наполнить ст. 169 ГК РФ конкретным содержанием, более того, свидетельствует о том, что данная норма является для гражданского права явлением чуждым<sup>2</sup> и существует как *намеренно* создаваемый и поддерживаемый законодателем «квазипробел в праве».

Статья 169 ГК РФ является каучуковой нормой, в которую судебным усмотрением или официальным толкованием может быть вложено практически любое содержание. Эта норма по цели своего применения представляет собой «последний довод государства» в сфере гражданского (частного) права, поскольку позволяет признать сделку недействительной помимо воли сторон и исключительно на основании судебного усмотрения, которое может быть подкреплено официальным толкованием. В такой ситуации действительная поль-

---

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

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

## *Верховенство права*

---

изложенную выше проблематику плотью и кровью в самом прямом, отнюдь неметафорическом смысле. Если на фоне нашей уголовной статистики<sup>1</sup> не делать вид, что мы не понимаем, к чему ведут, такие «юридические конструкции», как преступление в виде сделки, уголовная ответственность за другое лицо, бескорыстное хищение, хищение в пользу третьих лиц, легализация имущества, имеющего законного собственника, собственник-похититель, потерпевший – участник хищения и уголовный умысел взамен правового основания владения, то с учетом того, что случаи привлечения к уголовной ответственности, основанные на подобном толковании, едва ли могут составлять менее нескольких процентов от общей статистики соответствующих имущественных преступлений<sup>2</sup>, становится очевидным, что мы имеем дело с латентной и постоянно воспроизводящейся социальной катастрофой.

---

<sup>1</sup> По официальным данным МВД, количество раскрытий преступлений по статьям УК РФ, предусматривающим ответственность за такие имущественные преступления, как мошенничество, присвоение (растраты) и легализация за пять лет в 2004–2008 гг. (за 8 месяцев) составило 839 738.

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

Первый раунд, как мне кажется, был очень интересным и дал, что называется, большую пищу для ума. В частности, мы говорили о том, что судебная практика, разъяснения и толкование высших судебных органов иногда играют не только позитивную, но и негативную роль, поскольку искажают действительное содержание закона, содержание права; о том, что практика такого толкования нарушает конституционный принцип, согласно которому содержание закона и соответственно смысл его толкования должны определяться правами человека, а не какими-то иными интересами; что расширительное толкование должно применяться только в отношении норм, устанавливающих права, и недопустимо для норм, устанавливающих ответственность или обязанности; что забвение этих принципов приводит к тому, что становятся возможны такое толкование и такое правоприменение, которые откровенно нарушают право, например, как в случае с постановлениями Верховного Суда, которые ставят знак равенства между сделкой и преступлением, между договором и преступлением.

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

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

У нашей страны имеется длинная и очень непростая история соотношения и борьбы публичного и частного права. Были периоды, когда возможность существования частного права государством отрицалась вовсе. С принятием Гражданского кодекса мы сделали громадный скачок вперед к тому состоянию, когда частное право является наиболее объемной и важной частью права в его регулятивной со-

ставляющей. Однако в последнее время стало невозможно не замечать новое наступление публичного права на частное право. И вопрос здесь состоит не в том, чтобы замечать или не замечать это явление, признавать его существование или делать вид, что его нет, а в том, чтобы попытаться понять: в том, что сегодня имеются факты вполне официального подавления частного права, насильственная замена его правом публичным, нужно видеть атавизмы нашего прошлого или мы имеем дело с совершенно новым, самостоятельным витком вытеснения частного права, — витком, который определяется и обусловливается уже сегодняшними политическими, экономическими и социальными факторами, и такой вектор развития сознательно и намеренно избран государством? Или это не так?

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

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

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

годня не было бы кризиса, я утверждаю это совершенно определенно. Наличие кризиса в России говорит о том, что преобладающей формой собственности у нас является частная собственность. Следовательно, преобладающая экономика — это экономика частная. Конечно, это наиболее явное доказательство того, что действительно мы перешли к нормальной системе.

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

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

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

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

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

различия между тем и другим. И в-третьих, что, на мой взгляд, наиболее актуально, – это взаимодействие. Так вот, все это в науке не отработано или отработано очень слабо, все это происходит стихийно, все это происходит иногда просто в силу бьющих через край экономических интересов – надо чего-то добиться, бросаются огромные деньги для решения этой задачи, принимаются соответствующие законодательные акты. Я с Вами абсолютно согласен в том, что природу мы, так сказать, бросили на растерзание. Например, мой друг, академик Александр Сергеевич Исаев, он всю жизнь лесом занимается, только лесом он ходит по всем этим высоким учреждениям, и говорит: «Что же вы с лесом делаете?» Да, действительно, что же мы с лесом делаем? Мы можем остаться без леса, самая лесная в мире страна. Вот здесь как раз, когда речь идет о природных ресурсах, соотношение частного и публичного должно быть тщательно выверено, потому что здесь должно присутствовать и то, и другое в соответствующем взаимодействии, соотношении, тщательно выверенном, с тем чтобы в конечном счете и частный интерес не страдал, но и публичный тоже, то есть наше общество не теряло природные ценности столь бездумно, вследствие действительно совершенно хищнического отношения и прямого уничтожения колоссальных природных богатств. Поэтому что касается приоритетов, то на этом я все-таки стал бы настаивать, я считаю, что в нормальной правовой системе... ведь что такое публичное право? Это право, регулирующее отношения, в которых участвует государство, правильно? Что такое частное право? Это право, которое регулирует отношения между лицами, ни одно из которых не является государством, а если оно и является государством, то выступает в качестве частного лица, то есть подчиняется частному праву – вот, собственно говоря, различие, так ведь? Так что для чего: гражданин для государства или государство для гражданина? В советское время – гражданин для государства, будем говорить откровенно, хотя лозунги выдвигались иные, но фактически это было так. Теперь все-таки мы исходим из того, что государство для гражданина, и наша Конституция об этом говорит. Государство обязано обеспечивать соблюдение прав и свобод человека, это его обязанность. Следовательно, оно должно выступать именно в этом качестве, оно должно защищать природные ресурсы тоже в этом качестве, для кого? Для гражданина. Причем, я думаю, что нам нужно пересмотреть само понятие публичного интереса. У нас в советское время понятие публичного интереса было заменено понятием государственного интереса. Надо отказаться от этого, потому что публичный интерес – это интерес не одного гражданина, а интерес всех граждан страны, вот что такое публичный

интерес. А частный интерес – это интерес конкретного гражданина, вот в этом разница между публичным и частным правом. Так, государство, когда оно выступает как носитель публичных интересов, должно утверждать не свои интересы, а интересы общества, интересы совокупности граждан. Вот тогда публичное право будет построено не в пользу чиновника, а в пользу общества. И здесь стесняться не надо, публичное право должно быть сильным, и оно должно защищать публичные интересы, должно быть эффективным уголовное право, оно не должно отступать перед частным интересом, когда этот интерес злоупотребляет правом, так ведь? Вот и все. Поэтому приоритет частного права должен быть, но я думаю, что должен быть в таком понимании, которое соответствует нашей Конституции. Я вообще думаю, что Конституция у нас очень хорошая, и если не юристы считают, что это просто какой-то документ, написали что-то, то мы-то, юристы, должны ценить каждое слово Конституции, потому что она действительно хорошо. Весь вопрос в том, насколько мы ее реализуем в нашей правовой системе, в судебной практике и в реальной жизни. Что касается недействительности сделок, то я думаю, что статья...

**А.Г. ФЕДОТОВ:** Статья 90 УПК, по которой Конституционный Суд высказался о преюдиции.

**В.Ф. ЯКОВЛЕВ:** ...она сформулирована, на мой взгляд, не очень удачно. Конечно, у нас есть более удачные формулировки относительно преюдиции в Гражданском процессуальном кодексе и в Арбитражном процессуальном кодексе. Я думаю, что здесь преюдиция есть, она должна быть, но я еще раз говорю о том, что если в уголовном деле установлено, что права собственности не существует, что на самом деле титулом права собственности прикрылся вор, то должно быть пересмотрено гражданское дело, которое констатировало, что данный субъект является собственником. Потому что иначе у нас воры будут собственниками, вот в чем дело. Следовательно, здесь должна быть преюдиция и в ту, и в другую сторону, весь вопрос в том, что фактически установлено и какое установление не соответствует действительности. Значит, судебные решения должны быть приведены к одному знаменателю, то есть к тем обстоятельствам, которые существуют реально, и должна быть дана надлежащая правовая оценка. Если это правомерное приобретение права собственности, значит, перед нами отношения собственности. А если это кража или мошенничество, замаскированное потом поддельными документами, регистрацией, – это видимость сделки, тут сделки нет, ее надо опрокинуть. И

щенную судейскому усмотрению. Он был сторонником расширения судейского усмотрения, он писал, что да, конечно, могут возразить, что расширение судейского усмотрения может способствовать коррупции в судах, способствовать вынесению неправосудных решений, но, учитывая сегодняшнюю ситуацию в России, опасность такого развития событий крайне мала. То есть я хочу сказать, что в России были времена, когда опасность возникновения коррупции в судах в результате расширения судейского усмотрения была крайне мала. Я надеюсь, что мы вернемся к этой ситуации.

**В.Ф. ЯКОВЛЕВ:** Хотелось бы.

**А.Г. ФЕДОТОВ:** Пожалуйста, Виктор Мартенианович.

**В.М. ЖУЙКОВ:** Андрей Геннадьевич, Вы задали такой общий вопрос о безобразиях в судебной системе. Я за время своей предыдущей работы в Верховном Суде видел этих решений, наверное, больше, чем все Вы вместе взятые по долгу своей работы, и тоже удивлялся, ну как может быть вот такое? К примеру, приняли устав со статьей о том, что какое-то решение принимается квалифицированным большинством голосов. Оспаривают, потому что квалифицированного большинства голосов для решения этого очень важного вопроса не наберешь в совете директоров. Тот, кому нужно простое большинство голосов, их наберет и решит стратегически важный вопрос по очень крупной компании, она и в мире известна, обращается в суд с просьбой признать этот устав недействительным, потому что он противоречит Закону «Об акционерных обществах», в котором написано, что в совете директоров решения принимаются простым большинством голосов (я пока отложу цитату этого закона). И суд первой инстанции решает признать его незаконным, потому что Законом «Об акционерных обществах» установлено: «простым большинством голосов». И три судьи вышестоящей инстанции слушают вопль как вопиющего в пустыне ответчика, который говорит: «Но в законе же написано «если иное не предусмотрено уставом», а мы иное и предусмотрели уставом», и оставляют решение без изменений. И потом это дело дошло до Верховного Суда, и я знаю, что с большим неудовольствием оно рассматривалось. Все это отменили. И могу сказать почему, это как иллюстрация. Вы знаете, вот сегодня говорили о безобразиях в приватизации, об отсутствии законодательной базы. Вениамин Федорович, полностью с Вами согласен, но я бы более общую причину назвал. А причина в том, что в

начале 90-х годов появилась возможность урвать то, что еще товарищ Троцкий называл «бифштексом», появились огромные объекты частной собственности. Раньше этого не было. Начиная от маленького, решения о чем принимали суды общей юрисдикции, например о квартирах: раньше же не было квартир в частной собственности. Когда они стали частной собственностью, они стали объектом преступных намерений, потому что можно захватить, продать и нажиться. И то же самое и в сфере арбитражных судов, где, конечно, объекты собственности неизмеримо больше. Отсюда появилось и признание недееспособными граждан. Сегодня упоминали это постановление Конституционного Суда о том, что надо обязательно выслушать лицо, решение о дееспособности которого выносится, хотя я не понимаю, в чем вообще вопрос? Этот вопрос должен был давным-давно решить Верховный Суд и дать просто разъяснения, без обращения в Конституционный Суд. Всем же понятно, что этого человека надо выслушать, так же ведь, да? Потребовалось вмешательство Конституционного Суда для решения такого вопроса, это еще одно свидетельство того, как решается проблема обеспечения единства судебной практики. И коль скоро появились возможности незаконно обогатиться, появился и рост преступности в этой сфере. И стала вовлекаться сюда и власть, в том числе судебная, и стали вовлекаться сюда деньги. Так вот, что касается судов общей юрисдикции, я считаю, что здесь уже превалирует власть, а не деньги, хоть это, может быть, с точки зрения судов как-то честнее, они не обогащаются, я могу это с большой долей вероятности утверждать, это в очень большой степени вмешательство власти. А так, вообще, «меч и злато» в основном. Но я еще раз говорю: я знаю много прекраснейших решений и судов общей юрисдикции, и арбитражных судов, прекрасных, замечательных постановлений пленумов, и поэтому как оптимист хотел бы закончить — при всех этих безобразиях они и устраняются все же... И с этими незаконными обеспечительными мерами это же было просто вопиюще, ведь Пленум специальное постановление принимал о недопустимости запрещать определенные действия, и вот есть постановление Пленума, и все равно такие решения принимаются. Значит, есть интерес. Но я еще раз говорю, этот интерес подчеркивается тем, что борются другие ветви власти за это. Это не украшает. Но все же, я еще раз говорю, в судебной системе немало полезного, хорошего, и, конечно, надо на нее смотреть с оптимизмом, и, может быть, мы сравним себя в очередной раз с 1913 годом и скажем, что все намного лучше, чем есть на самом деле. Спасибо.

есть уважаемые коллеги, настоящие юристы, судьи, верю в это. И вообще, я думаю, что тогда надо просто идти туда работать тем, кто считает, что там надо все изменить, считает, что туда должны прийти по настоящему честные, подготовленные люди, значит, они должны идти туда работать. А как иначе? Но я многих людей, работающих в системе арбитражных судов, знаю лично. Да, некоторые из них ушли в отставку, я сожалею, что они ушли в отставку, но возраст, здоровье и прочее, – все это является причинами. Там немало людей, которым я верю больше, чем самому себе, огромное количество. И если бы судьи наши, скажем, на съезде услышали бы Ваше выступление, они бы решили, что человек позволяет себе делать слишком обобщающие, слишком широкие выводы, по существу обидного характера для огромного количества судей, которые работают действительно честно, и я думаю, что таких подавляющее большинство. И думаю, что в большинстве случаев они выносят решения в соответствии с законом. Да, наша судебная система работает в менее комфортных и в более трудных условиях, чем судебные системы Запада, это совершенно очевидно, потому что там судебные системы находятся под хорошей защищенной государством, нельзя на суд давить, это уголовно наказуемое деяние. Я, например, на своем рабочем столе, как председатель Высшего Арбитражного Суда, держал Уголовный кодекс, и, когда мне кто-то звонил, я слушал, а потом говорил: «Вы знаете, чем мы сейчас с вами занимаемся, по крайней мере один из нас?», и читал соответствующую статью Уголовного кодекса: «попытка неправомерного воздействия на правосудие с целью добиться вынесения какого-то неправомерного решения». Все, на этом разговор заканчивался. Даже если звонили какие-то лица очень высокопоставленные, то я говорил: «Вы же понимаете, что я юрист? Да, хорошо, вы говорите «повнимательнее посмотреть дело», посмотрим повнимательнее, но мы его решим все равно по закону». И никто никогда не говорил мне, что «мы вас уберем, мы вас убьем, мы вас подкупим» или еще что-то сделаем, нет. Борис Николаевич Ельцин, уже будучи в отставке, однажды мне позвонил (я еще был председателем Высшего Арбитражного Суда) и сказал: «А можно тут вот, я в Кисловодске нахожусь на отдыхе, ко мне пришла администрация этого города, считает, что их арбитражный суд их обижает, не могли бы вы их жалобу посмотреть?» Потом остановился и сказал: «А вы можете подтвердить, что за все время, пока я был президентом, я вам ни разу ни по одному делу не позвонил?» Я говорю: «Я не только могу это подтвердить, я об этом постоянно говорю в своих публичных выступлениях, пресс-конференциях. Ни разу». Он говорит: «А как гражданин, я к вам могу обратиться?» «Как граж-

клонение от нормы правосудия, что можно признать, что оно этим зачеркивается, несмотря на то, что в этом конкретном случае решение будет замечательным.

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

Здесь мне понравилось, что Андрей Евгеньевич сказал. Он сказал, что не так глуп законодатель, как мы думаем. Мы часто говорим о законодателе, что он непрофессионален, что принимает именно в силу непрофессиональности, в силу иногда спешки или занятости собственными делами, плохие законы, которые потом мешают нам жить. Он очень тонко это сказал: не так он плох. Все мины, которые в закон заложены, они во многом заложены сознательно. Если говорить о гарантиях судейского статуса, то эти мины в законе присутствуют не случайно. Руки нарочно хотели развязать. Для чего? Для того чтобы тот, кто не сумеет вписаться (здесь я употреблю слово «единая судебная система», которой мы так уже долго занимаемся) в эту единую судебную систему, мог быть убран. У Станислава Леща – я очень люблю этого польского писателя – есть замечательное выражение: «Послушайте это бурчание, – говорит он, – это хор согласных после того, как были элиминированы все гласные». Это именно то, что позволяет делать с нашей судебной системой законодатель.

Мы немножко все рассуждаем как пессимисты, хотя очень хочется сохранять оптимизм. Но для этого, мне кажется, очень важно увидеть, за счет чего вариант оптимистический в развитии возможен. И мне кажется, что именно это задача для профессиональных юристов. Этот оптимистический вариант возможен с точки зрения юридической профессии. Я сейчас не беру всякие демократические институты, не беру выборы, не беру парламент. То, где юридическая профессия непосредственно должна быть задействована каждый день. Это два момента, хотя они определяют, наверное, все содержание закона. Нельзя допустить, чтобы содержание закона появлялось без тяжелейшей профессиональной работы по принятию закона. Другое дело, как мы это через свои публичные институты можем осуществлять. И второе, это власть судебная, которая эти законы применяет. Только два рычага, других рычагов я не вижу никаких, хотя это может быть все либо поддержано обществом, и тогда может

иметь шансы на успех, либо может отвергаться обществом, и тогда не будет иметь шансов на успех.

Именно поэтому я хотела возразить нашему замечательному модератору, когда он сказал о судейском произволе. Он есть, я не потому возражаю, чтобы сказать, что его нет. Он есть, но надо разбираться в корнях этого самого произвола. Я видела много процессов, проведенных судьями, в которых они наслаждались своим профессиональным мастерством и тем, как они могут воплотить его в конкретном судебном решении, когда никто не мешал. Поэтому, когда мы говорим о произволе судей, нужно посмотреть, в чем его причины. И дело ведь не только в конкретном заказе на какое-то судебное решение, вовсе нет. И дело не просто в том, что на суд могут давить не только по линии публичной власти, что обычно мы не называем криминалитом, хотя это по сути криминалит. Что мы с большим трудом называем коррупцией, хотя это и есть основная коррупция, когда давят власти. Но суд на самом деле действует так, как он действует потому, что существующая система законов и реальных институтов, определяющая статус судебной власти и статус конкретных судей, именно эта система меняет цели правосудия. Правосудие лишается своих подлинных целей, а подлинная цель – защитить права. У правосудия нет другой цели. Но если перед каждым из судей, пусть раз в год, хотя это, наверное, редко, может быть, это случается чаще, я думаю, случается чаще, может быть поставлена цель принять определенное решение, то это не может не менять его цели во всех других делах. Потому что судья понимает, что в необходимых случаях он должен принять это решение, хотя оно не правовое. И тогда значение, которое имеет цель защиты правового идеала, а эта цель должна стоять перед судом, значение вот этой цели – защитить правовой идеал – исчезает из поля зрения суда. И если он решается служить, ему все время нужно делать выбор: или служить, или бросаться, стремясь грудью закрыть амбразуру. Надолго его не может хватить. Да на первой же амбразуре погибает такой герой.

Судьи не должны быть героями, не надо расписывать их героических качеств и принципиальности. Не надо говорить, какие они святые и замечательные, потому что это не решает проблему. Существует система подготовки судебных кадров, подбора судебных кадров, что еще хуже, чем подготовка. И существует система выбраковки судебных кадров, что еще страшнее и первого, и второго. Нельзя пенять, почему я говорю сейчас об этом с болью, нельзя пенять на правосознание судей. В каком-то смысле это несчастные люди: их правосознание формируется той системой, в которой они работают. А форми-

руется оно очень простым способом. Судью на три года назначили первый раз на судейскую должность, и ждут, хотя уже сто раз говорено было, что это не согласуется, в таком виде, как у нас существует, трехлетнее назначение, с конституционным принципом несменяемости судей. Но это продолжает действовать. Я должна окружающим сообщить такую интересную вещь: когда-то Конституционный Суд по этому поводу давал свои разъяснения и сказал, что возможно на три года назначить, если только это будет рассматриваться, как испытательный срок, по истечении которого судье будут предъявлены определенные факты, подтверждающие его непригодность к судейской профессии. И эти факты, задокументированные, он сможет оспорить, если он с ними не согласен, считает их неправильными, в судебном же порядке. Но все, что так хорошо истолковал Конституционный Суд, на практике не воплотилось, не имело никакой реализации. И сейчас мы в Конституционном Суде имеем замечательную жалобу на трехлетний срок, который препятствует человеку занять потом судейскую должность без того, чтобы ему объяснили причину. Потому что в документе, который судья получает по истечении трех лет (это не юристы вообще, наверное, не знают, когда требуют судью к ответу за каждое дело), в этом документе не написано ничего, кроме того, что полномочия судьи прекращаются в связи с истечением трехлетнего срока, на который он был назначен, и что такое решение принято квалификационной коллегией судей. Это у нас такой орган судейского сообщества, решающий большинством голосов. Все. Какие мотивы, какой спор?

Три года судью, как у нас любят говорить судья Конституционного Суда, Гадис Абдуллаевич Гаджиев, подвергают «рихтовке». Он учится быть таким, как надо, подходить по всем параметрам. Ноги длинные, значит, ноги надо подгибать. Голова мешает, значит, голову надо наклонять. Это происходит. И за это время он учится ценности послушания. Он знает, что значит быть послушным и нравиться председателю. Это значит, ты будешь вовремя представлен на получение следующего квалификационного класса, квалификационный класс – для судьи это важно, это его карьера. Судья делает карьеру, сидя на месте, у него нет другого профессионального лифта, он наращивает классы. В течение этого времени он будет пользоваться благосклонностью председателя суда или, наоборот, неблагосклонностью. А в зависимости от воли председателя он будет получать на рассмотрение такие дела или другие, что существенно может отяготить его профессиональную деятельность. Он, наконец, попадет в число тех, кому можно доверять. А если ему можно доверять, то председатель суда

вовая стабильность не может оправдать отказа от надзора при отсутствии других инстанций.

Я думаю, если бы у нас кто-то обратился в Европейский Суд по правам человека и сказал, что мое право на пересмотр дела в выше-стоящем суде так, как это предусмотрено во второй статье седьмого Протокола к Европейской конвенции о защите прав и свобод, нарушено, Европейский Суд, несомненно, признал бы нарушение этого права. А у нас это право еще и конституционный ранг имеет. Мы записали, что каждый по уголовному делу имеет право на рассмотрение его дела, имеется в виду полное рассмотрение, не на формальный «прогон» в течение 20 минут, рассмотрение – это и есть рассмотрение, слова имеют автономные значения. Эти понятия, они что-то значат, так же как значит что-то определенное понятие «суд». Суд – это независимый суд, правосудие – это справедливое правосудие. А не какое-нибудь угодно другое, названное этим словом. Так и пересмотр дела во второй инстанции имеет именно такой смысл, правильный. Правильный, и который уже истолкован Европейским Судом по правам человека. Там бы сейчас признали, что у нас по всем уголовным и гражданским делам нарушается право на вторую инстанцию. Поэтому то, что появляется, как справедливый упрек к нашему надзорному производству, невозможно устраниТЬ только за счет внесения каких-то корректив именно в это производство. Именно так Конституционный Суд и решил.

Теперь по поводу инструментов единства судебной практики. Есть такой способ обеспечения единства судебной практики, как решение Конституционного Суда, правда же, Виктор Мартенианович? Есть такой способ. А он у нас работает или нет? Это неплохой способ, это хороший способ. Он не работает, потому что, когда что-то работает по выбору, это значит, не работает. Я приведу вам один пример. Он связан с различным процессуальным регулированием в арбитражном судопроизводстве, гражданском судопроизводстве, в конституционном судопроизводстве. Это вопрос, который затрагивается очень многими авторами. Другие суды, и арбитражные, и общие говорят: «Мы не можем исполнять решения Конституционного Суда, у нас нет процедуры». Конституционный Суд вынес решение, и согласно федеральному конституционному закону, прямо написано: дела заявителей подлежат пересмотру. Во всяком случае, суды должны пересмотреть. Кстати, если говорить о происхождении этой нормы, должна вам сказать, что бенефициарием в этой норме, когда ее создали, были другие суды, не Конституционный Суд. Конституционный Суд скромно молчал и сказал: «Мы уважаем Высшие Суды. Мы говорим,

что мы их решения не пересматриваем сами. Пересматривают они, исходя просто из такого простого факта, что нормативное правило, на котором основано решение, либо исчезло, потому что оно не конституционно, либо получило другое истолкование, потому что конституционный смысл этого правила определен в решении Конституционного Суда». Но ведь в неконституционном смысле никто не должен толковать существующие правила, даже если они позволяют какое-то неоднозначное толкование. И вот эти бенефициарии дальше заявили: «У нас нет процедуры для пересмотра дел заявителей по решению Конституционного Суда». Почему у вас нет процедуры? Открываем ГПК и открываем АПК. Открываем раздел «Производство в силу вновь открывшихся обстоятельств». Там написано: есть некоторый набор фактов, которые могут являться вновь открывшимися обстоятельствами, они подтверждаются обычно приговором суда, например всякие злоупотребления в ходе судопроизводства. Но есть другие основания. В чем они заключаются? В исчезновении правового основания, на котором ранее было вынесено судебное решение. Исчез правовой документ. И в ГКП написано: отмена, исчезновение акта государственного органа, на котором был основан судебный акт. И в ГКП есть, и в АПК есть. Значит, есть отмена акта государственного органа. Что сделал Конституционный Суд? Он только признал основание в виде нормативного правила, существовавшее, использованное для разрешения спора, отсутствующим.

Почему же у вас, дорогие, многоуважаемые суды, нет процедуры пересмотра? Нет желания пересмотреть? Я с этим соглашусь, это именно такое объяснение.

Есть много вопросов, связанных с допустимыми формами обеспечения единства практики. Говорили о прецеденте, говорили о преюдиции. Это абсолютно стопроцентные необходимые вещи, отрицать ни то, ни другое нельзя. Другой вопрос: как мы это определяем с точки зрения юриспруденции? Есть еще одна категория, которая очень важна для обеспечения единства практики. Аналогия права. Я уже не говорю об аналогии закона. В процессе это очень важно для обеспечения единых стандартов справедливой процедуры. У нас нет процессуальных кодексов, одинаково подробно регулирующих процедуры для апелляции, для кассации, для надзора. Но всегда существовало положение, что подобные правила применяются, если специальный закон не сделал из этого исключения.

С одной стороны, существуют такие естественные способы выработки единообразия судебной практики, основанные а) на верховенстве права, б) на тех общеправовых принципах, которые связаны с

**В.М. ЖУЙКОВ:** Буквально реплика. Я с огромным интересом слушал. Реплика по поводу того, что судьи над судьями или судьи в защиту судей. То же самое получилось с квалификационными коллегиями. Я могу сказать как свидетель разработки этих законов, я принимал участие в разработке закона о статусе судей в Российской Федерации, конституционного закона о судебной системе. Я помню все эти обсуждения, и вот эта идея создать коллегию судей, которая защищала бы, совершенно верно, задача такая, защищала бы судей от всех притязаний. И я с восторгом написал комментарии к федеральному конституционному закону о судебной системе, еще в 1997 году, и говорил, что квалификационные коллегии теперь будут, во-первых, подбирать по профессиональным принципам кандидатов на должности судей, и защищать их в случае предъявления к ним необоснованных претензий, т.е. бороться за чистоту кадров: от скомпрометировавших судебную систему или недостойных избавляться, а достойных защищать. А лет через пять мне довелось писать комментарии к 100-летию Думы, в этот сборник. И меня попросили написать комментарии к этому же закону, статью вернее. И я перечитал, то, что написал, и думаю, боже, каким же ты был наивным пять лет назад, дорогой судья, умудренный опытом. И уже написал, что они были призваны защищать, я не посмел написать, что они защищают. Потому что с квалификационными коллегиями произошло то перерождение, о котором сейчас говорила Тамара Георгиевна: что совершенно необоснованно прекращают полномочия многих судей, по надуманным обвинениям.

И я, входя в свое время в состав Президиума Верховного Суда, рассматривал много дел, связанных с обжалованием судьями решений квалификационной коллегии, и убеждался в том, что за то, что судья принимает по своему убеждению законное решение... Вот было дело, когда судья (тогда еще не арестовывались с санкции судьи, а можно было обжаловать санкцию прокурора на арест), судья отказал в продлении срока содержания под стражей, человек почти год провел под стражей. Он сбежал, скрылся. Правда, его потом нашли и дали ему ровно столько, сколько он отсидел, что уже о многом говорит. Он был судим за хулиганство несколько раз, его обвинили в том, что он преступный авторитет. И судье этой полномочия прекратили за то, что она освободила из-под стражи такого вот недостойного человека. Так она жаловалась, ей первая инстанция отказалла, а потом Президиум Верховного Суда восстановил ее полномочия. Но она сказала: «Мне не нужны ваши полномочия, я прошу

просветите меня: вот, к сожалению, или, я не знаю, к счастью, состоялось решение Европейского Суда по жалобе не гражданина, а судьи, Кудешкиной. А вообще это впервые или не впервые, когда заявителем в Европейском Суде выступает судья?

**Т.Г. МОРЩАКОВА:** Есть еще такие заявители. Есть такая судья из Новосибирского областного суда Филатова, она была заявительницей в Конституционном Суде.

**А.Г. ФЕДОТОВ:** Уважаемые коллеги, может быть, у кого-то есть такая информация? Хотелось бы узнать, были ли решения Страсбургского суда по обращениям в качестве заявителей судей не из России?

**М. КАРАДЖОВА:** Да.

**А.Г. ФЕДОТОВ:** Слово Мариане Караджовой.

**М. КАРАДЖОВА:** Что касается первого Вашего вопроса, связанного с решением Европейского Суда по правам человека, процент какой был? Европейский Суд рассматривает 28% дел из России. Прежде всего я согласна с госпожой Морщаковой в том, что Россия большая страна, и поэтому совершенно естественно, что большая доля дел идет оттуда, и большая доля решений принимается по российским делам. Хотела бы также добавить еще кое-какие аргументы к тому, что я сказала, потому что когда новая демократическая страна ратифицирует Европейскую конвенцию, мы наблюдаем, во-первых, первичный период, когда очень-очень мало заявлений из той страны, которая только что ратифицировала Конвенцию, и это, конечно, вызвано недостатком информации, недостатком знаний. Люди просто не в курсе, не знают, какие возможности им дает Европейская конвенция по правам человека, да и юристы тоже недостаточно хорошо подготовлены, информированы о процедуре, поэтому в этот первоначальный период в суд поступает небольшое количество заявлений. Можно посмотреть на российскую статистику в самом начале после ратификации – количество заявлений было очень незначительным, действительно, их было мало. Затем наступает следующий период, когда количество заявлений и количество дел растет, потому что люди начинают узнавать об имеющейся возможности, они получше узнают о возможностях Конвенции, да и юристы также начинают проявлять заинтересованность в том, чтобы

заявлять жалобы в Европейский Суд. Затем идет период бума, когда происходит резкий рост дел – это наблюдать можно и в других странах, вовсе не только в России. А потом, после того, как страна получает первые решения Европейского Суда, приходится платить деньги в соответствии с решением и возвращаться к национальному суду, повторно возбуждать рассмотрение дела.

Но гораздо сложнее стране понять, что необходимо принимать общие меры – в частности, это может быть изменение закона. То есть страна реагирует конкретно на решения Европейского Суда, но не реагирует принятием общих мер. Затем дела повторяются, и решения по ним повторяться начинают, решения в общем-то аналогичные, похожие друг на друга, и дела похожи друг на друга. И тогда страна уже должна начать выплачивать крупные суммы по решениям Европейского Суда, и тут уже без изменений законодательства не добьешься сокращения заявлений, т.е. надо принимать меры общего порядка.

Я бы хотела подчеркнуть, что эта проблема существует отнюдь не только в России. Например, несколько лет назад можно было наблюдать похожую ситуацию в Италии. Италия была страной, откуда шло максимальное количество дел в Европейский Суд, потому что очень много времени занимали разбирательства гражданских дел, и до изменения закона, своего законодательства, появлялись сотни аналогичных дел из Италии по аналогичным основаниям.

Я надеюсь, что я внесла какую-то ясность в том, что это проблема отнюдь не только российская. У меня были такие же вопросы в своей стране, в Болгарии. Почему болгарские дела так многочисленны? То есть это просто период такой. Да-да, потому что у Болгарии где-то 3% дел было, а ведь она очень маленькая, для такой маленькой страны 3% – это очень серьезная цифра.

А теперь я хотела бы перейти ко второму вашему вопросу относительно дел, где заявителями выступали судьи, дел, которые рассматривал Европейский Суд. Можно наблюдать и другие дела, в которых заявителями выступают не только российские судьи. В основном они касаются ситуаций, когда судья давал интервью средствам массовой информации, делал заявления относительно конкретных дел, высказывался по поводу конкретных дел, и потом суд постановил, что это было недопустимо, что это влияло на непредвзятость суда, ставило под вопрос предвзятость судьи.

Но в новом вашем деле, деле Кудешкиной, вы знаете, что решение принято против Российской Федерации. Это действительно непростое решение, очень непростое решение. Я думаю, вы видели, что там

**А.В. НАУМОВ:** Как в советском Кодексе.

**И.А. НОВИКОВ:** Я не утирирую, я говорю совершенно точно: коммерческое посредничество считается преступным, что разъясняется Верховным судом. Я думаю, это может быть вызвано недостатками образования у кого-то, или, может быть, ошибочной концепцией, либо это совершенно четкий и определенный заказ власти. Под властью мы не понимаем публичный интерес, мы понимаем интересы конкретных, чиновников, возможно, кланов. Но что меня беспокоит? Меня беспокоит уже не только то, что на уровне закона создаются проблемы правовой незащищенности меня, других людей, которые работают в частном бизнесе. Меня беспокоит то, что Верховный суд как самостоятельная судебная власть сливаются единым голосом с законодательной и исполнительной властью, полностью утрачивая свою независимость, которая бы гарантировала мою правовую защищенность в определенном вопросе. Я не знаю как в России, но в Казахстане есть ощущение, что мы переходим какую-то опасную грань, за которой у людей теряется чувство защищенности. Я поражаюсь той открытости дискуссии, тем мыслям, о которых участники стола говорят открыто. Я боюсь, что у нас в Казахстане это будет даже сложно обсуждать вот так, открыто. Это уже становится табу, это уже становится запрещенным.

Еще об одном вопросе, о котором я хотел вам сказать, в плане опасения за предпринимательство. В Казахстане сейчас активно идет процесс привлечения лиц к ответственности без вины, за так называемые последствия заключения сделок с предприятиями, которые впоследствии признали лжепредприятиями. Иными словами, Игорь Новиков, юридическая компания, приглашает строителей, которые у него в офисе делают ремонт. Спустя пять лет обнаруживается, что эти строители зарегистрировали предприятие, не желая заниматься предпринимательской деятельностью. Суммы, оплаченные за ремонт, нам не позволяют отнести в заем – первое, второе – за эти пять лет с нас взимают подоходный налог на отнесенную в заем оплату и пени за несвоевременную уплату в бюджет подоходного налога и НДС. Если эта сумма вписывается в размер административной ответственности, я привлекаюсь к административной ответственности. Но если этот размер превышает определенный, установленный законодательством, я привлекаюсь к уголовной ответственности. Вот эта перспектива, когда я за действия какого-то третьего лица буду отвечать своим честным именем, имуществом. Она и создает как раз ту правовую незащищенность.

кодекса есть и без этого, а мы за «чистое» незаконное предпринимательство привлекаем.

Но все-таки оптимизм у меня какой по сравнению с вами есть? Вот я думаю, Тамара Георгиевна, мне все-таки кажется, давайте мы вместе подумаем, насчет коммерческого посредничества. По-моему, у нас это невозможно, а? Насчет установления уголовной ответственности за коммерческое посредничество?

**Т.Г. МОРЩАКОВА:** Нарушением условий лицензирования можно покрыть все.

**А.В. НАУМОВ:** Пока нет этого. Ну, я и предлагаю декриминализировать это деяние, в целом. Потом надо, допустим, упрекать не столько судебную практику, вот мы все время сейчас обсуждаем «судебный произвол», критикуем суд. Мне кажется, что большую часть претензий нужно адресовать следствию, а не судам. Почему? Потому что, кто боролся еще при Горбачеве с предпринимательством? Конечно, аппарат ОБХСС. Вот там рождались все эти уголовные дела, много, не все, но часть людей осталась.

**А.Г. ФЕДОТОВ:** Тамара Георгиевна, по-моему, хотела сказать.

**Т.Г. МОРЩАКОВА:** Все сегодня нападают на Анатолия Валентиновича, у меня просто то, что он говорит, вызывает, действительно, необычайный интерес, и возникает несколько таких вопросов. Может быть, я, как кто-то там с писаной торбой носится, ношусь с этой идеей верховенства права в виде общих принципов права. Вот на самом деле посмотрите, как Верховный Суд определил доход, являющийся основой для того, чтобы предъявить уголовно-правовую претензию предпринимателю при незаконном предпринимательстве. А я хочу задать, Анатолий Валентинович, Вам и, может быть, нашим иностранным коллегам такой простой вопрос. Это предписание в законе не зафиксировано, но сформулировано в постановлении пленума Верховного Суда, разве в этом предписании учитывать ущерб от этой деятельности, включая не только прибыль, но и расходы, разве в этом нет прямого нарушения первой статьи первого протокола, посвященного защите права собственности? Это совершенно явное нарушение ст. 1 Первого протокола.

Мне все время хочется найти какие-то общие максимы, от которых мы могли бы идти, предлагая совершенствование законодательства, предлагая совершенствование судебной практики. Я могу при-

вести совсем не криминальный пример. Частный нотариус у нас платит налоги, есть специальная норма, внесенная недавно в законодательство о нотариальной деятельности. И согласно этому акту нотариус какие-то услуги оказывает бесплатно, это его обязанность, потому что он вот так делит с государством заботу о сирых, бедных и несчастных. И нотариусы оказывают эти услуги бесплатно, но тут вдруг происходит интересное изменение в законодательстве: в него включают статью о чем? Что этот тариф, не полученный частным нотариусом в связи с тем, что он оказывал нотариальную помощь бесплатно, оказывается, не исключается из налогооблагаемой базы, а включается в нее.

Понимаете, если мы сравниваем разное отраслевое регулирование, мы видим нечто похожее, и это похожее, очевидно, диктуется одним и тем же в нашем сознании, в нашей культуре, которая много лет формировалась совсем при другом праве. И мне кажется, что это все – и в Верховном Суде, и в постановлении пленума, и в законодательстве о нотариальной деятельности, – это все оговорки по Фрейду, чистые совершенно: прибыль мы отрицаем, хоть мы делаем вид, что у нас рассчитанный на рыночные отношения Уголовный кодекс.

И мы многие максимы отрицаем. Вот меня тоже очень заинтересовала в вашем разделе проблема, связанная с совокупностью и с изменениями в ст. 17 УК РФ. Вы написали совершенно справедливо: законодатель хотел учесть запрет наказания дважды за одно и то же. И поэтому он написал: если у нас есть уголовный состав, в котором в качестве квалифицирующего признака, усиливающего ответственность, влияющего на размер наказания, названо совершение другого преступления, например, у нас есть такой замечательный состав, убийство, сопряженное с разбоем, законодатель внес норму в Общую часть кодекса, что это не создает совокупности. Если норма УК написала, что ответственность устанавливается за убийство, сопряженное с разбоем, то надо карать за убийство, но не за убийство плюс разбой, потому что разбой – это отдельный состав преступления. Но как сложилась практика? Железобетонно. Верховный Суд пишет: при совершении убийства, сопряженного с разбоем, необходима двойная квалификация, по ст. 105, об убийстве с разбоем, по этому пункту, где разбой как учтенная совокупность в качестве квалифицирующего признака выступает, плюс по статье о разбойном нападении, где тоже есть квалифицирующий признак, причинение особо тяжкого вреда здоровью, включая и причинение смерти. Совершенно явное нарушение принципа «не дважды за одно и то же».

хой, кто хороший, и кто о нас где и что подумает внутри страны или за ее пределами. Это на самом деле вопрос номер 10 или 12. Речь о том, что эти процессы объективны, не случайно же в различных странах постсоветского пространства происходит одно и то же. Вот слушая Игоря Анатольевича, я испытывал абсолютное дежа вю, когда он рассказывал про то, как по истечении пяти лет после событий юридическое лицо вдруг признается «лжепредпринимателем», а наказывают за это совершенно добросовестное лицо, физическое или юридическое. Так у нас то же самое, абсолютно. То есть мы вот говорим об уголовном праве как о неком экстремуме, но дело в том, что публичное право... Я тут ни в коем случае не хочу заниматься перетягиванием каната и говорить, что частное право хорошее, публичное плохое, дело не в этом. Дело в том, что наше право в целом оказалось не готово к новым условиям и к новым общественным отношениям, и то, что мы приняли хороший Гражданский кодекс, в остальном нам, к сожалению, не помогло, и пока не помогает. И когда Тамара Георгиевна говорит о том, что должны быть какие-то надпозитивные, надотраслевые принципы, я с этим полностью согласен. Почему? Потому что, если мы этого не делаем, у нас начинаются вот такие истории, причем иногда, извиняюсь, с использованием того, что неосторожно сказал Конституционный Суд. Вот то, про что говорил Игорь Анатольевич, у нас это называется «недобросовестный налогоплательщик». Как-то раз, я не берусь сказать, в скольких решениях это прозвучало, может быть, в одном, может быть, в двух решениях Конституционного Суда было использовано это понятие. Тут же что сделала налоговая инспекция? Она на этом целую концепцию построила, когда, несмотря на то, что в налоговом праве нет ответственности за других, а есть ответственность налогоплательщика за себя, делалось то же самое: приходили к людям, которые у кого-то купили розетки или еще что-то, и выяснялось, что та организация, у которой розетки куплены, налоговую отчетность не сдает. И тогда налоговая говорит: «Вы недобросовестный налогоплательщик, потому что вы с несуществующей фирмой какие-то операции проводили», и наказывает точно так же. И строго говоря, дело не в том, что хорошее частное право и плохое публичное право, но у нас, к сожалению, в публичных отраслях действуют совершенно... Мы вот тут говорим о надпозитивных принципах, а там свои принципы действуют, официально провозглашаются одни, а реально действуют другие. Причем совершенно очевидно, что это некая презумпция вины, некая презумпция того, что если частная собственность в какой-то своей статике еще допустима, то в смысле предпринимательства это уже на грани или за гранью. То есть такая

модифицированная идея гражданина или компании как государственного раба, с которым можно поступать либо так, либо так, потому что само государство себя правом связанным не считает. На мой взгляд, если говорить о неких надпозитивных принципах, то, наверное, принцип номер один – государство должно не только объявлять, что оно связано правом, но и соблюдать это, чего мы, к сожалению, не видим. То есть мы видим прямо обратное. И проблема не в том, я еще раз говорю, чтобы думать, как мы выглядим, плохие мы или хорошие.

На мой взгляд, совершенно очевидно, и, собственно говоря, Вениамин Федорович об этом говорил, наши отрасли публичного права настолько не готовы к сегодняшним условиям, что это мы испытываем все, извиняюсь, на собственной шкуре каждый день. Начать с того, о чем Елена Владимировна говорила, возьмите любую отрасль – природоохранное, налоговое законодательство, – т.е. любую сферу действия публичного права, где человеку не дают самому решить, каково его право и что с ним делать, у нас тут же начинаются чудеса. Тут же. Потому что существует абсолютная идея, что государство правом не связано. Если об этом не говорить, а молчать, то мы, наверное, никуда не сдвинемся, и в этом смысле идея Тамары Георгиевны о связности правом хотя бы в смысле международных соглашений мне очень нравится, потому что я тоже не вижу другого выхода, строго говоря, потому что внутри страны я уже не вижу резерва.

И правильно мы говорим, что, если на уровне судебной практики могут быть какие-то иллюзии, то на уровне законодательного регулирования какие могут быть иллюзии, если – правильно на том круглом столе говорилось – возьмите, почитайте, например, Закон об Олимпиаде в Сочи. Там просто собственник низведен, я не знаю, куда он низведен, у него надо отобрать все, и ничего ему особо не причитается. А никто же не отменял ни конституционные нормы, ни нормы гражданского права о частной собственности. Я считаю, пока мы будем стыдливо об этом говорить, что «нет, мы хорошие, нам никакие новые концепции не нужны, не надо их даже обсуждать», мы в этом состоянии и останемся. Кто-нибудь хочет еще что-то сказать?

**М.А. СУББОТИН:** Я опять услышал от Анатолия Валентиновича знакомые слова о том, что мы как все, т.е. по сути, что мы платим кризисами за то, что вступили в рыночную экономику, и еще старик Маркс об этом говорил. Отсюда фактически следует, что кризисы – это такая особая форма цивилизованности. Я уже предостерегал кол-

цы и темпов инфляции, и резкими перепадами в экономической жизни страны. Была еще концепция «строительных циклов» Кузнецца, которая связывала цикличность в экономике и волны строительных бумов, «равновесные теории цикла» Лукаса, Саржента, популярные в последние годы «кредитно-денежные теории цикла» Фридмена и Шварца... В частности, неуклюжесть государственных мер вмешательства в экономику, запаздывание и непредсказуемость их реального эффекта были предметом критики сторонниками монетарной теории Фридмена.

Я могу долго на эту тему говорить, но проблема не в том, есть ли экономические циклы и кризисы или их нет. Кризисы либо вызывают желание им противостоять, либо ждать у моря погоды и надеяться на то, что выздоровление США или рост мировой экономики вытянут из ямы наши экспортные товары, а затем и всю нашу экономику. Следовательно, мало признавать тот факт, что экономика «дышит», как человек: вдох – выдох, вдох–выдох, подъем–спад, подъем–спад... Даже здоровые люди дышат по-разному, а некоторых специально учат правильно дышать, поскольку неправильное дыхание – путь к преждевременной усталости. И тем более по-разному дышат здоровый человек и астматик. Мы по-разному дышим, и причины для этого тоже разные. Поэтому нужна и по возможности точная диагностика, и добросовестное и оперативное лечение. Или если отвлечься от метафор, то в своих поисках причин возникновения нынешнего кризиса, в своих оценках российской экономической, социальной, политической жизни нам удобнее было бы говорить правду. И это никакой не радикализм, а только трезвость и честность оценок. Либо мы будем говорить все так, как есть на самом деле, и готовы обсуждать, что нужно сделать, чтобы изменить экономическую ситуацию к лучшему, либо мы, и здесь я готов поддержать выступавшего передо мной коллегу, будем рассуждать о том, что страна и ее экономика «чуть-чуть беременны». В первом случае мы будем говорим о том, как нужно лечить, в другом случае каждый из нас будет нести свою меру ответственности за глубину текущего кризиса, за его продолжительность, за его социально-экономические последствия, за его политические последствия, в конце концов. Спасибо.

**А.Г. ФЕДОТОВ:** Мариана, пожалуйста.

**М. КАРАДЖОВА:** Относительно исполнения решений и рекомендаций Комитета министров. Я очень хорошо понимаю вашу позицию,

суда обязательно, а что необязательно. Все сразу признают, единодушно, что решение Страсбургского суда, вынесенное в отношении России, конечно, для нас обязательно независимо от того, как на национальной почве складывается по конкретному делу его исполнение, удачно или неудачно, быстро или медленно. Никто это не отрицает и не может отрицать, потому что, действительно, подписание Европейской конвенции означает и согласие с ее положением о том, что толковать конвенцию официально может только Страсбургский суд, и что страна, подписавшая конвенцию, соглашается с этим толкованием, признавая юрисдикцию Страсбургского суда. Но другой вопрос заключается в том, насколько судебная практика, да и теория соглашаются с тем, что прецеденты Страсбургского суда по делам в отношении других стран могут быть обязательны для Российской Федерации. На самом деле, как я представляю себе литературу по этому поводу, не только российскую, но и зарубежную, это во многих странах вызывает дискуссии. И у нас тоже есть такая позиция, согласно которой прецеденты по делам не против России не могут иметь обязательного значения. Но лично я придерживаюсь другой точки зрения. Та точка зрения, которой я придерживаюсь, например, постоянно отражается в решениях Конституционного Суда РФ, потому что Конституционный Суд выводит толкование норм Конвенции и норм нашей Конституции из прецедентов Страсбургского суда в отношении других стран. Так было истолковано очень много решений по Европейской конвенции. Например, мы приняли понятие обвинительной деятельности, которое было сформулировано в решениях Страсбургского суда не против России, и согласно которому ее обнаруживают уже первые признаки преследования независимо от того, были ли в ходе судопроизводства приняты уже какие-то процессуальные акты, закрепившие обвинение. Это только один из примеров. Мы расширили право человека на помочь защитнику в ситуациях, когда он еще не стал обвиняемым, и это в нашем судопроизводстве называется «адвокат для свидетеля». У нас очень много таких решений, где прецеденты в отношении других стран признаны обязательными у нас, на нашей национальной почве, повторюсь, исходя из одного простого принципа: Страсбургский суд дал толкование сути определенного права, защищаемого Конвенцией, – первое положение. Это толкование Страсбургского суда такого права, конвенционального, является официальным – второе положение, официальное толкование Страсбургского суда признано Российской Федерацией при подписании Европейской конвенции – третье положение.

## ГЛАВА 3

### ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА И КОНСТИТУЦИОННЫЕ ОСНОВЫ ЕДИНООБРАЗИЯ СУДЕБНОГО ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ

Аксиоматическая суть судебного правоприменения как принятия индивидуальных правовых решений неизбежно сопряжена с отысканием применимого права, т.е. реализуется в сопоставлении универсального смысла правовых правил с особенностями единичного разрешаемого судом конфликта. При этом конкретные решения в спорных ситуациях, как правило, проблематичны. Разрешение правовых споров, относящихся к одному и тому же классу, осуществляют разные правоприменители. Формализация же поиска решений на основе исчерпывающего законодательного закрепления его алгоритма, как и полная формализация самого права, объективно не возможны. Поэтому естественно, что обеспечение единообразия правоприменения является предметом общественного и в том числе юридического дискурса, объединяя усилия доктрины, а также правотворческих и правоприменительных структур. Это объединение усилий объективно диктуется закономерностями жизни права. Законодатель, конечно, не может забывать о правовом содержании закона, допускать разнобой в регулировании – вопрос о его системности и соответствии правовым принципам заслуживает особого рассмотрения. Юридическая доктрина, не ограничиваясь только анализом правовых предписаний, должна разрабатывать способы и системы аргументации, с помощью которых при формулировании и применении норм могут нивелироваться объективно ограниченные возможности закона, закрепляющего лишь довольно абстрактные модели поведения. Правоприменение же не может исходить ни из механического приложения нормы к конкретной ситуации, ни из абсолютной дискреции в выборе норм и их интерпретации.

Однако цель и содержание единства судебной практики, т.е. ее единых подходов к применению права задаются не потребностями самой практики, а предназначением и содержанием права как такого. Судебные же процедуры как эффективное средство правоприменения, позволяющее отличать право от «неправа», имеют особые характеристики, которые обусловливают не любые, а только соответствующие сути правосудия методы обеспечения единства правоприменения – в качестве предпосылки господства права, правового

мира и правовой определенности в процессах общественной модернизации.

Современные представления о праве, в отличие от юридического позитивизма, не связывают право только с нормативным актом, законом как результатом правотворческой деятельности государства и единственным источником права и предполагают, что понятие права включает и содержательный ценностный аспект. Верховенство права характеризуется не только и не столько требованием подчинения закону, сколько прежде всего признанием неотчуждаемых прав и свобод человека непосредственно действующими и определяющими смысл и содержание законов, соответствующая проверка и применение которых обеспечиваются правосудием (данная цель и соответствующий ей механизм обеспечения верховенства права отражены в ст. 18 Конституции РФ). При этом суд не вправе применять неправовые по содержанию законы, а процедуры правосудия должны быть справедливыми и гарантировать предвидимость судебных решений, т.е. исключать произвол.

Какое место в этой системе целей и ценностей правосудия должно занимать обеспечение единства судебной практики? Ясно, что оно не является самоцелью: все формы обеспечения единства судебной практики должны быть сконцентрированы на исключении судебных ошибок и произвола со стороны суда, в том числе вынесения судом решений на основе неправового закона или в условиях несправедливых процедур.

Определяющие такие подходы стандарты – соответственно признанным в демократическом обществе правовым принципам – заложены и в российской Конституции. Содержательно это обусловливается признанием общечеловеческих ценностей, которые российский конституционный законодатель в силу своего собственного волеизъявления рассматривает в качестве основополагающих для действующего конституционного регулирования<sup>1</sup>.

В привычной парадигме единство судебной практики опирается на следование закону в широком смысле слова, т.е. нормативному акту, и его сложившемуся в правоприменении единообразному толкованию.

---

<sup>1</sup> См.: Эбзеев Б.С. Глобализация, общепризнанные принципы и нормы международного права и правовое опосредование Конституцией России тенденций гуманистического сотрудничества // Российское правосудие. 2007. № 4 (12). С. 11; Морщакова Т.Г. Доктринальные основы имплементации международных стандартов прав и свобод средствами конституционного правосудия // Право. Журнал ВШЭ. 2008. № 1. С. 3–4; Нешатаева Т.Н. Международное частное право и международный гражданский процесс. М., 2004. С. 104, 108.

дивидуальные правовые акты не могут не основываться на определенной судебной дискреции, что обусловлено учетом специфики конкретного правового конфликта, а также применением для его разрешения норм права, использующих как формализованные, так и оценочные понятия. Кроме того, достаточно устойчивая или даже абсолютно единая практика применения нормы может не соответствовать идеям верховенства права и, значит, не должна рассматриваться как объект охраны, а, напротив, требует разрушения такого единства. Тогда отклоняющийся от обыкновений неправовой практики судебный акт не может признаваться ошибочным. Судебное право-применение, ценность которого определяется независимым статусом судебной власти, подчинением суда только правовому закону, а не каким-либо указаниям, от кого бы они ни исходили, требует признания за судом в каждом деле права принять решение по собственному убеждению, в том числе, если оно противоречит позиции вышестоящей судебной инстанции. Именно это отличает вертикаль судебных инстанций от других вертикалей власти. По справедливому замечанию Г.Ф. Шершеневича<sup>1</sup>, обязательная ориентация на возможную или уже выраженную позицию вышестоящего суда по делу уничтожает существо право-судия. Указания вышестоящей судебной инстанции императивны только в части, касающейся устранения допущенных при принятии судебного акта нарушений закона. Хотя и другие расхождения между вышестоящим и нижестоящим судом могут привести к отмене решения последнего, т.е. обычно разрешаются не в его пользу. Однако не исключается также изменение позиции вышестоящего суда как в отношении конкретного дела, так и в судебной практике в целом.

Уже из приведенных соображений ясно, что единство судебного право-применения – не однозначно положительная его характеристика. Социальная обоснованность и правовая ценность единообразия право-применения определяются тем, насколько оно адекватно таким целям, как обеспечение верховенства права, устранение судебных ошибок, поддержание доверия к суду как средству правовой защиты, достижение правовой определенности, гарантированность независимости судебной власти. Средства, которые могут использоваться для обеспечения единообразия, должны служить достижению этих целей и не могут вступать в противоречие с ними. Но и исходя из того, что

---

<sup>1</sup> Шершеневич Г.Ф. Применение норм права // Журнал Министерства юстиции. 1903. № 1. С. 63–64; Он же. Учебник русского гражданского права. Т. 1. М.: Статут, 2005. С. 92–93; Он же. Наука гражданского права в России. М.: Статут, 2003. С. 241–244.

туционный, Верховный и Высший Арбитражный), представляющие соответственно три ветви судебной власти.

Не только некоторыми специалистами, но и на уровне руководства страны обсуждается возможность реализации идеи институционального единства судебной системы, «безотраслевое» ее построение, т.е. без организационного выделения в ней судов, осуществляющих конституционную, административную, арбитражную, общую (включая гражданскую и уголовную) юрисдикции, чтобы руководство судебной системой осуществлялось из единого центра, а именно одного, стоящего во главе всей судебной системы судебного органа.

Думается, что такое устройство судебной системы никак не решило бы задачу унификации правоприменительной практики, осложнило бы осуществление процессуального руководства ею, неизменно привело бы (в связи с возложением на одни и те же суды разноречивых функций) к большей хаотичности во взаимоотношениях вышестоящих и нижестоящих судов, противоречило бы повышению эффективности правосудия на основе специализации судов и судей, затруднило бы, а не облегчило выработку единых подходов к толкованию и применению права, главное же, представляло бы явный регресс в организации судебной власти и судебной системы. Единообразному правоприменению, напротив, более могла бы служить такая модификация судебных структур, которая связана с углублением специализации в юрисдикциях, например создание специальных судов по делам несовершеннолетних, административных судов, судов по трудовым делам и т.д. В качестве фактора большего достижения единства работало бы также изменение территориальной основы организации судебной системы, с тем чтобы она не была привязана к административно-территориальному и государственно-территориальному делению, т.е. аналогично тому, как это имеет место в системе арбитражных судов и в организации мировой юстиции. Тем самым изначально нивелируется тенденция к возникновению местных практик и местных влияний в судебной деятельности и, следовательно, создаются более благоприятные условия для единообразного понимания и применения права.

Отвечающий современным представлениям подход к пониманию единства судебной власти и единства в судебной системе при существовании судов различных видов юрисдикции требует полноты их полномочий, при которой судебная власть в целом, все суды вместе исключили бы возможность не обеспеченного судебной защитой правового пространства (первый аспект единства целей судебной власти).

ваний и предусмотренных отраслевым законодательством судебных процедур пересмотра при соблюдении условий его допустимости.

При использовании процессуальных институтов, в рамках которых осуществляется пересмотр дел, разрешенных ранее на основе неконституционных норм, действуют все условия и сроки, с учетом которых заинтересованные лица по собственной инициативе вправе осуществлять защиту своих прав перед судом соответствующей инстанции<sup>1</sup>. Применительно к случаям пересмотра таких дел можно говорить об обратной силе актов конституционного правосудия, реализующихся через правоприменительные решения других судов (так же, как имеющие обратную силу нормативные предписания)<sup>2</sup>.

Во всяком случае, достижение или восстановление конституционно обоснованного единообразия судебной практики с помощью механизма конституционного правосудия невозможно вне практического признания другими юрисдикциями обязательности его актов. Она диктуется конституционным требованием законного суда для каждого дела, представляет собой существенный признак эффективного средства судебной защиты и как таковой рассматривается в качестве универсально присущего судебным актам свойства, обусловливающего наряду с другими единство судебной системы.

В связи с этим обсуждается так называемое прецедентное значение решений Конституционного Суда.

Обозначение юридического значения решений Конституционного Суда как прецедента неточно, поскольку прецедент есть применение правовых выводов одного суда при рассмотрении дел другим судом в ситуации, сходной по фактическим обстоятельствам. Применительно к решениям Конституционного Суда речь не идет о прецеденте в указанном смысле. Если Конституционный Суд признал неконституционным или истолковал какое-то нормативное положение, то это его решение обязательно для всех случаев, когда решается вопрос о применимости либо этой нормы, либо акта именно такого же содержания. Речь идет не об аналогичной, а о той же самой ситуации, и не о

---

<sup>1</sup> См. определения КС РФ от 14 января 1999 г. № 20-О, от 4 мая 2000 г. № 48-О и др.

<sup>2</sup> Право Конституционного Суда определить порядок исполнения своих актов и, в том числе, следовательно, оговорить их распространение на прежнюю судебную практику, собственно, аналогично тому, как это оговаривается применительно к обратной силе закона. Случай же обязательного распространения любых действующих в отношении неопределенного круга лиц актов на прошлое время оговариваются самой Конституцией. Принцип обратной силы правовых предписаний, регулирующих привлечение к ответственности, в полной мере относится к правовым позициям Конституционного Суда.

мета судебного контроля при их применении по конкретному делу. В этом ряду рассуждений не укладываются в конституционные представления об иерархии нормативных правил и случаи отказа в судах общей и арбитражной юрисдикции следовать правовым позициям Конституционного Суда, которыми выявлен конституционный смысл нормы. Разъяснения высших судов, которые должны в свою очередь лишь выявлять смысл закона, реально оказываются более связывающими, чем закон и его истолкование Конституционным Судом, хотя обязательность для судей каких-либо других актов, кроме Конституции и правового закона, исключена.

Возможны два варианта выхода из такого положения: или судебная система России, включая суды всех видов юрисдикции, будет исходить из тезиса, что для суда нет ничего обязывающего, кроме закона, включая, конечно, Основной Закон, а акты абстрактного судебного толкования имеют рекомендательное значение, или же должна существовать защита от незаконных и от неконституционных постановлений пленумов высших судов. Эта проблема известна и зарубежному конституционному судопроизводству. Если указания, которые дают высшие суды нижестоящим судам на основе обобщения судебной практики, признаются обязательными, значит, необходимо допустить их оспаривание и проверку их конституционности. Именно так утверждение об обязательности директив высшего суда было, например, преодолено в Венгрии. В российской судебной системе, если настаивать на обязательном для судов значении указаний пленумов высших судов, такую проверку должен осуществлять Конституционный Суд.

Сложившееся в судах обыкновение сверять решение по делу с актами абстрактного судебного толкования провоцирует восприятие как обязательных не только постановлений Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда, но и позиций, содержащихся в распространяемых ими обзорах судебной практики, информационных письмах, ответах на вопросы судей по проблемам толкования и применения закона, разъяснениях Высшей квалификационной коллегии судей и даже Судебного департамента<sup>1</sup>. Практически у судов нет

---

<sup>1</sup> Обширная документация, исходящая от этих, действующих при Верховном Суде органов, хотя ни Высшая квалификационная коллегия судей как орган судебского сообщества, ни Судебный департамент при Верховном Суде в качестве осуществляющего судебное управление не уполномочены на толкование применимого права, по существу содержит разъяснения положений законодательства и о статусе судей, и о процедурах в судах, коль скоро последние требуют организационно-ресурсного обеспечения. Чтобы такое утверждение не показалось голословным, достаточно при-

ния информирует арбитражные суды. Обычно это происходит на основе проведенных обобщений судебной практики нижестоящих судов или касается спорных вопросов толкования и применения нового законодательства, по которому еще не сложились устойчивые правовые положения. Эти материалы являются информационными.

Поиск и совершенствование способов обеспечения судебной практики идут постоянно. В частности, в настоящее время готовится проект закона о запросах нижестоящих судов в Высший Арбитражный Суд по сложным вопросам применения новых правовых норм, по которым отсутствуют выработанные и воспринятые судами правоположения. Развернувшаяся по законопроекту дискуссия позволит, в том числе с учетом зарубежного и международного опыта, взвесить позитивные и негативные стороны судебного запроса и найти верное решение.

В советское время в правовой науке роль судебного прецедента как средства развития права полностью отвергалась, поскольку источником права признавались лишь законы и подзаконные акты. В современной России ситуация изменилась. Как и в других странах континентального права, многими юристами, учеными и практиками, в том числе судьями, отмечается роль судебной практики в развитии права, констатируется наличие судебных прецедентов, закрепляемых в качестве таковых в актах Конституционного Суда РФ, а также в актах Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда, особенно в постановлениях их пленумов, содержащих разъяснения по сложным и спорным вопросам судопроизводства по гражданским, административным и уголовным делам. При этом в юридической литературе восприятие судами позиций, сформированных высшими судебными инстанциями по аналогичным делам, обычно рассматривается в плане достижения единства правоприменения без ущерба для конституционного принципа независимости судей как определяющего фактора правосудия.

Что касается содержательного аспекта толкования и применения права, то в новой России и здесь произошли радикальные перемены, ставшие следствием преобразования как правовой системы, так и правосудия.

Основное изменение правовой системы России состоит в возрождении частного права. В советское время вследствие абсолютного преобладания публичной собственности и огосударствления общественной жизни право было публицизованным, содержало лишь фрагменты частного права.

## *Глава 4. Единство правоприменения и механизм его обеспечения*

---

Переход России к формированию гражданского общества с институтами демократии, свободной рыночной экономикой, базирующейся на частной собственности, объективно обусловил необходимость воссоздания частного права. Основой новой правовой системы, включающей в себя и публичное и частное право, стала Конституция РФ 1993 г.

В соответствии с закрепленными в ней конституционными принципами произошло обновление российского права по всем его отраслям.

Возрождение частного права связано прежде всего с разработкой и принятием нового Гражданского кодекса РФ в 1994–2006 гг. Приняты также новые кодексы по трудовому, жилищному, семейному, земельному праву, многочисленные законодательные акты, конкретизирующие Гражданский кодекс по отдельным аспектам регулирования – юридических лиц, банков, финансового рынка, транспортных услуг и т.п.

Наличие в праве двух подсистем – частного и публичного права ставит перед правоприменителями, в том числе и перед судами, дополнительные, подчас весьма сложные задачи и вопросы в процессе толкования и применения права.

*Во-первых*, необходимо учитывать, что частное и публичное право представляют собой два отличающихся друг от друга типа правового регулирования.

Частное право регулирует нормальные для общества экономические и иные отношения между гражданами, а также их объединениями, в рамках и посредством которых их участники реализуют свои потребности и интересы: отношения собственности, в том числе интеллектуальной, товарно-денежные, трудовые, жилищные, семейные отношения. Это отношения равенства, свободы, координации.

Частное право наделяет участников этих отношений правами как юридическими средствами реализации интересов и удовлетворения потребностей сторон, регулирование имеет здесь правонаделительную (дозволительную) направленность. Отношения строятся правом на основе юридического равенства сторон, отсутствия власти и подчинения между ними. Стороны наделяются правовой автономией, самостоятельностью, свободой в регулировании отношений посредством заключаемых ими договоров, не противоречащих праву. Само правовое регулирование является диапозитивным, оставляющим свободу для саморегулирования, и в значительной мере децентрализованным.

Напротив, публичное право регулирует отношения, в которых участвует государство как власть. Это отношения по осуществлению государственного управления определенными сферами общественной жизни, например по поддержанию общественного порядка, по обороне страны, по осуществлению правосудия, налоговых и бюджетных отношений и т.п.

Публичное право обеспечивает реализацию интересов общества в целом, публичные интересы. Оно строит отношения на основе субординации, власти одной стороны и подчинения другой. Поэтому регулирование является императивным и централизованным. В качестве правовых предписаний используется преимущественно обязывание (например, в налоговом праве) или запреты (в уголовном праве).

Столь существенные различия между публичным и частным правом требуют от правопримениеля, во-первых, правильно определять правовую природу применяемых норм по их принадлежности к частному или публичному праву. Во-вторых, правильно определять природу отношения, к которому применяется норма права, поскольку публичное и частное право имеют свой предмет, свою сферу регулирования «и не могут применяться к чужим отношениям». В-третьих, нельзя допускать смешения функций частного и публичного права. Например, принадлежность имущества на праве собственности должна в спорных случаях определяться на основе норм гражданского права в рамках гражданского судопроизводства, а совершение или несовершение лицом преступного посягательства против чужого права собственности только по нормам уголовного права в рамках уголовного судопроизводства. В-четвертых, следует учитывать, что правильное толкование норм публичного и частного права обладает своими особенностями, предопределенными своеобразием самого частного и публичного права. Так, запретительные нормы уголовного права и обязывающие нормы административного права не могут быть истолкованы распространительно, а правонаследительные нормы частного права, напротив, не подлежат ограничительному толкованию. Пробелы в частном праве могут восполняться посредством применения аналогии закона или права, что недопустимо в публичном праве, например в определении компетенции властного органа или должностного лица.

Во-вторых, при толковании и применении частного и публичного права необходимо учитывать их соотношение в системе права, которое может быть различным. В условиях тоталитарного государства на первый план по своему значению выходит публичное право, поскольку фактически реализуется принцип «человек для государства». На-

## *Глава 5. Современные проблемы единства судебной практики*

---

С учетом этих изменений важность исследований проблем обеспечения единства судебной практики возрастает.

Исходя из устройства судебной системы Российской Федерации (наличия в ней двух по сути самостоятельных систем: судов общей юрисдикции и арбитражных судов), можно выделить два аспекта обеспечения единства судебной практики:

1) обеспечение единства судебной практики в каждой из этих систем (т.е. отдельно в судах общей юрисдикции и в арбитражных судах), что является задачами Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ, которые в соответствии со ст. 126 и 127 Конституции РФ возглавляют эти системы;

2) обеспечение единства применения законодательства в целом в судебной системе Российской Федерации, т.е. как судами общей юрисдикции, так и арбитражными судами, когда они применяют одни и те же нормы права (кто решает эту задачу, закон не устанавливает; надо полагать, что это должна быть совместная задача всех трех высших судов, установленных Конституцией РФ: Конституционного Суда РФ, Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ).

Прежде чем перейти к исследованию отдельных проблем обеспечения единства судебной практики, представляется важным ответить на некоторые общие вопросы, имеющие исключительно важное значение:

всегда ли полезно единство судебной практики и нужно ли к нему стремиться?

если полезно, то каким оно должно быть по своему содержанию и какие цели преследовать?

В российской истории немало фактов, свидетельствующих как о положительных, так и отрицательных последствиях формирования высшими судами единой судебной практики по отдельным категориям дел.

О положительном влиянии постановлений Пленума Верховного Суда СССР и Пленума Верховного Суда РФ (ранее – РСФСР), формировавших единую судебную практику, имеется немало научных исследований, о чём также будет сказано и в данной работе.

Однако, чтобы иметь полное представление о проблемах обеспечения единства судебной практики и быть в состоянии правильно ответить на поставленные выше вопросы, необходимо исследовать и негативные проявления единства судебной практики. Это позволит также избежать подобного в будущем.

Отрицательные явления в судебной практике выражались, в частности, в принятии высшими судами неправильных разъяснений

видимость выполнения планов. – В.Ж.), если они повлекли незаконную выплату заработной платы, премий или списание материальных ценностей, чем причинен существенный материальный ущерб, подлежат квалификации по статьям 152.1 и 170 (« злоупотребление властью или служебным положением», за которое – в случае причинения существенного вреда государственным интересам – максимальное наказание составляло, как и по ст. 152.1, лишение свободы на срок до трех лет. – В.Ж.) УК РСФСР и соответствующим статьям других союзных республик».

Таким образом, Верховный Суд СССР признал, что указанные выше действия не являются хищением государственного имущества, а прежняя сформированная им судебная практика по данным делам была неправильной.

Это разумное, принципиальное, хотя и запоздалое разъяснение положило конец ошибочной судебной практике и способствовало устраниению многочисленных «перегибов», допущенных судами под влиянием прежнего разъяснения при рассмотрении уголовных дел о приписках и других искажениях отчетности о выполнении планов. Верховный Суд РСФСР после этого пересмотрел в порядке надзора множество указанных уголовных дел, по которым граждане были неправомерно осуждены за хищения государственного имущества, и внес в приговоры соответствующие изменения, значительным образом улучшающие их положение.

Так в результате ошибочного подхода к формированию «единой судебной практики» (неправомерного усиления уголовной ответственности не законодателем, *а судами!*) по рассмотрению указанных дел были невосполнимо нарушены права многих людей, а на суды в последующем возложено бремя по исправлению допущенных ошибок, отнявшее у них немало сил и времени, которые (при изначально правильном подходе к этим делам) можно было бы потратить с большей пользой.

Несомненно, хорошо то, что Верховный Суд СССР признал ошибочность своей позиции по формированию указанной судебной практики, но было бы значительно лучше, если бы он и все другие суды государства не допустили бы ее возникновения.

Эта история должна была бы стать уроком для развития современной судебной практики России. Однако, как показывает жизнь, ошибки повторяются.

Так, в настоящее время в Российской Федерации установлена ответственность за незаконное осуществление предпринимательской деятельности, под которой согласно ст. 2 ГК РФ понимается деятель-

Совершенно очевидно, что, исходя из этих конституционных положений, любое лицо (как физическое, так и юридическое) вправе рассчитывать на эффективную защиту судом своих прав, свобод и охраняемых законом интересов в любом регионе Российской Федерации в равной степени, т.е. любым судом, которому подведомственно и подсудно его дело, как общей юрисдикции, так и арбитражным, как федеральным судом, так и судом субъекта Российской Федерации.

В связи с этим приобретает особое значение обеспечение единства судебной практики, с тем чтобы Конституция РФ и основанное на ней (соответствующее ей) федеральное законодательство применялись всеми судами Российской Федерации правильно и, следовательно, единообразно, независимо от каких-либо попыток ограничить или исказить действие этих правовых актов в тех или иных местностях.

Следовательно, единство судебной практики в России в принципе необходимо, но со следующей существенной оговоркой, делающей невозможной существование приведенной выше или подобной ей судебной практики, нарушающей права человека.

Судебная практика должна обеспечивать верховенство права на всей территории Российской Федерации, т.е. должна обеспечивать праву жизнь и развитие, а не его попрание и уничтожение. Только в этом может и должно проявляться ее единство (именно такое единство судебной практики, если оно упоминается в положительном значении, имеется в виду в настоящей работе).

Судебная практика, противоречащая праву, не должна существовать. Если же она (чаще всего это происходит под влиянием высших судов государства (Верховного Суда РФ или Высшего Арбитражного Суда РФ) все же возникает, то граждане должны иметь возможность защищаться от такой практики, добиваться ее изменения и возмещения причиненного им вреда.

Специально разработанных механизмов такой защиты у нас нет. В настоящее время представляются возможными два способа:

– обжалование в Конституционный Суд РФ закона, на основе которого сложилась такая практика;

– обращение в Европейский Суд по правам человека с жалобой на нарушение судами Российской Федерации прав, закрепленных в Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколах к ней.

Однако эти способы не настолько эффективны, как может показаться на первый взгляд.

Решения Конституционного Суда РФ и Европейского Суда по правам человека воспринимаются как относящиеся лишь к тем ли-

цам, по жалобам которых они вынесены, поэтому не влекут пересмотра аналогичных судебных постановлений, вынесенных судами в отношении других лиц.

Например, имелось много случаев, когда Конституционный Суд РФ признавал не соответствующим Конституции РФ закон, на основе которого было принято решение судом общей юрисдикции, после чего это решение, естественно, пересматривалось. Однако в пересмотре подобных многочисленных решений, вынесенных ранее в отношении других граждан, суды, в том числе Верховный Суд РФ, отказывали, ссылаясь на то, что эти граждане в Конституционный Суд РФ не обращались и его постановление на них не распространяется. В результате права этих граждан так и оставались нарушенными.

Данная проблема (защита прав граждан и организаций, пострадавших от судебной практики, противоречащей праву), требует отдельного исследования и разрешения, поскольку является исключительно важной. Здесь же в качестве общего вывода следует отметить, что судебная практика может признаваться соответствующей праву, обеспечивающей его верховенство (в единстве именно такой судебной практики заинтересованы и общество, и государство, которое провозгласило себя правовым, и отдельные люди), если она исходит из:

- приоритета прав и свобод личности;
- связанности государства правом;
- разграничения понятий «право» и «закон» и приоритета права над законом.

В кратком виде это означает следующее.

Государство должно служить интересам людей. Оно не свободно в принятии законов, так как законы могут противоречить этим интересам, быть крайне жестокими и несправедливыми, отменять права и свободы человека и гражданина или неоправданно ограничивать их. Такие законы не могут признаваться правовыми. Запрет на их издание вытекает из общепризнанных принципов и норм международного права (Всеобщей декларации прав человека, Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах, Международного пакта о гражданских и политических правах, Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней) и прямо закреплен в ч. 2 и 3 ст. 55 Конституции РФ.

Следовательно, законодатель обязан издавать, а суды – применять только правовые законы. С учетом этого и надо понимать имеющее очень важное для судебной деятельности, в том числе и по формированию единой судебной практики, конституционное положение о том, что судьи независимы и подчиняются только Конституции РФ и

(и закрепила такое же право за созданным ко времени ее принятия Высшим Арбитражным Судом РФ), но без указания на то, что они являются «руководящими», в связи с чем вновь возникли споры о их значении (положение «руководящие» относительно разъяснений Пленума Верховного Суда РФ в ст. 56 Закона «О судоустройстве РСФСР» стало противоречить ст. 126 Конституции РФ).

В законодательном порядке вопрос о значении разъяснений Пленума Верховного Суда РФ до сих по не решен.

При разработке проектов федеральных конституционных законов «О судах общей юрисдикции Российской Федерации» и «О Верховном Суде Российской Федерации» этот вопрос вновь вызвал споры.

Тем не менее он (без всяких споров) был решен в Федеральном конституционном законе «Об арбитражных судах в Российской Федерации» относительно разъяснений Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ – установлено, что они обязательны для арбитражных судов (ст. 13).

В ст. 170 АПК (содержание решения) включена норма о том, что в мотивированной части решения арбитражного суда могут содержаться ссылки на постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ по вопросам судебной практики. Надо отметить, что аналогичной нормы в ст. 198 ГПК, определяющей содержание решения суда общей юрисдикции, нет, а предложение о ее принятии при обсуждении проекта ГПК было отклонено, что еще раз свидетельствует об отсутствии концептуального подхода к развитию процессуального права.

Совершенно очевидно, что значение разъяснений Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ, имеющих одинаковую конституционную основу, должно быть одинаково, и если законодатель установил, что разъяснения Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ обязательны для арбитражных судов, то также обязательны для судов общей юрисдикции должны быть и разъяснения Пленума Верховного Суда РФ.

Но тогда становятся еще более значимыми другие поставленные выше вопросы: вправе ли все же суд при вынесении решения по делу отказать в их применении и разрешить дело на основе собственного понимания права и могут ли заинтересованные лица (в отношении которых применено или может быть применено указанное разъяснение) обжаловать его в Конституционный Суд РФ?

Если не вправе, то возникает явно неестественная, противоречивая ситуация: суд, для которого закон тоже обязателен, вправе отказать в его применении, если придет к выводу, что он противоречит Конституции РФ, общепризнанным принципам и нормам междуна-

**КОММЕНТАРИЙ-СТАТЬЯ  
ЗАОЧНОГО УЧАСТНИКА ВТОРОГО КРУГЛОГО СТОЛА  
ВЛАДИМИРА ГРИГОРЬЕВИЧА ЯРОСЛАВЦЕВА**

**ПРИНЦИП ЗАКОННОСТИ И СУДЕЙСКОЕ ПРАВОТВОРЧЕСТВО**

Да не взойдет никто, иже глуп и неучен, на место судьи, трону Господа подобное, ибо где быть свету, там он воцарит тьму, а где быть тьме, там он воцарит свет и, рукой неумелой, а потому безумной, станет предавать мечту невинных и отпускать с миром виноватых, покуда не свергнут будет с высоты своей, яко с трона Господа, ибо возмечтал вознестись к небу, не вырастив прежде крылья.

*Брактон. О законах и обычаях Англии (ок. 1250 г.)*

«Судебная власть», «судебная система», «суд» — понятия, всем хорошо известные. Проблемам становления сильной и независимой судебной власти посвящено большое количество исследований. Но, к сожалению, до сих пор в тени остается центральная фигура правосудия, в которой судебная власть персонифицируется: судья — человек, живущий реальной жизнью, и одновременно профессионал, ежедневно посредством рассмотрения конкретных дел решający судьбы других людей.

Власть, предоставленная судье, огромна. Поэтому гражданам совсем не безразлично, как она будет употребляться — во благо или во вред, какова роль носителя этой власти и кто же он сам, наконец — бесстрастный применитель законов или творческая личность, для которой правоприменение и есть правотворчество.

Традиционный подход к проблеме предельно прост: правотворчество есть прерогатива законодателя, правоприменители же обречены на точное и неуклонное исполнение закона. Казалось бы, в привычной схеме нет изъянов, ведь соблюдение норм права, закона — это основа правопорядка в государстве, выход за пределы предписаний закона чреват произволом правоприменительных органов. Думается, однако, что вопрос значительно сложнее и его решение не укладывается в узкие рамки представлений о правотворчестве как презумпции суверенности законодательной власти на издание законов, определенности правовой нормы, ее текстуальной ясности.

Столь жесткая детерминированность с неизбежностью предполагает абсолютный диктат предписаний закона в отношении правоприменителей, включая «особого» правоприменителя – судью, который, стало быть, только подыскивает, определяет соответствующий закон, а затем использует его при разрешении дела, т.е. проводит заурядную «юридико-технологическую» операцию. Но при такой постановке вопроса, когда, как «блестяще» сформулировал Монтескье, судья выполняет только то, что предписывает закон, и ничего более, не остается места правосудию, если под правосудием понимать профессиональную деятельность судьи, который, для того чтобы прийти к законному и справедливому, с его точки зрения, решению по делу, не только толкует закон, но и вводит в это решение свои личностные нравственно-правовые принципы. Повторим вслед за Лютером: «Юрист, если он только юрист, жалкая вещь»<sup>1</sup>.

«Применение закона судом (судьей)» и «правосудие» понятия не тождественные, каждое имеет свое содержание и не противостоит другому. Именно при применении закона судья «творит право», т.е. осуществляет правосудие. Тогда, по справедливому замечанию Гегеля, «применение (права. – В.Я.) является уже не спекулятивным мышлением... а рассудочным подведением частного под общее»<sup>2</sup>.

Любая власть в государстве устанавливает правопорядок, и в нем решающую или исключительно определяющую роль играет позитивное право. Однако не во всем правопорядок напрямую связан с законотворчеством. Вспомним поучения Иоанна Златоуста: «Бог, в начале созидания человека, даровал ему естественный закон. Что такое естественный закон? Бог впечатлел в нас совесть, и познание добра и зла сделал врожденным... мы знаем это от начала (от природы)»<sup>3</sup>. Отсюда вывод: существуют законы естественные и юридические. Последние суть законы, имеющие своим источником людей, и именно они являются наличным бытием права, которое как общее понятие в равной мере включает естественное право и позитивное право, обогащающие и дополняющие друг друга.

Как в позитивном, так и в естественно-правовом смысле право, будучи необходимым атрибутом гражданского общества, представляет собой живой, развивающийся организм. При исследовании этой парной категории необходимо, по нашему убеждению, исхо-

---

<sup>1</sup> Цит. по: Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. Пг., 1917. С. 48.

<sup>2</sup> Гегель В.Ф. Философия права. М.: Мысль, 1990. С. 62.

<sup>3</sup> Иже в святых отца нашего Иоанна архиепископа Константина града Златоустого избранные творения: Собр. поучений. В 2 кн. Кн. 2. М., 1993. С. 308, 309.

**В.Ф. ЯКОВЛЕВ:** Мне кажется, что Владимир Ильич попал в точку. Я внимательнейшим образом, несмотря на то, что было мало времени, прочитал то, что он написал. И мне это доставило, ну, просто большое удовольствие. Потому что это сделано профессионально, с глубоким пониманием предмета, и показано все это на хорошем историческом материале, в историческом масштабе.

Сама по себе идея рассмотреть правосудие, суд под углом зрения соотношения их с собственностью и властью мне кажется чрезвычайно ценной. Потому что мой собственный опыт судебной работы на протяжении 14 лет очень хорошо подтверждает необходимость исследования именно в этом плане. Потому что конфликты, которые суд разрешает, порождаются и разрешаются (или не разрешаются) именно в этой триаде: власть – собственность – суд. И Владимир Ильич очень хорошо показал, что исторически все это было соединено в одно, в одних руках, правда? Вот суверен – это власть, это – собственность, а это – суд. Вот ведь в чем дело... Вот вам история, через которую прошли все народы и все страны. А потом постепенно происходило разъединение, обособление. Обособление собственности от власти или власти от собственности и обособление суда. И, мне кажется, совершенство или несовершенство общественной структуры зависит от того, насколько эта триада правильно выстроена. Насколько они, с одной стороны, обособлены, а в этом существует крайняя необходимость, история тому учит, а с другой стороны, насколько правильно установлено соотношение между ними. Насколько обеспечен, так сказать, баланс. Причем этот баланс имеет много выражений. Если взять власть, если взять собственность, то, конечно, здесь баланс глубоких экономических интересов. Потому что собственность в наше время – это не только мелкая, индивидуальная собственность, которая служит удовлетворению индивидуальных потребностей, но это колossalная собственность, сосредоточенная в частных руках, но выполняющая, по существу, очень важные общественные функции. Отсюда социальные функции собственности. Отсюда социальное значение этих отношений. И вот если здесь баланс интересов не будет обеспечен, то собственность будет использоваться плохо. Она будет использоваться корыстно. Она будет обострять общественные интересы. Она будет порождать революционные ситуации. По существу, это, так сказать, неизбежно, так ведь? Это одно.

Второе – власть. Власть должна быть обособлена, конечно, от собственности. Только тогда она тоже может выполнять свою социальную функцию. И функция власти состоит как раз в том, чтобы обеспечивать опять-таки баланс социальных интересов работодателя и

работника, крупного и мелкого бизнеса, кредитора и заемщика, продавца и покупателя. Каким образом? Правовым регулированием. Государство должно помогать собственности выполнять ее социальную функцию, естественно, сохраняя ее как собственность, как частную собственность, сохраняя могучий интерес, заложенный в самом институте частной собственности.

Ну и, наконец, суд. Я боюсь, что баланс интересов и нормальное развитие общества – устойчивое, стабильное, без потрясений, без революций и по возможности без кризисов – возможны лишь при очень хорошо отработанном праве, при очень хорошем его применении, а следовательно, при хорошо поставленном правосудии. Правосудие должно быть мудрым, справедливым, честным, добросовестным, открытым, доступным и эффективным с точки зрения обеспечения интересов.

Так что, видите, эта тема, она выходит на какие-то такие...глубины общественных отношений, и я думаю, что именно сегодня ее обсуждение очень актуально, потому что в самом деле кризис потряс мир. Он погубил некоторые крупнейшие экономические структуры. Но самое главное, он обрачивается бедствием для людей, для массы людей. И это порождение частной собственности. Значит, действительно надо думать над тем, как выработать механизмы, не уничтожая частную собственность, которые тем не менее лишали бы ее возможности вот таким образом создавать весьма опасные ситуации для огромного количества людей. Вот здесь право – внутреннее право, международное право, право во всех его проявлениях, по всем его отраслям – должно сыграть свою роль. Мне кажется, что вот над этим действительно стоит работать.

Вот это и показал, по-моему, Владимир Ильич. Написал очень ярко и, по-моему, просто талантливо. Те рекомендации, которые содержатся в конце работы, я как практик, судья полностью поддерживаю. Когда я начинал судебную работу, когда мы создавали систему экономических судов, то мы еще не читали Владимира Ильича Лифтского, но исповедовали вот именно эти подходы: создать суд честный, профессиональный, открытый, справедливый, добросовестный. Что из этого получилось, судить, конечно, обществу. Я должен сказать, что, конечно, наша судебная система работала и продолжает работать в весьма трудных для нее, в весьма некомфортных условиях. Почему? Да потому, что начало создания нашей судебной системы пришлось на период, когда и власти эффективной в обществе не существовало, и частной собственности развитой тоже еще не было, она только зарождалась. Но всем хотелось иметь побольше собственности

**Л.В. ГОЛОВКО:** Я выскажусь по теме, которая мне также близка. Это состязательность. Очень хорошо, наверное, что мы сосредоточились на каком-то относительно узком аспекте, чтобы потом перейти к другим проблемам и чтобы каждый раз была какая-то завершенность дискуссии. Поэтому я не буду обсуждать все волнующие меня моменты, прозвучавшие в том числе и в замечательном выступлении Владимира Ильича.

Что касается состязательности, то хотелось бы обратить внимание через призму этого процессуального принципа на некую более глобальную проблему, потому что мы, наверное, собрались здесь не только для того, чтобы радоваться по поводу наших достижений, но прежде всего обращать внимание на просчеты и болевые моменты, на те деформации правовой системы, которые имеют место. Проблема с пониманием состязательности – характерный пример. Слабым местом, скажем так, всех постсоветских правовых систем является смешение правоприменительной деятельности и деятельности социальной. Здесь надо просто-напросто отдавать себе отчет, что собственно право не может решить все социальные проблемы. Более того, оно и не должно их решать (если не иметь, конечно, в виду право социального обеспечения как специальную отрасль права).

Вернемся к той же состязательности. В любом процессе всегда будет какая-то сторона, которая более слаба (технически, физически, материально). И безусловно, любое цивилизованное государство должно вести работу по социальной поддержке слабой стороны – малоимущих, несовершеннолетних, больных. Но должно оно вести такого рода социальную работу не теми методами, которыми она велась у нас всегда и которые для постсоветских государств, включая Россию, стали традиционными. Я имею в виду переложение социальной функции на правоприменителя. Социальная функция должна быть функцией не дополнительной для правоприменителя, а *специальной* – возложенной на иные органы и службы, которые должны создаваться и финансироваться государством. В этом смысле государство обязано создавать социальные службы, финансировать доступ к правосудию, финансировать юридическую помощь, причем финансировать опять-таки из бюджета, а не за счет адвокатов (возлагая на них дополнительное бремя и требуя от них некоего альтруизма).

Здесь должна иметь место определенная воля государства – сэкономив на каких-то очередных «потемкинских деревнях», истратить эти деньги на социальную помощь, в том числе слабой стороне процесса. И этим выравнять саму ситуацию: сделать ту же состязательность не формально провозглашенной, а социально достижимой. Вот

в принципе услуги оказывает населению. По большому счету, наверное, это так, но спрос велик, это правда. И почему наряду с этим падает доверие к суду как к институту? Только ли потому, что пропаганда куда-то не туда идет, хотя, наверное, как и во всем, у нас без перегибов не обходится и кампанейщины, но Иван Андреевич Крылов сказал давно, «нечего на зеркало-то пенять», на самом деле, как на первопричину. Все-таки, наверное, есть проблемы серьезные и изнутри.

И вот я бы хотел затронуть тему состязательности, без которой, ну, как обойтись практикующему юристу, адвокату, да еще и в том деле, которое было упомянуто? Вот в каком аспекте предложить обдумать: а всегда ли критерием слабой стороны является только материальный критерий, который упомянул уважаемый Владимир Ильич? С этим критерием, ну, хоть как-то понятно, что делать. Вот, например, Леонид Витальевич, на мой взгляд, очень правильно сказал о тех мерах, которые в принципе для преодоления этого социального неравенства должны осуществляться. Не для преодоления, а хотя бы для уменьшения разрыва, да? А вот, когда государство — сторона? А государство у нас вообще умеет быть стороной? А равноправной стороной оно умеет у нас быть, государство? В гражданском ли суде, допустим, в налоговом споре. В уголовном ли судопроизводстве, где оно является стороной преследующей. И равноправие сторон — это неотъемлемая часть принципа состязательности. И суд обязан помогать слабой стороне, будь то гражданский процесс, будь то уголовный.

Так вот, может быть, имеет смысл подумать и в этом направлении над принципом состязательности и практикой его реализации в нашем современном судопроизводстве. Потому что, к большому сожалению, состязаться представители государства, уполномоченные, выступающие от имени государства в наших судах, по большому счету не только не очень хотят, но и не очень умеют. И используется в качестве альтернативы этому другой ресурс, тот, о котором здесь тоже говорил уважаемый Владимир Ильич. А это такой смешанный, на мой взгляд, административно-коррупционный ресурс, потому что сегодня бандиту совсем необязательно идти к судье и оказывать на судью в каких-то формах давление. Ведь у нас сегодня есть вертикаль определенная, да, иногда с издержками. И воздействие на судью того же самого бандита может иметь место и не напрямую, а через каких-то доблестных представителей исполнительной власти, которые одновременно могут быть и бандитами. Примеров чего мы видим во множестве. Или как-то еще подобным образом. Ну, это реалии нашей жизни.

Поэтому, когда мы говорим об уровне коррупции во взаимосвязи со всей этой проблематикой, нам нужно помнить, наверное, что коррупция существует не только в прямых формах, когда конвертик несут судье или поросеночка, что, наверное, происходит не так часто, как описывали классики XIX века или как думают несведущие представители широкой общественности. И, если сопоставить вот это с той самой самоцензурой, которая здесь была уже упомянута, когда судья понимает, от кого он зависит реально в этой жизни. Просто как человек и как судья, занимающий эту должность судейскую. И когда еще к этому прибавить и сопоставить те источники формирования судейского корпуса, которые сегодня являются пре-валирующими. Ведь сегодня нельзя стать судьей практически, ну, почти нельзя. Есть исключения, подтверждающие правило, но сегодня нельзя стать судьей, если ты не следователь, прокурор либо не секретарь судебного заседания или помощник судьи. Ну, вот сколько адвокатов стали судьями, например, за последнее время, новейшее? Конечно, эта цифра такая, которая является исключением, а исключение, как мы знаем, только подтверждает правило. Может быть, в этом смысле не столько корпоративность судейского корпуса является проблемой, а сколько вот эта вся комплексная ситуация, которая и определяет тот уровень справедливости во многом, а значит и правосудия. А значит, и качества той услуги, если мы пользуемся этой терминологией, особенно в тех случаях, когда вот этой самой сильной стороной является государство, а соответственно любой другой участник судопроизводства, который против государства, по определению, становится стороной слабой. Это совершенно не зависит от его материального положения, уверяте. Вот никак не зависит!

Ну, и самое последнее: я предупредил, что это будут вопросы, рассуждения больше, чем ответы. Самое последнее, возвращаясь к ситуации, когда критерием слабой стороны является материальный критерий... Ну, вы знаете, к примеру, Андрея Рахмиловича, про Правительствующий сенат трудно что-то добавить. Только одно может быть, что, наверное, все коллеги-адвокаты, сидящие за этим столом, помнят в своей практике случаи дел, проведенных бесплатно. И наверное, другие, не сидящие за этим столом, тоже грешны такими делами в своей практике. Да, поэтому когда есть нормальное, правильное судопроизводство, правосудие, то материальный критерий может быть не таким острым. А когда вот еще и другие искажения добавляются, тогда и он становится очень критичным, безусловно, но иногда уступает другим. Спасибо.

ском процессе, в уголовном я не берусь судить. Может быть, в чем-то, но, по-моему, суд сейчас весьма определен в своих правах. У него есть и обязанности. Он должен организовать процесс. Он должен рассказать сторонам, кто в соответствии с законом что должен доказывать. Он должен оказать им содействие в истребовании доказательств. И он должен сам, на основании норм материального права, разрешить спор независимо от того, на какую норму закона стороны ссылаются. Это весьма эффективно, на мой взгляд, разумно распределены эти обязанности. Хотя опять, конечно, есть недостатки. Конечно, есть. Вот мы опять выбираем. Я думаю, что мы выбрали все же лучшее направление, тем более что о принципе состязательности написано в ст. 123 Конституции РФ.

Возвращаясь к тому, с чего Владимир Ильич начинал. О справедливости, о нравственности правосудия, о необходимости суда. Две есть мудрые вещи. Давным-давно было сказано: «Если бы люди были справедливее, судьи ушли бы на отдых». Но к сожалению, этого не происходит, и потребность в судах все возрастает и возрастает. А поскольку возрастает, я хочу напомнить вторую восточную мудрость. Говорили на Востоке давно: «Не дай Бог попасть к врачу или к судье, но очень хорошо, что они есть». Может быть, когда-нибудь или врач, или судья поможет. Я на это надеюсь. Спасибо.

**А.Г. ФЕДОТОВ:** Спасибо, Виктор Мартенианович. У меня родился совершенно крамольный, наверное, для адвоката и в чем-то непозволительный вопрос. Вот мы говорим о том, что есть плохие судебные решения, очень плохие судебные решения и совсем нехорошие судебные решения. И при этом, насколько я знаю, у нас нормы УК о заведомо незаконном возбуждении уголовного дела и вынесении заведомо неправосудного решения – мертвые. Так у меня вопрос к коллегам: а не пора ли их сделать живыми?

**В.М. ЖУЙКОВ:** Для меня это больной вопрос. Заведомо неправосудные решения! Я просто участвовал в рассмотрении некоторых уголовных дел, когда работал в суде. В Президиуме Верховного Суда. Доходили эти дела. Рассматривали дела о привлечении судей к уголовной ответственности. Вы понимаете? Ведь надо доказать, что он знал, что выносит заведомо незаконное решение. Доказать! Понимаете, судья дал согласие на возбуждение уголовного дела и вынес решение, которое было отменено.

**А.В. РОЗЕНЦВАЙГ:** Ну, так отмена сама по себе ничего не означает.

решения, он увольняет и назначает, он продает и покупает. Но формально он скрыт за оффшорными счетами, и его на собрании акционеров представляет юрист. Приходит юрист с восемью довереностями, потому что нужно, чтобы было меньше 10% каждой, и предъявляет 75 плюс 1% владения, т.е. полный контроль. Простой пример: они все зарубежные, в ряде крупных компаний я знаю прямых собственников, которые являются не президентами, а советниками президента, они спрятались таким образом. Этот «квазискрытый» собственник – это совершенно другой менталитет, другое целеполагание, в образцах из ангlosаксонской ли, континентальной ли систем при нашей приватизации.

Возвращаясь к экономистам, напомню, что если у вас другая правовая система, другое целеполагание собственника, другой *Corporate Governance*, не *Corporate Management*, а *Corporate Governance*, у нас в России при переводе это перепутали, и нужно быть очень осторожным, потому что экономисты в этом запутались... Заметим, что, если экономист подчеркивает корпоративное управление, он тем самым – вольно или невольно – прячет проблемы собственности и корпоративного контроля от изучения.

Тип *Corporate Governance* определяет, кто на самом деле владеет, зачем владеет, что он с этим делает, – в этом проблема. Российской гибрид дает «квазискрытого» собственника, это для крупной собственности ключевой момент – он так спрячется от властей. Мы знаем несколько случаев, когда предпринимались экстраординарные усилия на уровне всего государства, чтобы отнять собственность у одного, чтобы потом спрятать.

Второе. При системном перевороте собственности возникает проблема скорости и качества передачи прав. Но это ложная проблема, это тоже способ прикрытия отсутствия целеполагания и методов достижения реальных целей. Если приватизация не решает ключевых проблем, то скорость не помогает. Приватизация может быть прагматической, но вы не можете полностью проигнорировать социальные факторы, потому что у вас потом возникает проблема легитимности, люди ее не принимают, если их обманули или они верят, что их обманули.

Одна из причин слабости прав собственности – кто и зачем эту собственность раздавал. Существует работа 2000-го года, делали двое экономистов из Европы, которые много работали в России, она называется «макиавелевская приватизация». Сделана на опыте шести приватизаций, но там нет российской. Если у вас есть первое ощущение: «макиавелиевская приватизация» – это наша, но нет. Очень интересно: там взяты две чилийские, две французские, одна чешская

и английская. Почему приватизации эти макиавеллевские? Они проводились политическими партиями правительства в интересах собственных сторонников и собственного избирателя под выборы со сложной системой преференций для своего избирателя. В этом смысле они макиавеллевские. Пять успешных, и только французы один раз не проголосовали за тех, кто давал им собственность, кто их подкармливал, остальные проголосовали, как было задумано.

Есть понятие бизнес-цикла, когда правительство накачивает деньги перед кризисом, создает отложенную инфляцию, так называемый бизнес-цикл с политическими причинами. Это то же самое, что и у нас. Про российскую приватизацию писали люди, которые работали над российской приватизацией, у них есть работа по этой тематике, и они не включили Россию в модель, потому что ее невозможно включить. Выясняется, что правительство действовало против интересов своего избирателя. Тот избиратель, который мог поддержать то прорыночное правительство, не получил ничего при приватизации. Принципиально важно, что она была проведена против интересов потенциального среднего класса и интеллигенции, которые поддерживали рыночные и демократические преобразования.

Единственное, за что в теории как-то можно зацепиться при проведении приватизации: а каковы ее цели? Цели правительства обычно очень просты: большинство приватизаций, особенно латиноамериканские в 90-х годах: сокращение расходов на убыточные госкорпорации, доходы в бюджет. Это 30–50 миллиардов долларов выручки в бюджет в ведущих странах. Напомню, что вся российская приватизация в размере 50 тысяч предприятий принесла валовой выручки 7 или 8 миллиардов долларов, по официальной статистике, при пересчете тех рублей по тому курсу. Чтобы совсем было понятно господам юристам, а также наблюдателям из-за рубежа, доходы российского правительства от приватизации меньше расходов российского правительства на содержание Министерства приватизации за тот период. Это было убыточное мероприятие для Минфина! При этом Бразилия и Аргентина продали всего по 20–30 предприятий.

Итак, первая цель была – это избавиться от неэффективных госкомпаний, которые приносят убытки в бюджет, т.е. освободить бюджет, такая непосредственная цель Минфина – избавиться от расходов. Вторая цель – поднять эффективность. Госкорпорации всегда обрастают охранниками, племянниками, но это общеизвестно, и поэтому эффективность очень низкая, хотя если брать системные большие приватизации, пускай в Латинской Америке, телефонизация прошла замечательно, очень хороший результат приватизации, элек-

нить блокирующий пакет «25+1», потому что это делает контрольным пакет в 75%. В результате у нас на бирже теоретически не обращается больше 20% акций. Если в западных крупных компаниях контрольный пакет – 5, 7, 10%, – американская статистика фиксирует полный контроль при 10%. У нас меньше 75% – это не контроль, ты все время связан, и весь подъем двухтысячных годов связан с тем, что крупные компании занимались выкупом, чтобы набрать 75%, потому что, перепродавая между офшорами наши компании, вы должны были продать 75%. Поэтому все эти наши большие поглощения двухтысячных годов – это, во-первых, офшорные операции, деньги не приходили в страну; во-вторых, это обязательно 75%, так как продать можно только полный контроль, иначе это бессмысленно.

Дальше существует теория дискретных альтернатив. Вот какая же была альтернатива в начале российской приватизации? Реальной угрозой была альтернатива югославская, т.е. раздача предприятий народу, и с этим боролись. Действительно было тяжело, и был выбор практически между раздачей и обычной приватизацией. Последняя болезненна, мучительна, каждый второй министр приватизации идет в тюрьму и три из четырех заместителей министра должны идти в тюрьму, потому что что-то у них будет не так, политические карьеры рушатся, т.е. сумасшедший дом какой-то. Третья альтернатива – ваучерная. Она совершенно искусственная, она применена всего в нескольких странах, это точно зигзаг с магистрали; с 1995 года, поэкспериментировав на нас, ее больше никто и нигде не применяет. Это полностью зигзаг истории.

Приватизация – это всегда грязь, огромный доход «не тех» и мучения, альтернатива – раздать народу, но понятно, что это не работает. Основная борьба была с этой основной альтернативой. Но вместо этого, чтобы бороться, как-то мучиться с этой альтернативой, придумали третью, но этой третьей, ваучерной, не существовало ранее как системной приватизации. В докладе Мирового банка 1995 года (ссылка у меня есть в работе) была дана табличка, кто как проводил приватизацию. В ваучерных списках есть Эстония, Монголия и другие страны, а есть колонка инсайдерских приватизаций, и вот там стоит Россия. Уже в 1995 году Мировой банк признал нас инсайдерными, а не ваучерными, и объясню почему.

Сотрудники Мирового банка правильно понимали нереалистичность ваучерной приватизации: они хорошие специалисты, и они были против ваучерной приватизации. И в июле 1992 года была опубликована книжка Джона Неллиса с Кикери. Он, Неллис, – классный специалист, и совместно было написано в конце («фишка» привати-

зации, инструкция такая Мирового банка): а вот появились идеи ваучерных и массовых, и это все от лукавого, осторожнее с этим, там такие-то и такие-то проблемы. Вот буквально в конце приписано полстранички. А в декабре 1992 года Чубайс выпрашивает займы на приватизацию: 90 миллионов – у Мирового банка, 40 миллионов – у ЕБРД. В тексте займа на приватизацию ни слова об институтах, ни слова о хозяевах, ни слова о контроле, только быстро – и ваучер.

Мировой банк принимает на себя ответственность за это дело. Все эти специалисты в Мировом банке, которые считают это ерундой, прячутся на 4–5 лет, и, как только начинается разборка материала, уже в 1995 году в тексте Мирового банка появляется: «Россия – это инсайдерская приватизация». Но инсайдерская – это совсем другая вещь и в мире считается приговором!

Что такое инсайдерская приватизация? Это и есть, когда передали не вполне легитимно, очень дешево, дали пограбить, захватить. У директоров было право распоряжения и пользования, и наконец им дали получить и право владения, замкнули пучок. Потом вы не уверены, вы получаете на каких-то очень сомнительных основаниях имущество, и вы боитесь. И после чего собственник, тот, кто получил это, первое, что он делает, – это прячет собственность за границу, прячется за оффшор.

Во-вторых, на всякий случай грабит все, что можно, и выделяет какие-то дополнительные заначки: в дупло туда, в дупло туда... Каймановы, Германия, квартиры в Париже. Это еще надежнее, квартира в Париже – это всегда хорошо. Значит, он это прячет, ликвидность прячет. Он ничего не делает, он не инвестирует, а мы удивляемся, что у нас в девяностые годы не было роста. Но мы ведь поставили новых собственников в идиотское положение, когда, если он начинает инвестировать из доходов предприятия, он становится объектом рейдерства. И этот процесс все никак не может остановиться, потому что если в обществе нет признания легитимности крупной собственности, то государство уже тут как тут.

У нас нет партий, которые за национализацию. Коммунисты полностью готовы жить с этим. У нас нет этой проблемы, это чисто гипотетическая борьба, если бы не желание использовать нелегитимность для захвата новыми индивидами. Нет никакого движения за пересмотр приватизации по большому счету, но при опросе все говорят так: «А вот если есть такой шанс, то мы с удовольствием, мы готовы», хотя никто не рискнет сам, без прикрытия, рискнуть. Новые собственники всегда проходят стадию баронов-грабителей, помните, тоже классика... Потом они становятся стационарными бандитами, но сло-

этого произошла и другая трансформация, когда государственная социалистическая собственность, оставшись государственной, перестала быть социалистической и превратилась в другую своеобразную форму собственности, которая осталась государственной, но непонятно, является ли она при этом частной капиталистической – я имею в виду по формам, способам и правилам своего функционирования – или какой-то другой? Потому что законодательство у нас устанавливает, что есть собственность государственная и есть частная, не раскрывая различий или общности.

В результате тех изменений, о которых я говорил, в целом система отношений собственности создалась совершенно иная, чем была ранее. И мы оказались в ситуации, совершенно противоположной той, которая была в социалистический период страны. На сегодня государство является крупнейшим собственником, и при этом собственником не только в смысле держателя казны и распорядителя бюджета, но и, как известно, собственником, который (это, кстати, вопрос к экономистам в том числе) является владельцем частных компаний, акционерных обществ или того, что называется (я вообще не понимаю, что это такое) государственными корпорациями.

Хотелось бы понять, какой у нас получается расклад в смысле отношений собственности, и в смысле рыночных отношений, и в смысле равенства участников этих отношений. Если, например, на одном и том же рынке действует просто коммерческая компания, а рядом с ней действует тоже коммерческая акционерная компания, но которая на сто процентов принадлежит государству? У нас эта ситуация в общем-то присутствует и надо ее, как минимум, фиксировать, как максимум, анализировать.

У нас произошли процессы приватизации, появился частный собственник, в том числе крупный. Про многих таких собственников говорят, что они получили собственность несправедливо. И тут же эта несправедливость превращается в нелегитимность, такой незаметный переход. Несправедливо полученная и нелегитимная частная собственность, хотя связка здесь неявная и тут есть вопросы. Но у нас и государственная собственность стала другой. И из-за этого система отношений собственности в целом – ну, она очень оригинальная, скажем так. Мне даже трудно... Я не большой специалист, экономисты меня просветят, но складывается такая система, где отношения собственности таковы, что есть крупнейший собственник – государство, которое одновременно, понятно, наделено властью и присущими у него полномочиями и возможностями, есть крупный бизнес, с которым государство вдруг оказывается на одном рынке даже,

даже рынке, есть госкорпорации, через которые бюджетные деньги превращаются в, строго говоря, частную собственность юридического лица – госкорпорации (которая при этом согласно закону, как это ни странно, является некоммерческой организацией, что само по себе требует некоего разъяснения). Это крайне странная система отношений собственности.

И, когда мы говорим об этих проблемах, дело не только в том, что какие-то официальные лица, которые имеют доступ к власти, получают возможность, что называется, прирастить свое благосостояние. Дело совершенно не в этом! Дело в том, что это начало складываться в совершенно легальные институты. Когда государственная собственность помимо формально провозглашенной приватизации, например путем тех же госкорпораций, де-факто превращается в собственность частную. Даже формально. То есть, не говоря о том, о чем говорил Леонид Маркович: о квазискрытом собственнике. Нет, это вообще официально, легально – вот были бюджетные деньги, стали небюджетные.

**М.А. СУББОТИН:** Это уже «квазиоткрытое»...

**А.Г. ФЕДОТОВ:** Да, вот Михаил Александрович мне подсказывает, что это «квазиоткрытое». И таким образом эти отношения получают совершенно легальную оболочку и становятся легальным юридическим институтом. Ну, наверное, как-то надо этому давать оценку.

И кроме того, прошлая система отношений собственности характеризовалась еще следующим: при социализме, строго говоря, не было никаких общественно-экономических условий для того, чтобы собственность, особенно крупная, неким образом перераспределялась, поскольку существовали ограничения. То есть существовала система: была государственная социалистическая собственность государства, была собственность колхозов и общественных организаций, эта собственность использовалась в непотребительских целях и в размерах не ограничивалась, все остальные субъекты права в этом были ограничены, в смысле порядка пользования и размера собственности. Когда такая ситуация перестала существовать, вдруг выяснилось, что совершенно другие правила начали действовать между собственниками. И когда есть большой собственник – государство и куча других, в том числе крупных, собственников, вдруг возникают процессы так называемого перераспределения собственности, которые часто называют «деприватизацией».

Но я не знаю, насколько корректно так называть эти процессы, я бы назвал это насильственной сменой собственника с использованием государственных институтов. Почему? Потому что очень часто в результате тех отношений, которые называются деприватизацией, в качестве собственника и субъекта собственности появляется не государство, а другие частные лица. Вопрос: а в чем здесь деприватизация? Насильственная смена собственника – да, с использованием государственного института – да, а причем здесь деприватизация? Государство здесь совершенно не оказалось собственником в конце концов. Я уже не говорю о том, что очень часто собственность, которая формально провозглашается государственной, де-факто используется в интересах конкретных частных лиц, групп лиц и, скажем так, других, не вполне государственных бенефициаров.

Проблема в том, что вот этот передел собственности, о котором мы говорим, когда происходит насильственная смена собственника с использованием государственных институтов, будь то правоохранительные органы, суд или даже путем процедуры легального банкротства, эти все процессы не находят отражения в праве. Не понятно, как они – должны отражаться, не должны отражаться? У нас вот приняли вроде бы неплохой гражданский кодекс. Да? Но получается, что у нас писаное право есть, а реальные отношения складываются совершенно иные. И у нас в отношении защиты прав собственности, которая провозглашена, существует очевидный разрыв между формальным провозглашением гарантий права собственности и тем, как они реально осуществляются.

Вот о чем, например, Вадим Владимирович говорил: что если в суде на одной стороне вы, на другой – государство, то скорее всего вам будет не очень уютно. Потому что здесь, к сожалению, власть, соединенная с собственностью, она в суде отстаивает свои права намного эффективнее, скажем так. И кроме того, эта тенденция, на мой взгляд, вообще очевидна: реальная защита прав собственности у нас идет именно по пути смыкания собственности и власти. То есть тот, у кого нет такой связки, либо постоянной, институциональной, в качестве родственных связей, неважно, либо разово в виде взятки, тот имеет лишь формальные гарантии своего права собственности. Тот, кто эту связку имеет, оказывается, имеет преимущество и реально защищает свое право собственности. Тот, у кого этой связки нет, очень часто оказывается без собственности. Он ее утрачивает.

В этом смысле, как мне кажется, очевидными являются такие проявляющиеся у нас тенденции в отношениях собственности: это, как я уже сказал, формальный, но не гарантированный характер защиты

частного права собственности тех собственников, которые не имеют связи с властью; далее, насильственная, с использованием государственных институтов смена субъектов частной собственности, что происходит постоянно; и использование государственной собственности в качестве собственности де-факто частной, когда, не будучи формально частной, она на самом деле используется в интересах, явных или неявных, легальных или нелегальных бенефициаров.

Тут надо что еще сказать. Очень печально, что эти процессы насильственной смены собственника очень часто проходят под лозунгом несправедливой приватизации. То есть приводится объяснение: раз собственники приобрели это имущество, скажем так, не вполне справедливо, то ее так же несправедливо можно отобрать. Я вот пытался понять, как к этому относятся экономисты, насколько это объективно, или это некая просто ширма, которая якобы объясняет эти процессы, но, наверное, это вопрос для обсуждения. Причем, что характерно, когда речь идет о несправедливой приватизации и «справедливой» деприватизации, и там и там государство выступает в качестве основного субъекта и очень комфортно себя чувствует и при этом вроде как не должно нести за это никакой ответственности.

Вениамин Федорович правильно говорил, что соотношение власти, собственности и судов – оно всегда являлось центральным вопросом любого общества, на любой стадии развития. Но, на мой взгляд, нам, для того чтобы понять, в какой системе отношений собственности мы живем, кроме того, чтобы разбираться с частной собственностью, все-таки надо дать ответ на то, а какова же у нас государственная собственность. То есть является ли она собственностью государственной в том смысле, что она обслуживает интересы исключительно государства, все остальные тогда должны быть просто лицами, пополняющими карман государства в смысле бюджета, и на другие процессы, даже в смысле контроля, никак не влиять. Тогда мы понимаем: это одна модель, один механизм. Если мы говорим о том, что государство должно использоваться все-таки как некий представитель народа, а мы все-таки по Конституции социальное государство и должны использовать эту государственную собственность в интересах всего населения, это совершенно другая модель государственной собственности. Если мы говорим, что это та модель, о которой я уже упоминал, когда она де-юре государственная, а де-факто используется в интересах частных лиц или групп частных лиц, мы имеем третью модель государственной собственности. На мой взгляд, может быть субъективный, у нас, к сожалению, одновременно существуют все три модели. Может быть, я и не прав, меня поправят, но у меня такое

крупного муниципального образования, который на своей шкуре хорошо все это почувствовал, то, о чем мы сейчас говорим. С другой стороны, весь сегодняшний день я склоняюсь в пользу другого поворота по той причине, что, на мой взгляд, эта проблема, которая сейчас обсуждалась, при всей ее несомненной остроте и актуальности, она все-таки требует хоть и незамедлительных, но терапевтических мер. Я хотел бы поговорить о мерах, которые требуют вмешательства медицины катастроф, о чем уже делал анонс в первой части нашей работы.

Я с большим интересом прочитал материалы, подготовленные к этому столу, и нашел в них такие слова, которые отзывались во всех глубинах интеллектуального, волевого, эмоционального моих аспектов. Слова о том, что стабильность гражданского оборота – это мега-принцип, от которого все должно строиться. Поэтому я полагаю, что скажу сейчас, может быть, вещь крамольную, но не единственную крамольную, что утешает. При всех дырах, пробелах и противоречиях нашего действующего законодательства, если представить себе в какой-то розовой мечте, что его дух, подчеркиваю, дух и буква соблюдались бы на стадии правоприменения, мы бы не страдали так, как мы страдаем сейчас. Самое главное, что не страдали бы люди, и судьбы их не ломались и жизни.

К сожалению, наша правоприменительная практика, мы просто не любим об этом говорить, но она тиражируется, и это дополнительная проблема. Она тиражируется со скоростью и в масштабах лавины. И сегодня она касается одного, двух, пяти человек, завтра она касается пятисот, послезавтра она касается всех.

Те технологии, которые были применены в деле «ЮКОСа», задействованы не только в этом деле, они уже широко растиражированы и применяются при рейдерских захватах с использованием административно-силового ресурса и к мелкому, и к среднему бизнесу. То есть это стало проблемой в буквальном смысле всех и каждого. Даже сама по себе постановка вопроса о том, что в каких-то там благих целях возможно было такое, с позволения сказать, «правоприменительное исключение в назидание другим», как дело «ЮКОСа» (а такие допущения у нас, к сожалению, делаются и на государственном уровне, не встречая возражений и отпора даже в юридическом сообществе!), – это подход кощунственный с правовой точки зрения. Но сегодня это уже и не исключение. Точнее, это исключение, которое становится правилом. И в этой связи о какой стабильности гражданского оборота, а значит, права собственности мы можем говорить при таком положении дел? Поэтому я просто хотел проиллюстрировать участникам нашего круглого стола и авто-

рам будущей монографии в более или менее обобщенном виде то, что мы, собственно, имеем в виду, когда говорим о грубейших нарушениях и закона, и стабильности гражданского оборота. Потому что до тех пор, пока юридическая элита будет интеллигентно делать вид, что она не знает об этих проблемах, все будет становиться еще катастрофичнее. Что я имею в виду?

Ну, во-первых, то, что называется избирательностью. Попросту говоря, трансферные цены. Есть такое расхожее мнение: Ходорковский нарушал то же самое, что нарушали тогда все. Неправда. Неправда не в том, что Ходорковский делал то же самое, что делали все, а правда в том, что это делают и сейчас все, включая крупнейшие государственные монополии. И вторая правда в том, что это законно. В этом нет никакого нарушения. Это почему-то сочли налоговым нарушением (сначала административным, а затем и уголовным) только для одной компании, для конкретных людей. А теперь пошли еще дальше и сказали, что это уже не налоговое преступление, за которое люди уже осуждены и приговор вступил в законную силу, теперь это же самое стало хищением всей продукции — той самой, налоги с которой то ли не уплачены, то ли недоплачены. Вот такая цепочка. Что будет следующее? Это к вопросу не только о стабильности гражданского оборота вообще и результатов приватизации в частности.

Дальше. У нас в процессе такая вот вещь происходит. Берется одна вывеска, например «общее собрание акционеров» или «совет директоров». Меняется вывеска, становится «организованная группа». Решение собрания акционеров становится решением организованной группы. Решение совета директоров становится решением организованной группы. Мы говорим: «Уважаемое государственное обвинение, объясните нам, пожалуйста, вот это решение приняла организованная группа или уставный орган управления в соответствии со своими полномочиями?» Нам обвинение говорит: «Все вы понимаете». На этом основании обвинение говорит, что организованная группа решила все похитить. Что под этим имеется в виду? Имеется в виду, что десять лет назад было решение общего собрания акционеров или совета директоров об одобрении сделок о купле-продаже нефти. Теперь эти действия названы преступными. Я ничего не придумываю. Это тоже о стабильности гражданского оборота и права собственности...

Теперь что происходит в уголовном праве с гражданским правом. У нас, если мне не изменяет память, в 1997 году была принята то ли в первом, то ли во втором чтении редакция УПК, по которой все сомнения не только в доказанности вины, но и в толковании законов

должны толковаться в пользу обвиняемого. В ныне действующей версии Уголовно-процессуального кодекса эта оговорка куда-то делась. Поэтому у нас теперь в уголовном процессе делать можно все, что угодно с другими отраслями права. Включать, выключать, толковать, как нравится.

Вот у нас сделки, не только никем не признанные порочными, даже не оспарившиеся никогда и никем, и сроки все давно прошли. Возмездные сделки. Масштаб возмездности по этим сделкам многомиллиардный. Как это ни странно звучит, такая возмездная сделка является предметом разбирательства в уголовном деле как способ хищения. То есть сделка – поощряемое законом действие – влечет уголовное обвинение.

Такие многомиллиардные сделки обвинение называет безвозмездными, потому что иначе нельзя предъявить обвинение в хищении, ведь хищение – это безвозмездное деяние. И основывается обвинение при этом на разъяснениях Верховного Суда, 2007 год, декабрь. Понятно, что, наверное, Верховный Суд не это имел в виду. Но как может высший судебный орган страны, осуществляя конституционные полномочия по анализу, обобщению и выработке рекомендаций для судебной практики, писать такие вещи, что «неравноценное – это хищение»? Гражданский кодекс говорит: как стороны договорились, так и равноценно, потому что им это выгодно. «Нет, – говорит следователь Х. – Я, следователь Х, считаю, что этой стороне это было невыгодно, и поэтому я тебе, другая сторона, предъявляю обвинение в хищении!» Это правоприменительная практика России XXI века.

Эта практика существует уже далеко не в одном деле по обвинению Ходорковского и Лебедева и иже с ними. Она становится все более распространенной. И страшно, что она распространяется на уже исполненные сделки. Не на мошенничество даже, всякие «Социальные инициативы», которые заведомо одну и ту же квартиру продавали пятерым, или те цыгане-мошенники, которые куклой бумажной расплачиваются, – это оставляем в стороне. Сделка исполнена, стороны ею довольны, стороны ее много лет назад совершили. Потом приходят правоохранительные органы и говорят: «Безвозмездное изъятие, завладение, обращение» и потом еще и «отмывание». Отмывание – это тоже те же самые сделки. Потому что нефть имеет свойство течь по трубе и в это время продаваться много-много раз, то есть права по договору могут передаваться несколько десятков раз, пока нефть по трубе течет от производителя к потребителю конечному. Она не меняет свое местонахождение, ее не перегружают эти десять покупателей. Но каждый из них становится собственником. Вот первая продажа –

та директоров, главный исполнительный директор корпорации *Exxon Mobil* Рекс Тиллерсон заявил, что для улучшения инвестиционного климата в энергетическом секторе РФ необходимо «улучшение работы судебной системы и судов», и добавил: «Сегодня нет доверия к существующей в стране судебной системе»<sup>1</sup>. Я, честно говоря, от иностранца таких слов давно не слышал.

Сегодня тут уже много говорили, в частности тот же Григорьев, что иностранный бизнес очень многое может делать в России. И что у нас иностранному инвестору лучше, чем в Индии... Я не буду напоминать про международные опросы относительно делового климата в разных странах – я уже говорил на нашем первом круглом столе о том, что по подавляющему большинству опросов Россия плетется в хвосте в мире. Я как-то уже цитировал главу «Шелл», который уже перешел, я бы сказал, на довольно издевательский тон. В главной государственной газете страны – в «Российской газете», давая большое интервью, он говорил примерно следующее: «У меня такое ощущение, когда я разговариваю со своими коллегами, что в России действительно можно делать бизнес, если это не касается сырьевых отраслей. Поэтому тем, кто занимается производством мороженого, – welcome to Russia!»<sup>2</sup>

Недавно был очередной опрос среди наших предприятий. Чего они хотят прежде всего в условиях нарастающего кризиса? Оказалось, что субсидий, снижения налогов и неукрепления курса рубля... Можно трактовать это как ограниченность и стремление к патернализму государства, а можно и по-другому: отечественный бизнес выучил урок с «ЮКОСом» и больше не поднимает вопросы про правосудие или право собственности. Мне кажется, что произошел очень серьезный перелом в сознании, когда, с одной стороны, бизнес не поднимает этот вопрос, а с другой стороны – он голосует ногами. В таких условиях преодолевать кризис будет некому.

Когда мы сегодня столкнулись с проблемой экономического кризиса, это надо иметь в виду, потому что нам все время говорят, что «экономисты не предусмотрели», «элиты не ожидали»... Подождите! Что, кто-нибудь говорил, что государственные компании эффективны или они создают нормальную конкурентную среду? Или что привлечение прямых иностранных инвестиций – это вредно для экономики? Это что, кто-то из вменяемых экономистов говорил? Поэтому когда мы обсуждаем кризис, то нужно иметь в виду, что мы вошли в

---

<sup>1</sup> Агентство «Росбалт». 2008. 6 июля (<http://www.rosbalt.ru/print/492228.html>).

<sup>2</sup> Российская Бизнес-газета. 2008. 10 июня. № 657.

воохранительные органы трогать), сама система оказывается не способна самоочищаться в том смысле, чтобы отменять незаконные решения или не принимать их, ведет к тому, что начинают со стороны появляться эти запускаемые в легальный оборот идеи, что вообще судебное решение – это ничто. Оно элемент чего-то незаконного. И, понимаете, у нас вот это противоречие оставляет непонятную тропинку между пропастями. С одной стороны – рейдерство, а с другой стороны, судебное решение – ничто. И нам надо как-то двигаться, чтобы ни туда, ни туда не свалиться.

Я еще раз возвращаюсь: если судебная система сама не будет решать эти проблемы (потому что некому больше их решить), то начнутся вот такие истории со стороны, когда все будут говорить: да что вы смотрите на это судебное решение? Оно – элемент незаконной схемы! Но оно все-таки последняя констатация в юридической сфере! Если спорная – обжалуйте в применимой процедуре.

Если такие схемки дают, не поясняя, что это незаконные решения, то и дальше будет в голову вбиваться идея, что судебное решение может быть частью рейдерского захвата. Понимаете? И куда мы движемся?

Причем эта ситуация усугубляется проблемами с обратной связью. Я сейчас прошу прощения, если кого-то из судейского корпуса обзываю, но это же совершенно показательная история. Вот я буквально недавно разговаривал с одной уважаемой дамой, она опытный, известный судья. У нас произошел разговор. Какой разговор? Она говорит: «А в суде нет коррупции». Я сижу, молчу. Причем мы обсуждали высказывание о коррупции не мое, прошу прощения, Президента. Он заявил, что есть в суде коррупция. «Нет, в суде коррупции нет. Пока вот в отношении каждого конкретного, кто в этом подозревается, не докажут в установленном законом порядке, нет коррупции». Вот вопрос: если судейское сообщество будет занимать такую позицию и отказываться вообще (я не призываю каяться, сыпать пепел на голову), но если судейское сообщество будет даже внутри себя отказываться обсуждать и признавать эти проблемы, мы никуда не сдвинемся, потому что, к сожалению или к счастью, судейское сообщество может себя лечить и исправлять только изнутри. Потому что будет глупо, если кто-то начнет ему навязывать это извне, тем более о какой тогда независимости судебной власти мы будем говорить. Но нам надо начать с признания проблем. Иначе, я еще раз говорю, если судейское сообщество не будет это признавать, значит, сторонние лица будут говорить: судебное решение – это законный элемент незаконных действий. И поэтому его можно игнорировать. А это все, это смерть судебной власти, на мой взгляд.

**Т.Г. МОРЩАКОВА:** Одно слово хочу сказать. Мы невольно вернулись к той теме, с которой сегодня начинали. Я почему просила, чтобы все посмотрели этот доклад? Мне показался он очень опасным, и он как раз обнаруживает другую тенденцию в отличие от той, которую мы хотели бы устраниТЬ: он, наоборот, основан на том, чтобы просто отрицать гражданско-правовые сделки, правомерные действия без всякого основания и судебные акты. Но сейчас я только потому хотела пол слова сказать, что не хочу, чтобы мы все забывали и о широком подходе к понятию коррупции. Я, конечно, Андрея Геннадьевича не подозреваю в том, что он это забывает. Но когда он говорит о самоочищении в судейском корпусе, то все-таки на первое место хотелось бы поставить не ту задачу, о которой говорил некогда наш главный марксистский классик: освобождаться от собственных негодяев. Когда мы говорим о необходимости определенного уважения к суду и судебному решению, я думаю, что нужно на первое место ставить устранение неверных отношений между властью и судами. В конце концов эти незаконные, неправосудные судебные акты либо куплены, что тоже является собой абсолютно явный состав преступления, либо являются каким-то другим должностным злоупотреблением, в чьих-то интересах осуществленным судьей, и это мешает независимому суду и самостоятельной судебной власти, то есть им мешает включенность в процесс принятия каких-то властных решений или использование судов для того, чтобы обеспечить принятие решений, выгодных лично отдельным представителям власти либо соответствующих какому-то общему курсу. Поэтому идея самоочищения не очень меня вдохновляет.

На нашем утреннем заседании прозвучало еще по отношению к суду какое-то нравственное поучение — судья должен быть честным, замечательным, прекрасным, отвечать всяким требованиям, какие у нас есть вообще в нашем представлении относительно идеального образа судьи. Нет, дорогие коллеги, давайте не будем взывать к нравственности. Давайте все-таки будем взывать к формированию институтов и норм, потому что нельзя рассчитывать на героизм.

Да, правильно сегодня говорили: сидит внутри каждого судьи самоцензура, но почему, чем она вызвана? Совсем не такими явлениями, которые могут представлять собой взятки. Не под взяточника подстраивается судья, когда сам себя подвергает цензуре, а под все, что может грозить ему за его поведение со стороны власти. И если только станем основной упор делать на то, что судьи должны быть героями, должны быть высоконравственными, во-первых, мы никуда не продвинемся, хотя я совершенно не отрицаю эти качества, но они

являются, как правило, результатом тех механизмов, которые, для того чтобы такой судебский корпус существовал в стране, должны создаваться.

С этой точки зрения мне было более обидно в этом докладе (о рейдерстве, я имею в виду) именно то, что судебные решения представлены как часть преступной схемы, без какого бы то ни было доказательства того, что именно такими они намеренно являлись по сути. То есть на самом деле если мы, следя авторам этого доклада, отрицаем значение судебного решения, то нам не о чем говорить. Если суда нет, значит, мы живем действительно по бандитским законам и будем продолжать так жить – по понятиям. Вот только про это мне хотелось бы сказать.

**А.Г. ФЕДОТОВ:** Тамара Георгиевна, я хотел уточнить, возможно, я не точно выразился. Имея в виду самоочищение судебной системы, я в самую последнюю очередь имел в виду какую-то кадровую чистку. Я имел в виду, что если судебная система не работает эффективно как система, которая сама исправляет свои собственные ошибки, прежде всего в виде решений, и это набирает некую критическую массу, начинают появляться и требования пустить в легальный оборот вот эту идею: да, оно есть судебное решение, но оно часть преступной схемы. Я вот что имел в виду прежде всего. Хотя, конечно, если судья принимает откровенно неправосудные решения, я еще раз прошу прощения, что я как адвокат это напоминаю, но у нас нормы о заведомо неправосудном решении и незаконном привлечении к уголовной ответственности мертвые. Несмотря на самые одиозные случаи, особенно в правоохранительной системе.

**В.И. ЛАФИТСКИЙ:** Позвольте, поскольку здесь Вы упомянули мой доклад, позвольте не согласиться с такой оценкой. Я все-таки считаю, что нравственность, самосовершенствование судей необходимы. Никакие институты, ничего нам...

**Т.Г. МОРЩАКОВА:** Откуда она возьмется, если институтов нет?

**В.И. ЛАФИТСКИЙ:** Ну хорошо, хорошо. Вот вопрос такой: сейчас во всех кабинетах судей висят портреты Президента Российской Федерации. Но разве это помогает правосудию?

**Т.Г. МОРЩАКОВА:** Нет, мешает.

**В.И. ЛАФИТСКИЙ:** Мешает, правильно. Но если там держать Библию или Коран в зависимости от религиозного вероисповедания, это поможет.

**Т.Г. МОРЩАКОВА:** Почему Конституцию не держать? Европейскую конвенцию почему не держать?

**В.И. ЛАФИТСКИЙ:** Нет, нет, это разные вещи. Это не обеспечивает нравственное самосовершенствование личности в отличие от священных писаний. Например, в США человек глубоко верующий имеет больше шансов быть избранным судьей. Если обо мне лично, то я готов свою судьбу отдать в руки скорее человеку, который верует, чем просто тому, у кого будет висеть портрет Президента либо рядом лежать Конституция для вида, но не более того.

**Т.Г. МОРЩАКОВА:** В Конституцию тоже можно веровать, на самом деле это не самая плохая «Библия». Это во-первых. А во-вторых, как Вы как избиратель будете проверять подлинность того, что судья верует? Как вы можете это проверить? Естественно, существуют некие нравственные требования к людям вообще, не только к судьям, правда же? И этим требованиям, конечно, должны и судьи соответствовать. Но есть еще свои конкретные механизмы, в том числе работающие и на воспитание судебского корпуса. Эти механизмы пока у нас не созданы, а другие объективные факторы действуют так, что они сознание судебского корпуса искажают, та главная идея, которая должна владеть сознанием судебского корпуса, у нас полностью заменена. Она ведь в чем заключена? Судья служить должен обеспечению права, а он служит чему? Он служит тому, чтобы самого себя оградить от возможного неудовольствия кого бы то ни было. Он и будет служить этой дурной цели до тех пор, пока не изменятся механизмы отбора, назначения, удаления судьи с должности, даже проверки его решений. Потому что нынешние процедуры проверки решений неадекватны цели подлинной проверки. Получается, что судьи работают в условиях искаженной обратной связи, искаженной реакции на те решения, которые они принимают. И такая искаженная реакция, грозящая им очень серьезными последствиями, не может не деформировать сознание. Это какой же нужно железобетонный внутренний стержень каждому судье иметь, чтобы устоять против негативного отношения разного начальства? Это чистый идеализм — думать, что все могут устоять против таких угроз! Ведь Вы правильно совершенно сказали о самоцензуре. Она

лах клиентов интересуют не квалификация либо опыт адвоката, а то, с кем из судей он состоит в «особых доверительных» отношениях.

И так происходит не только в России. Например, в Латинской Америке сложилась такая поговорка: «Зачем нанимать адвоката, если можно нанять судью». При этом отметим, что такие стереотипы мышления не изжиты даже в тех государствах, которые относятся к числу «образцовых» правовых государств.

### *О некоторых выводах исследования*

Заключая очерк исторического и сравнительно-правового исследования, необходимо подчеркнуть: суды всегда были и всегда будут инструментами борьбы за собственность и власть. Поэтому задача должна заключаться не в том, чтобы устраниить это явление, а в том, чтобы смягчить действие негативных факторов и свести к минимуму возможность проявления произвола и злоупотреблений в судах.

Решать эту задачу можно, только применив весь комплекс доступных возможностей и средств. Часть из них представлена ниже.

1. Как показывает опыт многих стран, одним из самых действенных средств борьбы с произволом в судах является совершенствование действующего законодательства с целью устранения пробелов, противоречий, а также тех норм, которые имеют высокий потенциал коррупции.

2. Практически повсеместно предпринимаются меры по повышению статуса судей. Решая эту задачу, как правило, повышают оклады судей. Признается, что это одно из средств по снижению уровня коррупции. Но, как показывает практика, такие меры недостаточны, поскольку с ростом денежного содержания растут запросы судей. Перед ними открываются новые горизонты, новые возможности и соблазны.

3. Для борьбы с коррупцией вводятся меры по контролю за доходами и расходами судей. Но это средство, как правило, бездействует, поскольку оно вступает в противоречие с принципами независимости и неприкосновенности судей. Тем не менее многие государства совершенствуют требования законодательства, вводя новые механизмы раскрытия и проверки информации о доходах судей и членов их семей.

4. Одним из важных направлений остается обеспечение независимости судей от давления со стороны органов законодательной и исполнительной власти, а также руководства судов. Но это средство дает надлежащий эффект только тогда, когда оно сочетается с мерами по