

Адвокатская палата г. Москвы

Петр Баренбойм

Генри Резник

Виктор Мозолин

**ПРАВОВАЯ РЕФОРМА
XXI ВЕКА
И АДВОКАТУРА**

*Издание осуществлено Адвокатской палатой г. Москвы
при участии Международного Союза (Содружества) Адвокатов
и Лаборатории конституционной экономики и судебно-правовой
реформы Института экономики переходного периода*

Москва
ЮСТИЦИНФОРМ
2007

УДК 347.965
ББК 67.75:67.400.6
Б24

Б24 **Петр Баренбойм, Генри Резник, Виктор Мозолин**
Правовая реформа XXI века и адвокатура. — М.: ЗАО Юстицинформ,
2007. — 80 с.

ISBN 978-5-7205-0849-4

В книге рассматриваются.....

УДК 347.965
ББК 67.75:67.400.6

ISBN 978-5-7205-0849-4

© Коллектив авторов, 2007
© Оформление, ЗАО «Юридический
Дом «Юстицинформ», 2007

Генри Резник

К ВОПРОСУ О КОНСТИТУЦИОННОМ СОДЕРЖАНИИ ПОНЯТИЯ «КВАЛИФИЦИРОВАННАЯ ЮРИДИЧЕСКАЯ ПОМОЩЬ»

Юридические кадры в нынешней России крайне недостаточны и по количеству, и по качеству. Высоквалифицированные юристы — в острейшем дефиците.

*Валерий Зорькин,
Председатель Конституционного суда РФ*

Высказывание Валерия Дмитриевича Зорькина не случайно выбрано в качестве эпиграфа этой и последующих статей нашего сборника. Ведь по его справедливому замечанию: «В отличие от судебной реформы, правовая реформа еще никогда не провозглашалась в российской истории. Наше время — вполне подходящий момент для ее начала».

Попытки внести правовую реформу в правительственную программу 1992 г. не были восприняты, хотя один из идеологов тогдашних реформаторов, а ныне Председатель комитета по финансовым рынкам и денежному обращению Совета Федерации РФ С.А. Васильев пишет, что «П.Д. Баренбойм предлагал скорее идею правовой реформы, нежели ее развернутую программу. Как бы там ни было, в то время все удовлетворились принятой 23 октября 1991 г. Концепцией судебной реформы, а принципиальные вопросы правового обеспечения экономики, юридического образования, правосознания населения, правовые стандарты и т.д. оставили на более позднее время, которое пока так и не наступило»¹.

Представляется, что сенатор вполне правильно оценил ситуацию с правовыми стандартами, к которым непосредственно относятся такой правовой стандарт и одновременно термин Конституции РФ как «квалифицированная юридическая помощь».

¹ Законодательство и Экономика. 2004. № 6.

В вышеприведенной статье С.А. Васильев назвал «Тезисы о правовой реформе» В.Д. Зорькина «наиболее заметной публикацией последних лет». То же самое я мог бы повторить по поводу только что вышедшей книги Валерия Зорькина «Россия и Конституция в XXI веке. Взгляд с Ильинки»¹, в первую очередь потому, что в ней печатаются упомянутые тезисы, опубликованные впервые в 2004 г., и развивается концепция правовой реформы.

В.Д. Зорькин пишет: «Если говорить кратко и образно, для меня правовая реформа — это создание системных предпосылок для того, чтобы наша Россия, наконец, «взяла правовой барьер». То есть полностью состоялась как правовое и одновременно социально справедливое государство... Скажу больше: на мой взгляд, если не форсировать в стране правовую реформу, то и все остальные реформы, прежде всего создание правовой, конституционной экономики, с очень большой вероятностью начнут буксовать. И очень скоро. Развитие реформ в России за прошедшие 10 лет после принятия Конституции РФ 1993 г. говорит о том, что мы сможем преодолеть отставание от ведущих стран мира, только используя право как серьезный ресурс развития России, встраиваясь в общемировые стандарты правового поведения. По сути дела, в истории России государство никогда не выдвигало концепции или программы правовой реформы. Все, что делалось в разные исторические периоды, сводилось в основном к судебной реформе, которая, хотя и является сердцевинной реформой правовой реформы, но не охватывает всех ее сторон, связанных с регулированием социальной, политической и экономической жизни».

Применительно и к правовой, и к судебной реформе конкретность и четкая общепринятая определенность правового стандарта «квалифицированная юридическая помощь», предписанного Конституцией РФ, имеет исключительно важное значение.

Квалифицированной в соответствии с общепринятой мировой практикой может считаться помощь, оказываемая специалистами по праву — как минимум, лицами, имеющими юридическое образование, при обязательном соблюдении профессиональных стандар-

¹ Зорькин В.Д. Россия и Конституция в XXI веке. Взгляд с Ильинки. М., 2007.

тов и этических норм, поддерживаемых профессиональным контролем. Вне этих стандартов и норм юридическая помощь квалифицированной признана быть не может. Казалось бы, нелепо полагать, что Конституция РФ, гарантируя право каждого на получение квалифицированной юридической помощи, допускает оказание помощи неквалифицированной — конституционно не гарантированной, но тем не менее имеющей право на существование, оказываемой без соответствия каким-либо критериям. Но если взглянуть на правовое поле современной России, такая нелепость в голову невольно приходит, ибо юридическая помощь у нас может оказываться буквально кем угодно. В литературе существуют даже попытки теоретического обоснования такого положения путем разграничения понятий «юридическая помощь» и «юридическая услуга». Согласно одному подходу предполагается первое применять к уголовным делам, второе — к делам гражданским. Но такое противопоставление очевидно неконституционно. Статья 48 Конституции РФ говорит о праве на получение юридической помощи, а не о праве на уголовную защиту, причем эта помощь в предусмотренных законом случаях оказывается бесплатно не только по уголовным, но и по гражданским и трудовым делам.

Более содержательно попытались обосновать разведение понятий «помощь и услуги» авторы монографии «Теория адвокатуры» (М., 2002). С их точки зрения, «услуги есть доставление блага, совершаемое по свободной договоренности между просящим этого блага и вызвавшимся дать его. Помощь есть доставление блага, совершаемое по необходимости, поскольку его недоставление причинит существенный вред нуждающемуся в нем.

...Различие между услугой и помощью, таким образом, состоит не в характере блага, а в основании его доставления. Просящий может лишиться того, что имел ранее, или стремиться к приобретению того, чего у него еще никогда не было, или желать не приобретения, а избавления от какого-либо зла, но если при этом отсутствие такого блага не приносит ему существенный вред, речь идет о свободной договоренности (в любой форме), на которую просящий идет с самим избранным доставителем услуги. Напротив, если необладание каким-либо благом причиняет лицу существенный вред, такое лицо часто бывает не в состоянии даже избрать подателя необходи-

мого блага, и тогда помощь оказывается первым, кто может ее произвести, в ряде случаев даже помимо воли нуждающегося.

Учитывая все это, нелепо предъявлять к услуге требования, как если бы это была помощь, либо предъявлять к помощи требования, как если бы это была услуга» (с. 68, 69).

Однако эта не лишняя изящества конструкция не выдерживает проверки прозой жизни. В сущности, это признают сами авторы, приходя к выводу, что «главным критерием различия услуги или помощи является оценка существенности ущерба от необладания данным благом», который чаще всего «оценивается только субъективно» (с. 68).

Законодательно между понятиями «юридическая помощь» и «юридическая услуга» нигде никаких различий не проводится. Статья 19 Конституции РФ, гарантируя равенство граждан, одновременно гарантирует, по сути, в том числе и равенство граждан, которым оказывают юридические услуги коммерческие организации, с гражданами, которым оказывают точно такую юридическую помощь (услуги) адвокаты.

Ни одна цивилизованная страна мира не позволяет, чтобы юридические услуги оказывались любыми лицами за пределами каких бы то ни было профессиональных стандартов. Конституция, гарантируя право каждого на получение квалифицированной юридической помощи, тем самым не позволяет каждому ее оказывать. Оказание юридических услуг любыми лицами, вне каких бы то ни было профессиональных стандартов, нарушает конституционные нормы о правовом государстве, равенстве граждан и квалифицированной юридической помощи.

В настоящее время юридическая помощь неопределенному кругу граждан и организаций оказывается двумя большими группами: адвокатами и предпринимателями. В отношении них государственное регулирование имеет неоправданные различия в подходе. Чтобы стать адвокатом, юрист должен соответствовать высоким профессиональным и нравственным требованиям, выдержать сложный квалификационный экзамен. При осуществлении своей профессиональной деятельности он обязан: соблюдать этические правила, за нарушение которых привлекается к дисциплинарной ответственности вплоть до прекращения статуса; соблюдать адвокатскую тайну; не допускать конфликта интересов; не принимать заведомо не-

законное поручение; постоянно совершенствовать свои знания и повышать свою квалификацию, оказывать юридическую помощь гражданам РФ бесплатно, объем которой по уголовным делам составляет в разных регионах 60—90%; страховать свою профессиональную деятельность.

Оказание юридической помощи предпринимателями вообще не регулируется, никаких условий для их выхода на рынок правовых услуг в российском законодательстве не сформулировано, более того, оказывающий юридическую помощь предприниматель может даже не быть юристом, иметь судимость и ограниченную дееспособность, что способствует расширению коррупционного поля внутри отечественной правовой системы.

Сложившаяся в России ситуация имеет как долгосрочные, так и совсем недавние причины. В любом случае в настоящее время эти причины себя изжили и пришло время привести практику предоставления юридических услуг (помощи) в соответствие с конституционным требованием о квалифицированности.

Квалифицированная юридическая помощь — публичная функция, получение которой, в том числе и бесплатно, является конституционно гарантированным правом каждого, кто в ней нуждается, — не может быть по самой природе предпринимательской деятельностью, направленной на извлечение прибыли. В соответствии с международными стандартами она должна осуществляться представителями независимой юридической профессии, а необходимым условием обеспечения ее качества служит контроль самоуправляемой адвокатской ассоциации.

Профессиональные и этические обременения адвокатской деятельности не компенсируются сколько-нибудь существенными привилегиями и налоговыми льготами. Напротив, адвокаты и их образования поставлены в неравные условия с конкурентами, поскольку не вправе, в отличие от бизнес-организаций и индивидуальных предпринимателей, применять упрощенную систему налогообложения. Молодым юристам-цивилистам, специализирующимся на оказании услуг предпринимательству, в гражданских и арбитражных делах, ныне не выгодно ни профессионально, ни экономически идти в адвокатуру, что может привести к деградации имеющего многовековые традиции профессионального сообщества.

Стоит задуматься над тем, чтобы ликвидировать некоторые ограничения в Федеральном законе «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», препятствующие адвокатам эффективно оказывать юридическую помощь бизнесу и снижающие возможности отечественной адвокатуры в конкуренции с западными адвокатскими компаниями. Не следует отвергать с порога предложения расширить перечень организационно-правовых форм работы адвокатов, отнеся к их числу адвокатскую фирму, где, помимо партнеров, предусмотреть фигуру адвоката-ассоциатора, который работает по договору трудового найма.

Особую актуальность вопросы оказания юридической помощи приобретают в связи с предстоящим вступлением России в ВТО. Федеральный закон «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (ст. 9) предусматривает, что адвокаты иностранных государств, осуществляющие адвокатскую деятельность на территории Российской Федерации, подлежат регистрации в специальном реестре, в противном случае их деятельность на территории Российской Федерации запрещается. За четыре года действия Закона такой реестр практически не заполнен — за регистрацией в уполномоченный государственный орган обратилось всего лишь несколько иностранных адвокатов. Между тем на территории России открыто работают крупнейшие американские, британские и французские адвокатские фирмы, практикующие в нарушение Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» не только по вопросам права своих стран, но и российского права, не регистрируясь в предусмотренном для них специальном реестре, поскольку учреждены в качестве обычных коммерческих организаций. Законодательный запрет оказывать юридическую помощь на предпринимательской основе пресечет эти укоренившиеся на практике правонарушения и защитит отечественный рынок юридических услуг от ничем не сдерживаемой экспансии иностранных юристов.

Вопрос о конкретизации правового стандарта и конституционного понятия «квалифицированная юридическая помощь» должен быть рассмотрен законодателями и, возможно, Конституционным Судом Российской Федерации, что явилось бы важным вкладом в осуществление правовой реформы в России.

Петр Баренбойм, Генри Резник

АДВОКАТУРА КАК КАТАЛИЗАТОР ПРАВОВОЙ РЕФОРМЫ

Правовое государство невозможно без правового и справедливого общества. Здесь, как ни в какой другой сфере нашей жизни, государство таково, каково общество. А российское общество, опять-таки, правовым пока назвать нельзя. И движутся они — и государство, и общество, — к полноценному правовому состоянию слишком медленно.

Валерий Зорькин

16 июля 2004 г. произошло знаменательное событие, подчеркивающее наступление нового этапа в правовом развитии России. По целому ряду признаков этот этап может характеризоваться активным наступлением на адвокатуру и попытками создания групповых и индивидуальных «адвокатских дел». В определении судебной коллегии Московского городского суда адвокату было отказано в конституционном праве на судебное обжалование действий должностных лиц следственного изолятора, которые провели досмотр и изъяли материалы адвокатского досье. Конкретно суд написал: «В соответствии с ч. 1 ст. 254 ГПК РФ гражданин, организация вправе оспорить в суде действие должностных лиц... Таким образом, в соответствии с данной нормой в суд могут обращаться граждане или организации, которые считают, что нарушены их права и свободы. Адвокат О.Г. Артюхова была подвергнута досмотру не как гражданин, а как лицо, исполняющее свои профессиональные обязанности по заключенному договору. При таких данных суд обоснованно в соответствии с п. 1 ст. 134 ГПК РФ отказал в принятии заявления».

Тогда мы написали в своей статье в журнале «Адвокат» следующее: «Признание судом адвокатов «не гражданами» означает только одно — в России устанавливается новый правовой режим, который не совместим ни с независимостью суда, ни, тем более, с независимостью адвокатуры».

Определение суда, правда, позднее было отменено в порядке надзора, и поэтому мы не настаиваем на своем выводе, сделанном три года назад, хотя, конечно, и не отказываемся от своих слов. На этом фоне нам хочется поделиться мыслями о значении адвокатуры в России на данном этапе продолжающегося необъявления государством начала правовой реформы.

В своих тезисах о правовой реформе В.Д. Зорькин пишет: «Правовую реформу не зря называют «детонатором» всего реформаторского процесса, включая реформирование экономики. Рыночная экономика не может быть создана без правовых гарантий стабильности собственности и предсказуемости предпринимательской активности, с одной стороны, и эффективного разумного правового регулирования экономических процессов — с другой.

Правовая реформа должна рассматриваться как составная часть всего реформаторского процесса в стране, так как она имеет важное значение, с одной стороны, для стимулирования и легитимации всестороннего развития, а с другой — для поддержания равновесия в государстве и обществе. Она является инструментом проведения необходимых реформ, нахождения баланса конкурирующих интересов, обновления и поддержания экономики и развития гражданского общества». Я бы выделил три основные задачи и одновременно направления правовой реформы. Они, на мой взгляд, таковы:

правовая трансформация российского общества;

трансформация и стабилизация системы права;

реализация жесткой и устойчивой системы правоприменения, гарантирующей доступ граждан к правосудию и обеспечению своих прав и свобод.

Причем подчеркнем, что это именно «триединая», системная задача, которую по всем направлениям необходимо решать комплексно и одновременно. И это, скорее, не задача, а проблема. То есть такая задача, для которой нигде и ни у кого в мире нет готовых безошибочных рецептов решения. Причем проблема эта — крайне сложная. И не на одно десятилетие. Но я убежден, что если мы ее решить не сумеем, то большого будущего в XXI веке у России просто нет».

При принятии Закона об адвокатской деятельности и адвокатуре порой высказывались недоуменные вопросы или просто скептические суждения в связи с формулировкой, что адвокатура является

институтом гражданского общества. Это во многом связано с тем, что ранее понятие «институт гражданского общества» не закреплялось законодательно, и, как нам кажется, понятие «институт гражданского общества», как и само «гражданское общество» не имеют общепринятого юридического содержания. Здесь, по нашему мнению, заложена принципиальная доктринальная неточность нашего права и по отношению к гражданскому обществу, и по отношению к адвокатуре.

Конституционно-правовое содержание понятий «адвокатура» и «гражданское общество» является очень глубоким, несмотря на то, что сами эти термины в тексте Конституции РФ не используются. Более того, мы считаем, что именно с гражданским обществом увязано понятие «конституционного гражданства», означающего как обязательный признак понятия «гражданин» уважение и соблюдение действующей Конституции РФ.

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

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

Характерно, что Конституция РФ в ст. 2 и Конституционный Суд РФ говорят об обязанности государства по защите прав и свобод человека и о такой же обязанности адвокатов. Эти две параллельно существующие обязанности свидетельствуют о независимом статусе адвокатов перед лицом государства при защите прав человека. Выполнение обязанности по защите прав и свобод граждан адвокату-

ра получила не от государства, а по прямому действию ст. 1 «Правовое государство» и ст. 48 «Обеспечение квалифицированной юридической помощи» Конституции РФ.

В этом, например, отличие адвокатуры от нотариата, который, как указал Конституционный Суд РФ, был наделен государством отдельными управленческими и контрольными полномочиями в отношении своих членов, включая рассмотрение и постановку вопроса о лишении права заниматься нотариальной деятельностью. Это подчеркивается и Резолюцией Европейского Парламента от 18 января 1994 г., которая характеризует профессию нотариуса как публичную службу, контролируемую государством или органом, наделенным соответствующими полномочиями от имени государства (Постановления Конституционного Суда РФ от 19 мая 1998 г. по делу «О проверке конституционности отдельных положений статей 2, 12, 17, 24 и 34 Основ законодательства РФ о нотариате»).

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

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

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

Кроме того, определение адвокатуры в ст. 3 Закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» в качестве института гражданского общества подчеркивает, с одной стороны, равенство адвокатуры и государства в смысле ст. 19 Конституции РФ,

а, с другой стороны, — независимость адвокатуры от государства и обязанность государства обеспечить независимость адвокатуры как составляющую обязанности государства по защите прав граждан, предписанную ст. 2 Конституции РФ.

Более того, в порядке осуществления ст. 1 Конституции РФ, согласно которой Россия — это правовое государство, в порядке реализации защиты права на свободное развитие человека, предписанного ст. 7 Конституции РФ, а также обеспечения идеологического многообразия и равенства общественных объединений перед законом (ст. 13 Конституции РФ), адвокатура является не только институтом гражданского общества, но таким институтом, на котором лежит обязанность обеспечивать защиту прав гражданского общества, быть в публично-правовой сфере его представителем и защитником перед лицом государства. Разумеется, другие институты гражданского общества могут осуществлять защиту прав и свобод человека, но только на адвокатуру возложена такая обязанность, подкрепляемая возможностью осуществления требований ст. 48 Конституции РФ о предоставлении квалифицированной профессиональной юридической помощи. Если прокуратура — адвокат государства, то адвокатура — адвокат гражданского общества.

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

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

Под состязательностью и равенством подразумевается состязательность и равенство гражданина и государства, а также, разумеется, представителя гражданина, каковым является адвокат. Такое же конституционно-правовое содержание вкладывается и во взаимоот-

ношения гражданского общества и государства (состязательность и равенство). Адвокатура — единственный законодательно признанный институт гражданского общества, на который распространяется как принцип равенства, так и независимости от государства.

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

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

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

Таким образом, адвокатура — институт гражданского общества, однако его становление и развитие, особенно на начальных этапах, невозможно без поддержки государства. Государство должно взять на себя ответственность за создание нормальных условий функционирования адвокатуры. Среди этих условий главное — обеспечение цивилизованного, отвечающего стандартам Совета Европы и мировому опыту отношения государственной власти к институту адвокатуры.

Обязанность Российской Федерации обеспечить независимость адвокатов, защищающих права и свободы граждан, закреплена положениями Документа Московского совещания Конференции по человеческому измерению СБСЕ (Москва, 1991 г.) и Основными

принципами, касающимися роли юристов, принятых Восьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями на основе Резолюции № 18 Седьмого Конгресса ООН об обеспечении защиты практикующих юристов от неправомерных ограничений и давлений при выполнении ими своих функций (Гавана, 27 августа — 7 сентября 1990 г.).

Основные принципы, касающиеся роли юристов, указывают на обязанность властей Российской Федерации:

строго соблюдать учет в рамках национального законодательства практики соблюдения полной конфиденциальности консультаций подзащитных с адвокатами (принцип № 22);

обеспечить условия, чтобы юристы могли выполнять свои профессиональные обязанности в обстановке, свободной от угроз, препятствий, запугивания и неоправданного вмешательства (принцип № 6 пункт 1);

не подвергать судебному преследованию и судебным административным, экономическим или другим санкциям за любые действия, совершенные в соответствии с признанными профессиональными обязанностями, нормами и этикой, а также угрозой подобного преследования;

обеспечить юристам гражданский и уголовный иммунитет в ходе выполнения ими своих профессиональных обязанностей (принцип № 20).

Встречается искаженная интерпретация позиций Европейского Суда по правам человека, которую выдвигают представители российских правоохранительных органов, о якобы ограничительном толковании Европейским судом доктрины прав человека в сфере борьбы с преступностью.

Разумеется, если такие позиции публикуются в открытых изданиях, то все внутренние методические установки от них не отличаются. Соответственно, ориентируются сотрудники Минюста России по соотношению прав государства и адвокатуры.

Адвокатская палата города Москвы, осуществляя свою публично-правовую функцию в качестве института гражданского общества, как и вся адвокатура России, занимает принципиально иную позицию как по отношению к правовым позициям Европейского суда по правам человека, так и к нормам международного законодатель-

ства по правам человека, обязательного к применению на территории Российской Федерации.

Поскольку адвокатура является единственным законодательно закрепленным институтом гражданского общества, то, по сути, стоит вопрос о взаимоотношениях государства и гражданского общества, в частности, о праве юридически организационно оформленных институтов гражданского общества самостоятельно решать вопрос о дисциплинарных мерах воздействия или исключении членов таких институтов.

Возникшая правовая ситуация может быть расценена как совместное наступление государственных органов — Минюста России и Генеральной прокуратуры РФ — на конституционные права и свободы человека, инструментом защиты которых являются адвокаты и адвокатские объединения — в данном случае Адвокатская палата г. Москвы, являющаяся институтом гражданского общества и представителем гражданского общества в широком смысле этого слова.

Минюст России произвольно толкует положения ст. 17 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» и для обоснования своей неправовой позиции опирается на документы, инициируемые Генеральной прокуратурой РФ. Документы адвокатского досье изымаются в изоляторе сотрудниками Минюста России, которые исполняют не возложенную на них функцию помощников следствия, например, Генеральной прокуратуры РФ, а Генеральная Прокуратура РФ, в свою очередь, дает оценку профессиональной деятельности адвоката, которая представляется Минюстом России для обоснования своей позиции о лишении адвокатского статуса. Тем самым государство в лице вышеуказанных органов власти начинает ограничивать независимость адвокатуры. Право адвоката на рассмотрение дела установленными законом органами адвокатских объединений, так же как и право самих этих объединений независимо от государства рассмотреть и решить вопрос о дисциплинарной ответственности адвоката, — оба этих права являются важной составляющей права на получение гражданами квалифицированной и независимой от государства юридической помощи. Это право в силу Конституции РФ ни при каких условиях не подлежит произвольному ограничению, в том числе путем вмешательства государства в право адвокатского объединения свободно в соот-

ветствии с законом рассматривать вопросы дисциплинарной ответственности и степени этой ответственности.

Изъятия в последнее время у ряда адвокатов адвокатского досье сотрудниками следственных изоляторов были оформлены протоколами личного досмотра, из содержания которого усматривается, что изъятые материалы защиты являются запрещенными предметами. При этом правомерность их действий, согласно протоколу личного досмотра, мотивируется, как правило, требованиями ч. 6 ст. 34, ст. 21 Федерального закона «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений». Так, из содержания ч. 3 ст. 21 вышеуказанного Закона следует, что «в отношении предложений, заявлений и жалоб, содержащих сведения, которые могут помешать установлению истины по уголовному делу или способствовать совершению преступления, выполненных тайнописью, шифром, содержащих государственную или иную охраняемую законом тайну, применяется порядок, установленный ч. 3 ст. 20 настоящего Федерального закона», в то время как из ч. 3 ст. 20 вышеуказанного Закона следует, что «письма, содержащие сведения, которые могут помешать установлению истины по уголовному делу или способствовать совершению преступления, выполненные тайнописью, шифром, содержащие государственную или иную охраняемую законом тайну, адресату не отправляются, подозреваемым и обвиняемым не вручаются и передаются лицу или органу, в производстве которых находится уголовное дело». Кроме того, п. 6 ст. 34 данного Закона, предусматривает, что «при наличии достаточных оснований подозревать лиц в проносе запрещенных предметов, веществ и продуктов питания сотрудники мест содержания под стражей вправе производить досмотр их вещей и одежды при выходе с территории мест содержания под стражей, а также въезжающих и выезжающих транспортных средств, изъятие предметов, веществ и продуктов питания, запрещенных к хранению и использованию подозреваемыми и обвиняемыми. Не подвергаются досмотру вещи и одежда лиц, в производстве которых находятся уголовные дела подозреваемых и обвиняемых, которые обладают правом контроля и надзора за местами содержания под стражей».

Таким образом, из сути правовых норм, обосновывающих действия сотрудников следственного изолятора, следует, что материалы

адвокатского досье являются запрещенными к проносу предметам. При этом в ходе встречи адвоката со своим подзащитным ни адвокат, ни его подзащитный не могут вести записи, связанные с защитой, поскольку такие записи рассматриваются сотрудниками Следственного изолятора как переписка, в ходе контроля которой они предоставляют себе, соответственно, право контроля над адвокатскими досье. Данное конкретное нарушение права на защиту стало возможным в связи с неопределенностью вышеприведенных норм законов, которая сама по себе порождает и предопределяет правоприменение, нарушающее конституционные права и свободы граждан.

В Российской Федерации каждому гарантируется право на получение квалифицированной юридической помощи. Каждый задержанный, заключенный под стражу обвиняемый в совершении преступления имеет право пользоваться помощью адвоката (защитника) с момента, соответственно, задержания, заключения под стражу, предъявления обвинения (ст. 48 Конституции РФ).

Однако реализация права на защиту, гарантируемого Конституцией РФ, напрямую зависит от соблюдения конфиденциальности при общении адвоката и его подзащитного, на что указывает законодатель.

Так, право каждого задержанного или находящегося в заключении лица связываться и консультироваться с адвокатом провозглашено и в утвержденном Генеральной Ассамблеей ООН 9 декабря 1988 г. Своде принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, предусматривающем предоставление необходимых для этого времени и условий и недопустимость временных отмены или ограничения права на посещение заключенного адвокатом без промедления и цензуры, кроме исключительных обстоятельств, которые определяются законом или установленными в соответствии с законом правилами, когда, по мнению судебного или иного органа, это необходимо для поддержания безопасности и порядка (п. 1—3 принципа 18).

Кроме того, в Основных положениях о роли адвокатов, принятых Восьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступлений (август 1990 г., Нью-Йорк), закреплено, что задержанному, арестованному или помещенному в тюрьму лицу должны быть обеспечены необходимые условия, время и средства для встречи или коммуникаций и консультаций с адвокатом без задержки, препятствий и

цензуры, с полной их конфиденциальностью, такие консультации могут быть в поле зрения, но за пределами слышимости уполномоченных должностных лиц, правительство должно обеспечить адвокатам возможность исполнить все профессиональные обязанности без запугивания, препятствий, беспокойства и неуместного вмешательства, правительство должно признавать и соблюдать конфиденциальность коммуникаций и консультаций между адвокатом и клиентом в рамках их отношений, связанных с выполнением адвокатом своих профессиональных обязанностей (положения 8, 16, 22).

Пункт 93 Минимальных стандартных правил обращения с заключенными (принят на Первом Конгрессе ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями 30 августа 1955 г.) предусматривает, что «в целях своей защиты подследственные заключенные должны иметь право обращаться там, где это возможно, за бесплатной юридической консультацией, принимать в заключении юридического советника, взявшего на себя их защиту, подготавливать и передавать ему конфиденциальные инструкции. С этой целью в их распоряжение следует предоставлять по их требованию письменные принадлежности. Свидания заключенного с его юридическим советником должны происходить на глазах, но за пределами слуха сотрудников полицейских или тюремных органов».

Пункт 2.3. Кодекса поведения для юристов в Европейском сообществе (принят Советом коллегий адвокатов и юридических обществ Европейского союза в Страсбурге 28 октября 1988 г.) «относит к существенным признакам адвокатской деятельности обеспечение клиенту условий, при которых он может свободно сообщать адвокату сведения, которые не сообщил бы другим лицам, и сохранение адвокатом как получателем информации ее конфиденциальности, поскольку без уверенности в конфиденциальности не может быть доверия; требованием конфиденциальности определяются права и обязанности юриста, имеющие фундаментальное значение для его профессиональной деятельности; юрист должен соблюдать конфиденциальность в отношении всей информации, предоставленной ему самим клиентом или полученной им относительно его клиента или других лиц в ходе предоставления юридических услуг; при этом обязательства, связанные с конфиденциальностью, не ограничены во времени».

Пунктами 12, 13 Стандартов независимости юридической профессии Международной ассоциации юристов (приняты на конференции МАЮ в Нью-Йорке 7 сентября 1990 г.) закреплено, что «независимость адвокатов при ведении дел... должна гарантироваться с тем, чтобы обеспечить оказание свободной, справедливой и конфиденциальной юридической помощи. Адвокатам должны быть предоставлены возможности обеспечения конфиденциальности отношений с клиентом, включая защиту обычной и электронной системы всего адвокатского делопроизводства и документов адвоката от изъятия и проверок, а также обеспечения защиты от вмешательств в используемые электронные средства связи и информационные системы».

В Постановлении Конституционного Суда РФ от 26 декабря 2003 г. № 20-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений частей первой и второй статьи 118 Уголовно-исполнительного кодекса Российской Федерации в связи с жалобой Шенгеляя Зазы Ревазовича» Конституционный Суд РФ отметил, что «Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации устанавливает, что обвиняемый — вне зависимости от стадии уголовного судопроизводства — имеет право пользоваться помощью защитника и иметь свидание наедине с ним и конфиденциально. Непосредственное общение с адвокатом — важная составляющая права на получение квалифицированной юридической помощи, которое в силу Конституции РФ ни при каких условиях не подлежит произвольному ограничению».

В Определении Конституционного Суда РФ от 1 апреля 2004 г. № 77-0 «По ходатайству Министра юстиции Российской Федерации об официальном разъяснении Постановления Конституционного Суда РФ от 26 декабря 2003 г. по делу о проверке конституционности отдельных положений частей первой и второй статьи 188 Уголовно-исполнительного кодекса Российской Федерации» опять было обращено внимание на то, что порядок предоставления свиданий осужденному с адвокатом носит уведомительный характер, в связи с чем администрация учреждения не вправе отказать в удовлетворении заявления осужденного о свидании с приглашенным им адвокатом.

Адвокат вправе выбирать форму общения со своим подзащитным, и, соответственно, это может быть либо устная, либо письмен-

ная форма общения. Обмен записями при личном свидании в условиях следственного изолятора между адвокатом и подзащитным ничем не отличается от устной формы общения.

Более того, чем сложнее обстоятельства дела, тем важнее для своей памяти фиксировать основные направления по формированию позиции по делу, поскольку иным способом невозможно разумно и добросовестно отстаивать права и законные интересы доверителя (ч. 1 ст. 7 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»).

Отсюда следует, что так же как нет права у сотрудников следственного изолятора вмешиваться в устную беседу, так нет права вмешиваться в письменную, и, соответственно, не должно быть никакой цензуры письменных заметок адвоката.

Видеонаблюдение, которое производится в условиях следственного изолятора, не дает оснований для того, чтобы сотрудники изолятора могли подвергать осмотру материалы адвокатского досье, если даже они видели, что подзащитный передавал адвокату свои письменные тексты или делал записи на листах адвокатского досье. Адвокат может опасаться прослушивания, о фактах которого уже сообщалось в СМИ¹. У адвоката или заключенного могут быть проблемы с голосом и тогда письменная форма общения во время свидания в следственном изоляторе вообще становится единственной.

Подзащитный до и после свидания с адвокатом подвергается обыску, а все находящиеся при нем бумаги — цензуре. Если подобный контроль будет установлен и за адвокатским досье, то право на защиту превратится в фикцию.

В соответствии с ч. 3 ст. 20 Федерального закона «О порядке содержания под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений» письма, предусмотренные ст. 21 вышеуказанного Закона предложения, заявления и жалобы, содержащие сведения, которые могут помешать установлению истины по уголовному делу или способствовать совершению преступления, выполненные тайнописью, шифром, содержащиеся государственную или иную охраняемую законом тайну, адресату не отправляются, подозреваемым и обвиняемым не вручаются и передаются лицу или органу, в произ-

¹ Российская газета. 1999. 30 апреля.

водстве которых находится уголовное дело. При этом цензуре могут подвергнуться любые письменные заметки адвоката или его подзащитного, так как любые письменные тексты теоретически могут содержать шифр. Фактически, данные требования закона закрепляют за сотрудниками следственных изоляторов не свойственную им функцию. Так, в соответствии с действующим законодательством, следственные изоляторы не входят в систему правоохранительных органов, а напрямую подчиняются Министерству юстиции РФ, в связи с чем не имеют полномочий на осуществление уголовного преследования.

В соответствии со ст. 4 Кодекса поведения должностных лиц по поддержанию правопорядка (принят резолюцией 34/169 Генеральной Ассамблеи 17 декабря 1979 г.) предусмотрено, что «сведения конфиденциального характера, получаемые должностными лицами по поддержанию правопорядка, сохраняются в тайне, если исполнение обязанностей или требования правосудия не требуют иного».

Содержание вышеприведенных норм Федерального закона «О содержании под стражей» из-за их неопределенности может породить и предопределить такую правоприменительную практику, которая противоречит принципу равенства перед законом, лишая подзащитного, находящегося под стражей, возможности на полноценное получение квалифицированной юридической помощи адвоката по сравнению с подзащитным, находящимся на свободе в период проведения следствия и суда. Это противоречит требованиям ст. 19 и 48 Конституции РФ.

Такое противостояние характерно именно для российской ситуации и не имеет аналогов в практике государств со сложившимся гражданским обществом.

Слабость гражданского общества и обусловленные этим на данном этапе задачи адвокатуры по защите гражданского общества характерны для современной России и не слишком актуальны для уже сложившихся цивилизованных общественных систем.

Доктрина адвокатуры как защитника гражданского общества — это российская доктрина, определяемая современной ситуацией в стране.

Дополнительным гарантом Конституции РФ в рамках разделения властей, предусмотренных ст. 10 Конституции РФ, является

Конституционный Суд РФ. Его председатель В.Д. Зорькин высказал важную мысль о взаимоотношениях государства и гражданского общества: «Здесь очень важно сказать и о правосознании власти. Если власть станет стремиться создавать под себя удобное право, то любая правовая реформа станет не более чем фикцией. Ведь элементы гражданского общества у нас еще в рыхлом состоянии. Отсутствие системы политических партий вместе с отсутствием массового правосознания общества создает колоссальную базу для поворота к неправовому государству. Мы сейчас боремся за господство права. Я верю, что не произойдет перехода к антиправовому государству, но мы нынче находимся в такой точке, когда решается правовая судьба России»¹.

Порой Конституционный Суд РФ называют органом или институтом гражданского общества, но здесь происходит явное смешение, так как гражданское общество и его институты — явление отдельное от государства.

Конституционно-правовой смысл ст. 17 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» точно такой же, как и конституционно-правовой смысл ст. 3 этого же Закона, и может трактоваться только во взаимосвязи с установленными в ней принципами независимости, самоуправления, корпоративности и законности деятельности этого института гражданского общества. Конституционно-правовой смысл определения адвокатуры в качестве института гражданского общества позволяет квалифицировать любое серьезное вторжение государства в сферу независимости адвокатского самоуправления как нарушения основ конституционного строя, указанные в ст. 1, 2, 7, 13, 15, 17—19, 48 Конституции РФ.

Для того чтобы быть действительно квалифицированной, юридической помощью, гарантируемая ст. 48 Конституции РФ, должна по своему конституционно-правовому смыслу оказываться адвокатом, действующим в рамках своего адвокатского объединения — палаты адвокатов, которая представляет собой институт гражданского общества, осуществляющий свою деятельность независимо от государства на основе самоуправления и принципа законности, который за-

¹ Родная газета. 2004. 29 апреля.

ключается в четкой регламентации права государства на вмешательство в деятельность адвокатуры.

Приведем обширную цитату из тезисов В.Д. Зорькина о соотношении между правовой и судебной реформами:

«Правовая реформа включает в себя судебную реформу, вопросы системы и содержания законодательства, юридического образования, правосознания населения, а также корпоративного самосознания юридического сообщества.

Вопросы развития судебной реформы сформулированы в Концепции судебной реформы, принятой Верховным Советом РСФСР 24 октября 1991 г. Этот документ сохраняет свою юридическую силу и значение. Последовательное осуществление принципа разделения властей, предусмотренного Конституцией Российской Федерации, неотделимо от соблюдения независимости принципа обеспечения суда. В вопросе все еще недостаточного финансирования судов следует подчеркнуть, что экономические издержки, вызванные недостатками в функционировании судебной системы, особенно судов общей юрисдикции и арбитражных судов, во многие сотни раз выше экономических издержек государства и общества по прямому финансированию судебной системы. Укрепление материальной базы судов значительно повысит эффективность их работы.

Судебная реформа ограничивается реформой судов, прокуратуры, адвокатуры, следствия, исполнительного производства и наведения порядка в учете и регистрации правонарушений. Учитывая особенности исторического развития России, можно утверждать, что без широкомасштабной правовой реформы трудно провести и успешную судебную реформу. Право еще не стало общепринятой ценностью даже для многих представителей власти, зачастую считающих интересы государства и государственной собственности преобладающими над интересами граждан и организаций иных форм собственности. Нужно поставить в качестве актуальной задачи 2004—2008 гг. развертывание масштабной правовой реформы сроком до 2020 г.

Официальное объявление и обеспечение правовой реформы является прерогативой исполнительной и законодательной власти. Программу правовой реформы следовало бы принять в форме законодательного акта, как государственную программу. Мы же гото-

вы будем внести посильный вклад в разработку этой программы и ее претворение в жизнь.

Правовая реформа должна готовиться и проводиться комплексно, с разбивкой на этапы, определяемые политическими циклами и экономическими возможностями, а также развитием административной реформы.

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

Мы согласны с тем, что судебная реформа не может быть успешной без проведения широкомасштабной правовой реформы. Вопрос о необходимости разработки и осуществления государственной программы правовой реформы в России, утвержденной Федеральным Собранием, был поставлен в 2004 г. по инициативе Конституционного Суда РФ и его Председателя Валерия Зорькина.

Разработка концепции правовой реформы во взаимосвязи с концепцией судебной реформы является одной из важнейших проблем, скорейшее разрешение которой позволит систематизировать и упорядочить проведение судебной реформы в России. При этом желательно, чтобы предстоящие этапы правовой реформы по срокам совпадали с этапами судебной реформы.

Правовая реформа включает в себя как судебную реформу, так и комплекс преобразований в области системы и содержания законодательства, юридического образования, подготовки юристов-консультантов предприятий, а также в сфере корпоративного самосознания юридического сообщества и правосознания населения. Судебная реформа — это прежде всего реформа суда, прокуратуры, адвокатуры, следствия, системы подготовки и переподготовки судей, следователей, прокуроров и адвокатов.

Концепция судебной реформы 1991 г. с первых строк совместила понятия «правовая» и «судебная» реформа. Наиболее удобным, вероятно, был бы термин «судебно-правовая реформа», но поскольку очень сложно обеспечить его единообразное толкование, лучше сохранить более узкий и уже привычный термин «судебная реформа», с тем чтобы он вновь не был включен в понятие «правовая реформа», поскольку такое совмещение помешало бы развитию идеи правовой реформы.

Рассмотрим основные задачи судебной реформы и состояние их реализации. Постановление Верховного Совета РСФСР от 24 октября 1991 г. «О Концепции судебной реформы в РСФСР» и утвержденная им Концепция продолжают на сегодняшний день оставаться действующими правовыми документами и формулируют ряд главных задач и важнейших направлений судебной реформы.

Концепция 1991 г. поставила следующие задачи:

защита и неуклонное соблюдение основных прав и свобод человека, конституционных прав граждан в судопроизводстве;

закрепление в нормах уголовного и гражданского процесса, в соответствующих законодательных актах демократических принципов организации и деятельности правоохранительных органов, положений, отвечающих рекомендациям юридической науки;

обеспечение достоверности и повышение доступности информации о деятельности правоохранительных органов, судебно-правовой статистики;

создание федеральной судебной системы;

признание права каждого лица на разбирательство его дела судом присяжных в случаях, установленных законом;

расширение возможностей обжалования в суд неправомερных действий должностных лиц, установление судебного контроля за законностью применения мер пресечения и других мер процессуального принуждения;

организация судопроизводства на принципах состязательности, равноправия сторон, презумпции невиновности подсудимого;

дифференциация форм судопроизводства.

По некоторым из этих направлений за прошедшие 15 лет достигнут значительный прогресс. Однако явно недостаточно изменилась ситуация по решению таких главных задач Концепции, как:

утверждение судебной власти в государственном механизме как самостоятельной влиятельной силы, независимой в своей деятельности от властей законодательной и исполнительной;

достижение уровня материально-технического обеспечения судов, органов юстиции, прокуратуры, внутренних дел, следственных подразделений, а также материального, бытового и социального обеспечения работников правоохранительных органов, соответствующего возлагаемой на эти органы и их работников ответственности.

Что же касается такого важнейшего направления судебной реформы, предусмотренного Концепцией, как «совершенствование системы гарантий независимости судей и подчинения их только закону, закрепление принципа их несменяемости», то здесь ситуация скорее ухудшилась.

Конституционное разделение властей в части обеспечения самостоятельности судов все еще не состоялось. Судебная власть остается серьезно зависимой в первую очередь от исполнительной власти с точки зрения ее материального обеспечения, что не соответствует ст. 124 Конституции РФ.

В решении о переводе Конституционного Суда РФ из Москвы вопреки воле судей и юридического сообщества наглядно проявились не только отсутствие уважения к судебной власти и стремление изолировать Конституционный Суд РФ от демократически настроенной московской общественности столицы России, но в первую очередь демонстрация возможности целевого использования (как в данном случае — на переезд) средств по политическому усмотрению исполнительной власти. Сумма, в которую оценивается стоимость такого переезда (около 7 млрд руб.), позволила бы обеспечить жильем многие тысячи официально нуждающихся в нем судей либо отремонтировать все (их в стране около 300) здания судов, находящиеся в аварийном состоянии.

Не оправданная никакой логикой идея переезда Конституционного Суда РФ и выборочное отношение исполнительной власти к финансированию судебной системы подчеркивают несамостоятельность судебной власти и нереализованность ст. 124 Конституции РФ, которая говорит об обеспечении «финансированием судов, возможности полного и независимого осуществления правосудия».

Концепция судебной реформы должна начинаться с вопросов последовательного решения проблемы самостоятельности и независимости судебной власти, в первую очередь в сфере материального обеспечения. Эффективная работа судов крайне важна для успешного экономического развития страны. Экономия средств в этом вопросе совершенно неоправдана (особенно в свете таких волюнтаристских инициатив, как переезд судов, что потребует расходов на сотни миллионов долларов).

Достойное материальное обеспечение судебной деятельности позволит не только добиться повышения эффективности и ускорения судопроизводства, но и достижения того уровня уважения со стороны государства и общества, который необходим для успешной работы судебной власти.

В кадровой политике исполнительной власти одним из элементов неуважения к суду является регулярное затягивание процедуры назначения судей. Уже действующие судьи часто не включаются в списки для продления полномочий. Причем Администрация Президента РФ нередко никак не объясняет причин такого положения. В этой части процесс назначения и особенно продления полномочий судей носит закрытый характер, а отсутствие прозрачности создает для исполнительной власти возможность влиять на отдельных судей и судебную власть в целом.

От советских времен сохранился карательный менталитет судей, предопределяющий низкое число оправдательных приговоров и длительные сроки лишения свободы.

Особого внимания заслуживает вопрос о частых обвинениях российских судов в коррупции со стороны иностранцев. Важно отметить, что значение английского термина «corruption» значительно шире, чем русское «взяточничество», т.е. получение судьями взятки за решение судебных дел. Коррупция подразумевает не только мздоимство, но и «безвозмездное» решение судьями дел в пользу, например, исполнительной власти из карьерных или иных соображений. Следует привести характерное высказывание главы Высшего совета юстиции Бельгии госпожи Эдиты ван ден Брок: «Юстиция рассматривается как коррумпированная, если каждодневной и общераспространенной реальностью становятся неорганизованность управления юстицией, неказистые здания судов,

хаотичная инфраструктура и особенно политическое влияние на назначения судей».

Как тут не вспомнить известные попытки по проведению совещаний на уровне Правительства РФ для рассмотрения хода или итога конкретного арбитражного дела с приглашением представителей суда!

Нужно твердо заявить о том, что судебная реформа в России еще не завершена, избавиться от иллюзий о ее якобы успешном проведении, поставить в качестве актуальной задачи 2007—2012 гг. подлинное развертывание судебной реформы. Право еще не стало общепринятой ценностью даже для многих представителей государства, зачастую считающих интересы государства и государственной собственности превалирующими над всеми иными ценностями.

Судебная реформа должна готовиться и проводиться комплексно с разбивкой на этапы, определяемые политическими циклами и экономическими возможностями, а также развитием административной реформы.

При этом следует подчеркнуть, что судебная реформа должна способствовать решению и вопросов экономического развития страны, в том числе привлечения инвестиций в экономику. Грамотный юрист на любом участке правовой работы должен хорошо знать экономику. Это верно для судьи, прокурора, следователя, адвоката и для юриста-консультанта министерства или коммерческого банка.

Реформа судов пока не затронула многие проблемы системы. В частности, крайне мало было сделано для обновления судейского корпуса, не предпринято радикального ужесточения отбора кандидатов по критериям, определяющим уровень их правовых и экономических знаний и соответствие этическим требованиям. В силу этой причины и сохраняющейся весьма «ограниченной дееспособности» суда в сложных социально-конфликтных ситуациях общественный статус судьи остается невысоким.

Гарантии независимости суда носят в значительной степени формально-юридический характер. Недостаточность гарантий независимости предопределила податливость судов давлению «силовики» и прокуратуры, наглядным подтверждением чего является остающийся ничтожно низким процент оправдательных приговоров.

Принятие нового Уголовно-процессуального кодекса завершило десятилетнюю эволюцию этой отрасли права, происходившую благодаря решениям Конституционного Суда, которые постепенно очищали УПК РСФСР от многих «родимых пятен» репрессивного судопроизводства. Однако и новый УПК вызывает обоснованную критику за недостаточную жесткую фиксацию принципа презумпции невиновности, недостаточно сильные гарантии состязательности и равноправия сторон в уголовном процессе.

С учетом сказанного можно отметить следующие основные проблемы судебной и правоохранительной систем:

отсутствие должных гарантий независимости судей;

избыточные полномочия силовых структур и прокуратуры в сочетании с хроническими проблемами недофинансирования;

все еще недостаточные процессуальные гарантии основных прав граждан (защиты от незаконного ареста, презумпции невиновности и других);

низкий уровень профессиональной подготовки многих сотрудников прокуратуры и милиции.

В рамках судебной реформы необходимо разрешить ряд организационных, материальных и законодательных проблем, связанных с профессиональной деятельностью судей.

Важнейшей является кадровая проблема. Проведение судебной реформы невозможно без кадрового обеспечения — каждый суд должен быть обеспечен штатом судей и работников аппарата в количестве, дающем возможность качественного осуществления правосудия. Необходимо разработать и утвердить нормативы нагрузки судей и работников аппарата для определения их штатной численности.

Задача пополнения судейского корпуса профессионально подготовленными кадрами требует организации обучения кандидатов в судьи в Академии правосудия и, возможно, в ряде других юридических вузов.

Следует также внести изменения в Федеральный закон «О статусе судей» — отказаться от конкурса на занятие вакантных должностей председателей и заместителей председателей судов, поскольку при существующем порядке судьи длительное время остаются без руководства; действующее руководство суда лишено возможности готовить себе замену, чем нарушается преемственность.

Необходимо решить проблемы обеспечения судей жильем, качественным медицинским обслуживанием. Требуется материально-техническое обеспечение судов на современном уровне.

Надлежащее финансирование судов является ключевым вопросом независимости судебной власти от посторонних влияний, а также основной гарантией успешного проведения судебной реформы. Несмотря на все сложности с бюджетным финансированием, необходимо избавить суды от ежегодного «попрошайничества» у исполнительной и законодательной власти. При всех трудностях установления твердых денежных сумм, выделяемых на судебную реформу, с учетом возможного изменения цен на нефть и других экономических рисков, необходимо и возможно установить твердый процент бюджетных расходов на судебную реформу.

Следует подчеркнуть, что расходы на судебную реформу не вполне совпадают с расходами на суды и являются более широкой бюджетной категорией, в которую входят также затраты на переподготовку прокуроров, следователей и адвокатов. Речь не идет о традиционной профессиональной переподготовке, затраты на которую должны входить в обычное финансирование каждого правоохранительного органа, а о финансировании специальных учебных курсов по экономическому и этическому обучению совместно судей, адвокатов и прокуроров.

Такие программы совместной переподготовки на региональной базе с методологической координацией из центра способствовали бы не только нахождению взаимопонимания по трактовке экономических и этических вопросов между разными профессиональными группами, но и формированию юридического сообщества, характерного для развитых демократических стран.

Кроме того, раздельное переобучение юристов разных профессиональных групп является экономически, методологически и организационно затруднительным и будет стоить значительно дороже.

Следует ввести обязательную норму бюджетных расходов на судебную реформу не менее 2% общих расходов бюджета и зафиксировать ее в Бюджетном кодексе РФ при сохранении существующего законодательного принципа не снижения расходов на суды по сравнению с каждым предшествующим бюджетным годом.

Сейчас расходы на суды являются явно недостаточными, а если к ним добавить и расходы на экономическое и этическое переобучение, то 2% — это минимально возможный уровень.

Судебная реформа должна осуществляться силами не только государства, но и самого юридического сообщества, а также иных подсистем гражданского общества.

Необходимо поощрять корпоративное самосознание юридического сообщества, особенно судейского, добиваясь при этом усвоения ими самых высоких (международно признанных) профессиональных стандартов.

Создание постоянного взаимодействия между корпорациями судей и адвокатов, совместное и регулярное обсуждение с учеными-юристами вопросов судебной реформы могли бы способствовать ее успешному продвижению.

Важнейший вопрос судебной реформы — реформирование прокуратуры. Прокуратура остается по сути неформированным институтом, сохранившись в неизменном виде с советских времен. Концепция судебной реформы, принятая Верховным Советом РСФСР 23 октября 1991 г., определила необходимость ухода от многофункциональности прокуратуры: постепенного сужения общего надзора, приобретшего значение державного орудия принуждения в условиях материальной незаинтересованности производителя и неразвитости гражданского общества; признания доминирующей функцией в прокурорской деятельности уголовного преследования; разграничения функций расследования преступлений и надзора за ним.

Увы, структурная перестройка органов прокуратуры в соответствии с Концепцией судебной реформы до сего времени не состоялась. Все сменявшие друг друга генеральные прокуроры открыто заявляли о приоритетности общего надзора. Не удивительно, что эта сфера не только не сузилась, но даже расширилась. Первый заместитель Председателя Верховного Суда РФ В.И. Радченко писал: «Фактически в демократическом государстве сохраняется государственный институт с полномочиями, скроенными под феодальную абсолютную монархию и модифицированными под потребности государственной власти, ориентированной на жесткую однопартийную систему... К сожалению, принятые 10 февраля 1999 г. дополнения и изменения в Федеральный закон «О прокуратуре Российской

Федерации»¹ обозначили тенденцию к восстановлению функций тотального надзора за жизнью общества, включая получение дополнительных полномочий по вмешательству в сферу частного права, установлению надзора за судебной деятельностью, что прямо противоречит целям судебно-правовой реформы»².

По-прежнему в Федеральном законе «О прокуратуре Российской Федерации» общенадзорная функция сформулирована как безбрежная. Это надзор «за всем и вся». Прокурорам предписано наблюдать за законностью решений всех органов власти и управления, хозяйствующих субъектов, общественных объединений, коммерческих и некоммерческих организаций. Общенадзорные проверки привлекают основные силы и средства прокурорской власти, отнимают много времени и сил, но в итоге дают весьма слабый эффект, поскольку могут охватить лишь ничтожную долю ведомственных актов и решений. На практике общий надзор сплошь и рядом дублирует контрольные функции Счетной палаты, Антимонопольной службы, Росрегистрации, налоговых, экологических и других государственных и общественных органов.

Но, похоже, Генеральная прокуратура РФ не собирается расставаться с полномочиями вторгнуться с надзорными проверками куда угодно. Этому способствует перекодировка направлений общего надзора: проверка выполнения постановлений ЦК КПСС о работе с жалобами и заявлениями трудящихся уступила место борьбе за соблюдение прав и свобод человека и гражданина. Надзор за законностью руководителями Генпрокуратуры ныне называется правозащитной функцией. В.И. Устинов даже объявил прокуратуру главным правозащитником в стране. Ю.И. Чайка продолжил эту линию укрепления и расширения общего надзора прокуратуры, заявляя, что под «прокурорской защитой» должно находиться все население страны и все без исключения права человека. Конкретизируя свой тезис, он перечисляет такие права, как «на защиту от безработицы ... на отдых и безопасные условия труда, но более всего — на вознаграждение за труд... а ведь есть еще права на экологическую безопасность, охра-

¹ СЗ РФ. 1999. № 7. Ст. 878.

² Радченко В.И. Судебная реформа в Российской Федерации. Некоторые теоретические и практические проблемы. М., 1999. С. 50, 51.

ну здоровья и доступную медицинскую помощь, право на защиту интеллектуальной собственности, право на свободу предпринимательской деятельности и так далее»¹. Генпрокурор считает, что «такое полномочие, как надзор за исполнением законов делает прокуратуру универсальным инструментом утверждения в стране законности и правопорядка».

Надежда на то, что прокурорский надзор способен охватить все сферы общественной жизнедеятельности и обеспечить законность на всех ее «этажах» и «нишах», иллюзорна. Задача прокуратура — не отслеживать все отступления от закона — это функция многочисленных государственных и общественных органов с контрольными полномочиями, — а бороться с крайней, общественно-опасной формой правонарушений — преступностью. Место прокурора там, где есть данные о преступлении, его обязанность — обеспечить полноту регистрации заявлений о преступлениях, качественное расследование уголовных дел, привлечение виновных к уголовной ответственности с поддержанием обвинения в суде. За пределами организации борьбы с преступностью вмешательство прокурора необходимо для защиты безгласного интереса (несовершеннолетние, недееспособные, инвалиды, лица, находящиеся в зависимости от правонарушителя), а также для устранения нарушения Конституции РФ и федеральных законов властными органами субъектов Российской Федерации.

Сложный и болезненный вопрос — организация следственного аппарата и соотношение функций прокурорского надзора и предварительного следствия. Концепция судебной реформы не предложила однозначного его решения, обозначив различные варианты возможных преобразований. Нельзя забывать, что в соответствии со ст. 123 Конституции РФ все судопроизводство осуществляется на основе состязательности и равноправия сторон, т.е. не только судебное разбирательство, но и предварительное расследование. Наиболее предпочтительным вариантом обеспечения принципа состязательности в стадии предварительного расследования явилось бы введение фигуры судебного следователя (следственного судьи) при признании за нынешним следственным аппаратом функций вспомогательной

¹ Генпрокуратура переходит на евростандарт // Российская газета. 2006. № 148.

службы прокуратуры. Менее продуктивно, на наш взгляд, создание единого Следственного комитета как службы обвинительной власти, именно потому, что такую организационную структуру будет труднее согласовать с состязательным построением предварительного расследования. Во всяком случае ясно, что необходимо укреплять самостоятельность следователя, который должен стать центральной фигурой предварительного расследования. Создание в Прокуратуре РФ Следственного комитета этот ключевой вопрос не решает, поскольку следователь переходит в процессуальное подчинение от прокурора к руководителю следственного органа, который к тому же является заместителем прокурора. В любом случае у прокурора, как «хозяина» обвинения, должна оставаться в определенном объеме функция процессуального руководства расследованием, ибо он будет выступать в суде государственным обвинителем.

Российская адвокатура находится в состоянии серьезного кризиса и ее успешное реформирование является одним из важнейших условий судебной реформы в целом. Кризис адвокатуры усиливается возрастающим давлением на нее со стороны силовых структур и прокуратуры.

Принятие с большим опозданием Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» и нечеткость некоторых его положений привели к затягиванию формирования современной структуры адвокатуры, заполнили ее адвокатами, пришедшими через так называемые параллельные коллегии без серьезного корпоративного обучения, которым всегда отличалась российская адвокатура. Так же, как суды, следствие и прокуратура, адвокатура нуждается в серьезной дополнительной подготовке в экономической и этической сферах.

С сожалением следует отметить, что такие факты, как изъятие в изоляторах материалов адвокатского досье под предлогом контроля за перепиской вызывают обоснованные предположения о существовании тотального видео- и аудиоконтроля тюремными властями встреч адвокатов со своими подзащитными в комнатах свиданий по всем «громким» уголовным делам. Разрешенный законом видеоконтроль при современных технологиях позволяет контролировать каждое слово, которое адвокат и его подзащитный могут написать друг другу, опасаясь прослушивания.

Поскольку тюремные власти через общие силовые структуры имеют возможность передавать содержание бесед адвокатов с подзащитными, право на защиту по наиболее приоритетным для исполнительной власти делам фактически сводится на нет. Необходимы акции с участием общественности по проверке наличия видео- аудиозаписывающей аппаратуры в комнатах свиданий адвокатов и их подзащитных. Необходим также контроль за прослушиванием телефонов адвокатов. Тотальный «электронный» контроль за адвокатурой по «громким» делам сводит на нет все достижения судебной реформы.

Новая Концепция судебной реформы должна стать продолжением Концепции 1991 г., сохраняя не только преемственность принципов, но и соответствующий статус этого документа. Поэтому Концепция должна быть принята Федеральным Собранием Российской Федерации. Для контроля за ее осуществлением целесообразно создать в Государственной Думе отдельный Комитет по судебной реформе, как это сделано, например, в парламенте Казахстана. В рамках этого комитета желательно для контроля за сотоянием дел с независимостью судебной власти создать подкомитет по разделению властей, который в свое время действовал в Сенате США.

Адвокатура в свою очередь должна стать катализатором правовой реформы и одной из главных движущих сил судебной реформы. Нужно только помнить важную обязанность нашей адвокатуры, представленной своими организациями в Международной Ассоциации Юристов, штаб-квартира которой находится в Лондоне, по соблюдению принятой в 2005 г. в Праге Резолюции МАЮ следующего содержания:

«Международная Ассоциация Юристов (МАЮ) представляющая юристов мира, выражает озабоченность повсеместно продолжающейся эрозией значения принципа верховенства права. МАЮ приветствует принятые в некоторых странах решения судов, которые восстанавливают значение принципа верховенства права. Такие судебные решения подтверждают фундаментальную роль независимого суда и независимого юридического сообщества для поддержания этого принципа. МАЮ также приветствует и поддерживает усилия национальных организаций юристов по привлечению внимания к необходимости соблюдения следующих основ верховен-

ства права: независимая и непартийная судебная власть; презумпция невиновности; право на своевременное, объективное и открытое судебное разбирательство; рациональный и пропорциональный вине подход к наказанию; сильное и независимое правовое сообщество; строгая защита конфиденциальности общения между адвокатом и его клиентом; равенство всех перед законом. Соответственно, неприемлемыми являются необоснованные аресты; секретные суды; неограниченное лишение свободы без решения суда; жестокое и унижительное обращение и наказание, а кроме всего, незаконное влияние на процесс выборов. Верховенство права является основой цивилизованного общества. Оно поддерживает прозрачный процесс, доступный и равный для всех, устанавливая принципы свободы и защиты. МАЮ призывает все страны уважать эти фундаментальные принципы, а также призывает своих индивидуальных и коллективных членов бороться в своих странах за Верховенство Права».

Для собственного успешного развития и выполнения своей миссии по защите гражданского общества адвокатура должна самостоятельно осуществлять свои международные связи без участия в качестве посредников любого уровня государственных или общественных структур. Время, когда адвокатуру в мире представляли кто угодно, только не сами адвокаты, безвозвратно кануло в прошлое. Адвокатская палата г. Москвы вступила в качестве ассоциированного коллективного члена в наиболее влиятельную международную организацию юристов — Международную Ассоциацию Юристов (International Bar Association), сокращенно МАЮ, и собирается совместно с Федеральной палатой адвокатов Российской Федерации и Международным Союзом (Содружеством) Адвокатов проводить конкретную программу обмена опытом и другого взаимодействия с мировым правовым сообществом. Те региональные палаты адвокатов, в руководстве которых имеются адвокаты, свободно говорящие по-английски (условие работы на заседаниях МАЮ), могли бы с учетом мизерности годового вступительного взноса (350 долл. США) рассмотреть вопрос о своем ассоциированном членстве и проводить прямые контакты с МАЮ.

Хотелось бы завершить нашу статью еще одной цитатой из тезисов В.Д. Зорькина:

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

Правовая реформа должна осуществляться силами не только государства, но и самого юридического сообщества, а также широкой общественности. Необходимо поощрять корпоративное самосознание юридического сообщества, особенно судейского, но необходимо и требовать внедрения им в своих рядах самых высоких профессиональных этико-правовых стандартов.

Успешному развитию судебно-правовой реформы могли бы способствовать постоянное взаимодействие между корпорациями судей и адвокатов, совместное и регулярное обсуждение с учеными-юристами проблем и перспектив ее осуществления.

Особо следует подчеркнуть важность повышения правосознания, заключающегося в безусловном уважении к правовым ценностям, в первую очередь к конституционным ценностям со стороны всех государственных органов. Применение ими права (добровольное, без судебного воздействия) является индикатором правовой культуры государства, показателем уровня его правового и особенно конституционного развития. Отношение общества в целом и каждого его члена в частности к конституционным ценностям является лакмусовой бумажкой наличия либо отсутствия гражданского общества в России».

Петр Баренбойм

КОНСТИТУЦИОННАЯ ЭКОНОМИКА КАК ФУНДАМЕНТ ПРАВОВОЙ РЕФОРМЫ В РОССИИ

Если не форсировать в стране правовую реформу, то все остальные реформы, прежде всего создание правовой, конституционной экономики, с очень большой вероятностью начнут буксовать. И очень скоро.

Валерий Зорькин

В цитате, выбранной в качестве эпиграфа к этой статье, В.Д. Зорькин совершенно справедливо увязал правовую реформу и конституционную экономику. В такой стране переходного периода, какой является сейчас Россия, все реформы должны быть направлены на повышение эффективности экономики. В то же время, по-видимому, сама правовая реформа не сможет достигнуть необходимого масштаба без распространения идей конституционной экономики. Для адвокатов и всех юристов конституционная экономика является эффективным практическим методом, с которого может начинаться любой правовой анализ позиции по любого рода экономическим спорам, особенно в случаях неясности, противоречивости и неопределенности законодательства и иных нормативных актов, что встречается в жизни на каждом шагу.

Термин «конституционная экономика» был предложен американским экономистом Ричардом МакКинзи при определении главного предмета обсуждения на конференции, прошедшей в 1982 г. в Вашингтоне. Создание этого термина из прилагательного «конституционный», добавленного к знакомому экономистам существительному, означало комбинацию концепций, которая была необходима для определения и выделения нового научного направления, ранее существовавшего как интегральная, хотя и особо уважаемая часть предшествующих многолетних исследований экономистов. При этом было признано, что термин «конституционная политика» не вполне подходит для характеристики взаимосвязи экономики с

фундаментальными законами общественного порядка. Термин Мак-Кинзи был воспринят другим американским экономистом Джеймсом Бьюкененом в качестве названия им же самим разработанного научного направления. Хотя позже при учреждении в 1990 г. журнала было использовано название «Конституционная политическая экономия», вероятно, чтобы разбавить общепринятой терминологией непривычно весомое для экономистов слово «конституционная», лингвистически почти доминирующим над словом «экономика» в названии новой научной дисциплины¹.

Давно необходимый шаг экономики к конституционному праву (без всякого участия юристов) был сделан, и «экономический империализм», о котором так любят писать экономисты, обернулся не «захватом» и присоединением засушливых юридического полей, а, скорее, наоборот, неожиданным широкомасштабным вторжением принципов, категорий и понятий конституционного и иного права в цветущие сады экономической науки, что сами экономисты, похоже, еще не в полной мере осознали.

Конституционные нормы и принципы, которые ранее виделись ограничителями рациональной экономической деятельности, обернулись неизменными духовными ценностями, настоятельно требующими от экономики своего максимально возможного материального обеспечения. Проще говоря, с помощью ими же инициированной конституционной экономики экономисты «узнали» мир новых понятий и новую сферу анализа, где их традиционные подходы могут не вполне срабатывать.

Вряд ли установленная человечеством хронология событий и структура отрезков времени влияет на что-нибудь, кроме психологии самого человека, хотя нельзя не признать своевременность появления научного направления «конституционной экономики» именно накануне XXI в. и начала третьего тысячелетия. Правда возникло это направление на Западе около полувека назад вначале в рамках общего направления «экономика и право» (другие названия — «экономическая теория права» и «экономика права»), а затем выделилось и оформилось в самостоятельное течение под названием «конституционная экономика».

¹ James Buchanan, *The Domain of Constitutional Economics*, *Constitutional Political Economy*, vol. 1, no. 1, 1990.

Классиком и основателем конституционной экономики является американский экономист Джеймс Бьюкенен, получивший за это в 1986 г. Нобелевскую премию. Он ввел в оборот понятия «конституционное гражданство» и «конституционная анархия», дал тщательнейший анализ известных конституционно-правовых понятий, сделавших бы честь любому юристу. Разумеется, он рассматривал «конституционность» в смысле значения этого слова в английском языке и применял к семье, фирме, общественной организации, но все же в первую очередь — к государству. По всей видимости, у него не было союзников-юристов, потому что он делал упор на возможность анализа и продвижения конституционной экономики силами экономистов. В итоге после Бьюкенена, отошедшего в связи с преклонным возрастом от активных исследований, остался и внедрился в учебный процесс в экономических вузах России курс «институциональная экономика», в то время как российская модель конституционной экономики продвигается совместными объединенными усилиями группы юристов и экономистов.

Несмотря на конъюнктурное преимущество конституционной экономики, которая в 2006 г. была введена Президиумом Российской академии наук в качестве специальности для выборов в члены-корреспонденты РАН, научным направлениям конституционной и институциональной экономики в России еще предстоит «выяснить» соотношение между ними. В первую очередь, это будет происходить в учебном процессе. Для этого, конечно, придется поговорить не только о традиционных методе, предмете и т.д., но и о роли науки, в том числе конституционного права, в государственной практике и особенно в законодательном оформлении бюджета.

Пока контуры будущей дискуссии еще намечаются, но уже сейчас будет полезно обратиться к трудам самого Бьюкенена, чтобы лучше понять и использовать для уточнения предметов и методов его обширные труды.

Нам хотелось бы поразмышлять вместе с читателем над его Нобелевской лекцией, в которой Бьюкенен постарался кратко изложить свои основные идеи.

Лекция разбита на небольшие разделы, сопровождаемые в качестве эпиграфов цитатами из работы конца XIX в. шведского экономиста Кнута Викселла, который оказал серьезное влияние на творчество

Бьюкенена. Одна из них предваряет главку под названием «Методологический индивидуализм». Вискселл пишет: «Если полезность для каждого отдельного гражданина равна нулю, то совокупная полезность для общества также будет равна нулю». И сразу же — другой эпиграф к главке под названием «Конституция экономической политики», которая хорошо дополняет первую. В этом эпиграфе Вискселл утверждает, что о том, «приносит ли деятельность государства больше пользы конкретным гражданам, чем она им обходится, никто не вправе судить лучше самих граждан»¹.

После этих цитат становится понятной основа конституционной экономики, найденная случайно в университетской библиотеке Бьюкененом в 1948 г. в книге Вискселла, опубликованной в 1896 г. на немецком языке. Правда, случай произошел благодаря тому, что библиотека в свое время приобрела книгу неизвестного в Америке шведа, а Бьюкенен знал немецкий язык. Как свидетельствует Бьюкенен, «Вискселл бросил вызов традициям теории государственных финансов» и это совпало с его собственными взглядами. Интересна и первая реакция Бьюкенена: он сразу организовал перевод книги Вискселла, чтобы сделать его доступным широкому кругу читателей.

«Голая суть послания Вискселла ясна, элементарна и не требует доказывания», — объясняет Бьюкенен. — «Экономисты должны прекратить практику предложения политических советов как будто они наняты на работу склонным к благотворительности деспотом, а вместо этого должны сконцентрироваться на государственной структуре, в рамках которой принимаются политические решения... Я убеждал экономистов сосредоточиться на «конституции экономической политики», чтобы исследовать правила и ограничения, в рамках которых действуют политики. Как и у Вискселла, моя цель была скорее нормативной, т.е. направленной на создание наилучших нормативных актов, чем чисто академической. Я считал, что суть экономического смысла, в первую очередь, вытекает из взаимоотношений между гражданином и государством, а уже потом из авансированных политических подходов... Предложенный подход к институционально-конституционной реформе упорно сдерживался почти сто-

¹ James M. Buchanan, *The Logical Foundations of Constitutional Liberty*, Liberty Fund, Indianapolis, 1999.

летие после публикации Вискелла». Здесь следовало бы заметить, что внедрение конституционной экономики в России в настоящее время также сдерживается традиционными подходами в экономической и особенно юридической науке.

Своей заслугой Бьюкенен считает, что он вывел проблемы на конституционный уровень, в отличие от Вискелла, который не выступал за реформу законодательных органов даже в случае, если они принципиально основывали свои финансовые и налоговые решения не на принципе справедливости (под которой он имел в виду современное понятие «эффективность»). Особое место в лекции Бьюкенена занимает вопрос о проблеме соотношения экономических возможностей, идущих друг за другом поколений, которые, даже если они живут одновременно, всегда находятся в неравных позициях с точки зрения доступа к власти и процессу принятия финансовых решений, которые влияют непосредственно и в перспективе на другие поколения.

Эту мысль Бьюкенена хорошо иллюстрирует современная Россия, где глубокие старики фактически, а молодежь до 18 лет юридически не могут оказать никакого влияния на текущую финансовую политику. Что же касается неродившихся поколений, то они просто будут «расхлебывать» то, что варилось на предшествующей политической кухне. Поэтому важна мысль Бьюкенена, что конституция, рассчитанная на применение в течение нескольких поколений, может корректировать конъюнктурные экономические решения, а также балансировать интересы государства и общества в целом с интересами отдельного индивида и его конституционным правом на индивидуальную свободу и право на индивидуальное счастье.

В заключение своей Нобелевской лекции Джеймс Бьюкенен сравнил Кнута Вискелла с легендарным конституционным мыслителем и одним из первых президентов США Джеймсом Мэдисоном. Он сказал:

«Оба отвергли любую органическую концепцию интеллектуального превосходства государства над своими гражданами. Оба пытались использовать все возможные методы научного анализа для ответа на вечный вопрос общественного устройства: как мы можем жить вместе в мире, благополучии и гармонии, сохраняя в то же время наши права и свободу в качестве самостоятельных личностей, которые могут и должны создавать собственные ценности?»

Бьюкенен закончил свою лекцию этим «вечным» вопросом, который по сути и является, наверное, предметом конституционной экономики. Но ведь вопрос о соотношении прав личности и государства является основным вопросом демократии в целом и конституционного права в частности. Конституционная экономика увязывает его с материальными условиями жизни и тем самым существенно дополняет и развивает традиционный конституционный анализ.

Гражданское общество и суды нуждаются в методологии оценки конституционности действий государства в сфере экономики, например, при расходовании государственных средств, поскольку это требует специального экспертного знания. Государство нуждается в этой методологии для самоконтроля. Конституционная экономика разрабатывает вопросы такой методологии и поэтому на данном этапе выдвигается на передовые позиции в науке и практике. Ситуация эта, возможно, временная и связана с особенностями переходного периода в России и всех посткоммунистических странах, имевших полуфиктивные конституции и волонтаристски управляемые экономики. А может быть, конституционная экономика станет мощным научным направлением XX в. для всех стран без исключения. Последнее кажется наиболее вероятным. Конкретность и комплексность выдвигаемых XXI столетием вопросов начинает серьезно не совпадать с унаследованной от XX в. и всего предшествующего тысячелетия традиции отвечать на вопросы по частям, дробя их между науками и специалистами, избегая простоты и ясности, а значит и ответственности за даваемые ответы. Вероятно у XXI в., не будет времени на всю эту привычную казуистику. Поэтому те, кто, закрываясь и парируя критику щитом и мечом своего отличающегося от других наук предмета и метода, отсиживаясь за дверями кафедр, отделов, факультетов и целых институтов, рискуют оказаться на обочине не только науки, но и самой жизни.

Возьмем любой номер какой-нибудь известной газеты, например, «Нью Йорк Таймс» за 10 апреля 2007 г. В ней сразу можно найти две статьи по остропроблемной тематике конституционной экономики. Одна статья посвящена проблеме уровня оплаты высших должностных лиц государства на примере Сингапура (там министры получают зарплату свыше миллиона долларов) в ее сочетании с уровнем коррупции надлежащего выполнения государственных обязанностей.

Другая статья на примере штата Нью-Йорк описывает серьезный конфликт между судебной властью этого штата и исполнительной и законодательной властями по вопросу о надлежащем уровне оплаты судей. Обе проблемы принадлежат к важным вопросам как конституционного права, так и экономической науки, но вряд ли могут быть решены в рамках только одной из них. Теме каждодневности проблем конституционной экономики на базе просмотра газет в течение десяти дней подряд будет посвящена отдельная статья «Четверть века и 10 дней конституционной экономики».

Основы российской модели конституционной экономики, базирующейся на принципе совместного и одновременного анализа юристами и экономистами возникающих в теории и на практике вопросов, изложены в учебнике для экономических и юридических¹.

Приведу достаточно простой пример, характеризующий важность конституционной экономики для России. В стране стремительно сокращается трудоспособное население, да и вообще всякое население. Тесное переплетение между собой экономики и права на конституционном уровне особенно видно в бюджетной сфере и ставит практические вопросы. Министерство финансов РФ в начале 2007 г. вышло с предложением, необычно быстро одобренным законодателями, о создании Фонда будущих поколений уже в рамках не одногодичного, а трехлетнего бюджета на 2008—2010 годы. На первый взгляд, эта идея выглядит красиво, особенно с позиций конституционной экономики. Здесь и стратегический взгляд в будущее, и отказ от позиции сиюминутной государственной выгоды ради благосостояния народа и одновременно решение практического вопроса о (говоря языком экономистов) «стерилизации излишней ликвидности» во избежание сегодняшней инфляции. Но напрашивается и другой подход к этой проблеме, поскольку будущие поколения в ситуации сокращающейся численности населения, высокой детской смертности и открытой бедности большинства молодежи могут просто не родиться.

На фоне откладывания доходов бюджета в стабилизационные и иные фонды особенно странно звучат признание министра здраво-

¹ Баренбойм П., Гаджиев Г., Лафитский В., Мау В. Конституционная экономика. М.: Юстицинформ, 2006.

охранения РФ в телепрограмме в марте 2007 г., что непоставка лекарств льготникам в регионы связана с задолженностью государства перед поставщиками за предыдущий год в размере примерно 1,5 млрд долл. Получается, что люди должны болеть и умирать без лекарств ради пополнения Фонда будущих поколений!

С другой стороны, лозунг «немедленно истратить все, что имеем» вряд ли будет соответствовать конституционной экономике, требующей сочетания экономической целесообразности с максимально возможным уровнем материального обеспечения конституционных прав и свобод.

Другим вопросом, связанным с гарантированием процветания будущих поколений, кроме очевидных затрат на здравоохранение, являются расходы на науку и образование, в том числе, а может, и в первую очередь, в сфере экономики, права, программирования, обучения английскому языку. Прочитую авторитетное суждение Валерия Зорькина:

«Высококвалифицированные юристы — в острейшем дефиците. Юридическая наука, как таковая, не обеспечена специалистами той квалификации, которая позволяет решать грандиозную задачу создания новой правовой системы. И в том числе поэтому российских студентов-юристов нередко учат не просто плохо, но и «праву вчерашнего дня»... То, что студенту преподают даже на третьем-четвертом курсах, к моменту окончания вуза уже устаревает или оказывается ошибочным... Приходится констатировать серьезное отставание российского юридического образования от мировых стандартов, особенно в сфере гражданского и предпринимательского права... в учебных программах юридических вузов изучению этих вопросов уделяется очень мало внимания — только сейчас (2004 год. — П.Б.) в нескольких московских вузах начато преподавание спецкурса «Конституционная экономика»... Параллельно следует расширить преподавание правовых дисциплин в экономических вузах. Основы права и экономики, в том числе конституционного права и конституционной экономики, надо ввести в учебные планы школ и технических вузов... Одной из главных проблем современной России является явно недостаточная забота об уровне высшего образования... Поэтому для России введение в юридических и экономических вузах такого нового учебного курса, как конституционная экономика становится кри-

тически важным. Это может стать пусть временной, но серьезной мерой, ведущей к существенному повышению качества обучения...

Мы не вкладываем средства в серьезное повышение массового уровня знания иностранных языков у юристов и экономистов, а также в обеспечение взаимного обмена знаниями между ними. Результатом является плохое качество экономического законодательства, проблемы в практике его применения и, в конечном итоге, отставание в экономическом развитии».

Есть у Валерия Зорькина и ответ, откуда брать деньги на масштабную реформу высшего образования в сегодняшней ситуации, когда вся «гражданская» (т.е. не военная) расходная часть годового бюджета России меньше ежегодных расходов бюджета США только на среднее образование. Он считает, что «если у России сейчас нет денег на инновации в обучении праву и экономике, следует временно решать эти вопросы реструктуризацией учебного процесса».

Но это, если денег нет. А если они есть, но их откладывают на «будущие поколения»? Весь вопрос о Фонде будущих поколений и аргументация за и против его создания лежат в сфере конституционной экономики и не могут быть объективно рассмотрены в рамках раздельного традиционного экономического и правового анализа.

Пенсионная реформа, от которой власти в основном открещиваются, переводя все стрелки на отдельных и не самых высоких должностных лиц, если ее рассмотреть с позиций конституционной экономики, будет являться не инфляционным расходом денег, как негласно полагают приближенные к власти экономические эксперты, а основой для создания у людей уверенности в завтрашнем дне, что позволит им работать спокойней и производительней, а также опосредованно уменьшит воровство, взяточничество, мелкое и крупное мошенничество (включая зарплату в конвертах из-за чего пенсионная система недосчитывает огромные деньги), которое приняло в стране массовый характер не по причине повальной склонности российских граждан к не правовому образу действий, а, в первую очередь, из-за неуверенности людей, что пенсионная система обеспечит в старости сначала их родителям, а затем и им самим достойный уровень существования. Увеличивая расходы на стариков, страна не подрывает экономические устои, а, наоборот, увеличивает эффективность экономики.

Скорее всего, экономисты будут рассматривать вышесказанное как психологический фактор, который, возможно, влияет на экономические показатели. Но я говорю здесь не о психологическом или моральном факторе, а именно о конституционном общеобязательном для всех властей факторе, о конституционной экономике, которая вслед за Конституцией РФ обязывает (именно обязывает, а не предлагает) власти страны «стремиться обеспечить благополучие и процветание России» (Преамбула Конституции РФ), «создавать условия, обеспечивающие достойную жизнь и свободное развитие человека», «защищать материнство и детство», гарантировать соответствующее вышесказанному «социальное обеспечение по возрасту, болезни, инвалидности, потери кормильца, для воспитания детей», а также «право на жилище и охрану здоровья и медицинскую помощь», «благоприятную окружающую среду», «на образование» (ст. 7, 38—43).

При этом государство гарантирует и соблюдает «сознание себя как части мирового сообщества» (Преамбула), «свободу экономической деятельности», с учетом того, что «общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры РФ являются составной частью ее правовой системы», а также гарантирует «право на свободное использование своих способностей и имущества для экономической деятельности» (ст. 8, 15, 34). Для выполнения этих целей государство «обеспечивает устойчивость рубля», «разрабатывается бюджет и обеспечивается его исполнение», «обеспечивается проведение финансовой, кредитной и денежной политики, также политики в области культуры, науки, образования, здравоохранения, социального обеспечения, экологии» (ст. 75, 106, 114 и т.д.). Отдельно следует отметить множество положений Конституции РФ, которые предписывают соблюдение конституционного принципа федерализма и участие властей всех уровней в разработке и осуществлении экономической политики.

Требования Конституции РФ Основного закона нашей страны до сих пор воспринимаются большинством граждан и подавляющим большинством правительственных чиновников не как непосредственные законодательные предписания, а как некие пусть красивые, но декларативные лозунги, оторванные от реальной жизни.

Без развития конституционной экономики трудно будет переломить традиционную «несосредоточенность» российского государ-

ственного аппарата на вопросах благополучия граждан как главной цели государственной деятельности.

Конституционная экономика не вырабатывает новое знание (его вполне достаточно в экономической и конституционно-правовой науке, а скорее, обеспечивает понимание, как эти знания должны совмещаться и взаимодействовать в интересах развития национальной экономики и практического достижения основных конституционных ценностей).

В то же время важность конституционной экономики все еще недооценена и не понята, особенно в юридической науке.

Многие адвокаты и другие юристы-практики также не вполне понимают значение конституционной экономики для, например, судебных дел, где нормы и принципы Конституции РФ применяются или могут быть применены в ходе аргументации и рассмотрения экономических споров.

На основании только норм Конституции РФ в силу их непосредственного действия можно обращаться в любой (а не только в Конституционный Суд РФ) судебный орган и добиваться защиты нарушенных конституционных ценностей и прав, так или иначе связанных с экономикой.

В 2007 г. исполнилось ровно 25 лет со дня первого известного употребления термина «конституционная экономика». Это событие совпадает с десятилетием выхода июльского номера журнала «Вопросы экономики» и книги «Нобелевские лауреаты по экономике. Джеймс Бьюкенен»¹, широко представивших конституционную экономику российской научной общественности. Так что и в России конституционная экономика отмечает свой юбилей.

Та информационная насыщенность и почти абсолютная новизна многих серьезных проблем, которыми буквально огорошили, по крайней мере, нас в России первые же годы XXI столетия, ясно показывают необходимость новых подходов даже в тех отраслях знаний, которые казались хорошо и надолго устоявшимися, например, экономика или право. Тот, кто этого еще не понимает, рискует серьезно и надолго отстать от общемирового уровня знаний, что

¹ Нобелевские лауреаты по экономике. Джеймс Бьюкенен. М.: Таурис Альфа, 1997.

вряд ли можно будет оправдать ссылками на любого рода российскую самобытность.

Особенно это важно для юристов-конституционалистов, которые первыми должны ответить на вызовы нового времени. Если юристы не сделают шаг навстречу конституционной экономике, она просто пройдет мимо них, предоставив экономистам, социологам и политологам самостоятельно методологией своих наук определять содержание тех конституционных ценностей, которые должны реализовываться в экономических решениях государства и напрямую связаны с конституционными понятиями благосостояния народа и материальными гарантиями конституционных прав и свобод.

Если так произойдет, тогда конституционному праву останется только формальная систематизация конституционных текстов и преподавательская деятельность по вопросам структуры и истории создания текстов конституций. Я рискну утверждать, что без знания и понимания конституционной экономики современный юрист-конституционалист будет не в состоянии дать не какой-нибудь, а именно юридический анализ не менее чем половины текста Основного закона. В этом случае российская наука конституционного права не сможет помочь судьям Конституционного Суда РФ, уставным судам регионов и всем остальным судам проводить содержательный анализ норм и принципов Основного закона и находить правильные критерии при оценке и решении всех дел, так или иначе связанных с благосостоянием народа и материальными гарантиями конституционных прав и свобод.

Тогда отсутствие специального знания вопросов взаимозависимости принципов и норм Основного закона и государственных решений, непосредственно затрагивающих вопросы благосостояния народа и всех отдельных граждан, будет «восполнено» в судах субъективизмом, случайной конъюнктурой, уступкой давлению других органов государственной власти. Именно последнее будет по существу лишать суд возможности составлять самостоятельное мнение по вопросам, связанным с экономикой, а значит, де факто ограничивать его самостоятельность и независимость, с одной стороны, и может нанести ущерб материальным гарантиям конституционных прав и свобод, с другой. Разделение властей по существу будет све-

дено на нет неспособностью судебной власти иметь самостоятельное суждение по вышеприведенным вопросам.

Конституция РФ 1993 г. является первым реально действующим Основным законом в почти тысячелетней истории страны, не считая, конечно, полуфиктивные царские и советские конституции XX в. Поэтому период, когда Россия начала привыкать жить по Конституции, совпал со временем вхождения государства и общества в рыночную экономику. Если на Западе термин «конституционная экономика» появился в 1982 г., а само научное направление начало оформляться в 1960—1970 гг., то Россия (как и другие постсоветские республики) уже в начале 90-х гг. поняла необходимость балансировать конституционные материальные гарантии, предоставленные гражданам России, с экономической реальностью 90-х гг.

Мне кажется, что не вполне удачны попытки заменить понятие «конституционная экономика» понятием «экономическая конституция», поскольку такой термин лишь фиксирует наличие определенных экономических требований и условий в тексте Основного закона, а «конституционная экономика» отражает соответствие существующей экономической реальности конституционным требованиям и положениям. А ведь это и является самым важным и новым в научном направлении, на основе равноправия и одновременности анализа использующем конституционно-правовые и экономические категории. В какой-то мере можно рассматривать «экономическую конституцию» как попытку сначала немецких, а теперь и российских юристов традиционного типа «закрыться» от широкомасштабного «вторжения» экономистов на их территорию. Такое отгораживание ничего не дает. Юристы, применив новую терминологию, ни на шаг не сдвинулись к пониманию необходимых им экономических категорий, а экономисты в свою очередь без взаимодействия с юристами не могут использовать конституционные понятия, требующие в употреблении многолетней специализации.

Когда экономисты мудренно рассуждают о ставках, процентах, резервах и инфляционных ожиданиях, они не рассматривают как условия для решения своей задачи соблюдение конституционных принципов и норм. Они не вводят в систему координат любой конкретной дискуссии позицию юристов об обязанностях властей разных уровней учитывать при бюджетных или более долгосрочных фи-

нансовых решениях обязательства по соблюдению сформулированных в тексте Конституции РФ норм, а также прямо не прописанных в тексте конституционных принципов (федерализм, разделение властей), обеспечивающих, в конечном счете, экономические, социальные и иные права граждан и общества. Юристы-конституционалисты и экономические эксперты в бюджетной сфере искренне не понимают друг друга, хотя, как правило, юристы почти всегда по чисто психологическим причинам пасуют перед математическими формулами и научным аппаратом экономистов. Что, конечно, не делает экономистов более правыми, а бюджет более точным с точки зрения конституционных положений.

Мудрейший Евгений Григорьевич Ясин однажды во время телевизионной дискуссии сказал автору этих строк примерно следующее: «Знаете, Петр, в спорах юристов и экономистов чаще правы юристы, но почти всегда побеждают экономисты, потому что, если нет денег на осуществление какого-то права, то и реализовать его невозможно». Кажется, наш ведущий экономист и бывший Министр экономики России сформулировал, на первый взгляд, диалектическую суть конституционной экономики: единство и борьбу долговременной конституционной формы и ее, в первую очередь, ежегодного, экономического наполнения или, может быть, точнее, конституционного содержания государственной деятельности и ее экономических рамок. Впрочем, боюсь, что «борьба и единство» звучит уж очень в традициях марксистского гегельянства. Может быть, лучше всего говорить просто о единстве конституционно-правового и экономического содержания государственной деятельности, которое не реализуется в полной мере из-за недопонимания этого единства при принятии практических экономических решений, а также из-за разделенности и взаимной глухоте юридических и экономических экспертов.

В конституционной экономике речь идет не просто о само собой понятном и необходимом взаимном дополнении юридического и экономического анализа, а об их частичном слиянии и взаимопроникании, причем, как в теории, так и на практике, т.е. (опять в формуле марксистского гегельянства) об их методологическом единстве в целях устранения их фактической противоположности.

Мудрейший юрист, экс-Председатель Конституционного Суда России Владимир Александрович Туманов, к своим 80 годам став-

ший удивительно похожим на Вольтера и внешне, и остротой ума, в другой (не телевизионной) беседе поразил меня глубоким вопросом о том, не будет ли конституционная экономика и вообще экономический подход слишком приземлять высокие ценности конституционного права. Тут, конечно, есть над чем призадуматься. Конституционные ценности должны иметь временной запас, ресурс на будущее и поэтому не все из них предназначены для немедленно осуществления в жизнь по причине отсутствия необходимых материальных возможностей и другим причинам. Заземляя или приземляя их к условиям экономической современной реальности, мы, возможно, и создаем некую компромиссную ситуацию, влияющую на вневременное содержание высших конституционных ценностей. Однако чрезмерный отрыв норм и принципов Конституции от объективной экономической реальности будет еще хуже, потому что это создает базу для игнорирования в каждодневной государственной деятельности требований Основного закона.

Поскольку конституции во многих переходных странах все еще рассматриваются как абстрактные юридические документы, напрямую не связанные с практической экономической деятельностью государства, внедрение конституционной экономики является принципиальным и критически важным моментом для демократического развития государства и общества этих стран. При этом мы не принимаем во внимания научные и политические рассуждения, ссылающиеся на успешное индустриальное развитие СССР при диктатуре Сталина, Чили при Пиночете, и, наконец, экономические успехи современного полудиктаторского Китая. В XXI в. уже нельзя аргументировать доводами развития экономики за счет элементарных свобод человека, его права на счастье и личное благополучие. По крайней мере, в России, где несколько поколений подряд жили в фактической (по сравнению с уровнем передовых стран) нищете и страхе перед властью.

Конституционная экономика необходима в первую очередь для государств переходного периода, где не сложилась еще традиция уважения к конституционным нормам и принципам в практике государственной деятельности при принятии экономических решений.

Очень большое значение имеет конституционная экономика для межгосударственных интеграционных объединений. Европейский

Союз носил и носит, в первую очередь, экономический характер, но и для его успешного развития понадобилась Конституция ЕС, вокруг окончательного принятия которой идет в настоящее время серьезная борьба. Стало ясно, что дальнейшее успешное экономическое развитие Европы невозможно без внедрения в жизнь принципов и норм юридического документа типа конституции. Интересны и конституционные поиски последних 15—20 лет, когда в ЕС по инициативе практиков-финансистов возникла концепция, полностью соответствующая подходам конституционной экономики и связанная с принципом независимости центральных банков от других органов власти. В этой инициативе отчетливо проявила себя одна из главных идей конституционной экономики — финансовые средства государства являются достоянием не государства, а народа. А значит, они должны расходоваться в соответствии с конституцией страны — единственным правового акта, автором которого является непосредственно «Мы, народ», как это указано в преамбулах конституций России и США.

Эта абстрактная идея, оказывается, имеет конкретное финансовое содержание, как, впрочем, и вся конституционная экономика. Независимость центральных банков практически закреплена уже в законодательстве ряда ведущих стран и даже отчасти в ст. 75 Конституции РФ и еще ждет от научного направления конституционной экономики своего теоретического обоснования. Об этом прямо сказал на симпозиуме по случаю 200-летия Банка Франции в 2000 г. его тогдашний глава Жан-Клод Трише: «Мы ещеждемся нового Монтескье, который продемонстрирует, что современная демократия сейчас естественным путем идет рука об руку с непартийной независимой финансовой властью...». Далее он заявил, что центральные банки не входят ни в какую ветвь власти и ответственны непосредственно перед народом, гражданами страны. Традиционная доктрина разделения властей в данном случае дополняется и развивается не через традиционное конституционное право, а с помощью подходов конституционной экономики. Центральный Банк ЕС фактически независим в рамках вышеуказанной концепции. Экономическая реальность ставит перед традиционным российским конституционным правом новые вопросы, без своевременного ответа на которые оно может быстро превратиться в науку (и учебную дис-

циплину) вчерашнего дня со всеми вытекающими последствиями. Тем более, что в мире само понятие конституционализма шире нашего, российского.

Например, Конституция ЕС не является конституцией в смысле Основного закона государства — единственном широко принятом в русском языке. Мы уже неоднократно обращали внимание на то, что слово «конституция» имеет в английском языке намного больше общепринятых значений, куда входят не только конституции государств, но и уставы корпораций, общественных организаций, а также неформальные и неписанные правила клубов, групп по интересам, традиций семей и т.д.

Поэтому мы выделяем и используем в российской модели научного направления «конституционная экономика» только понятие «конституция» в смысле Основного закона государства, как это принято в современном русском языке. Интересно отметить при этом роль конституционной экономики для такого интеграционного (сегодня, к сожалению, скорее дезинтеграционного) межгосударственного образования, как Содружество Независимых Государств. Поскольку разрушение многовековых хозяйственных связей привело к ухудшению благосостояния людей и упадку уровня производства в странах СНГ, а также с учетом важности сохранения сложившегося столетиями геоэкономического пространства в интересах будущих поколений (к чему обязывает, например, Преамбула Конституции РФ), подход с позиций конституционной экономики является в решении вопросов СНГ обязательным для высших органов власти России, которые сейчас, сами, возможно, того не желая, фактически способствуют развалу этой организации. Проще сказать, конституционная экономика требует многофакторной экономической стратегии внутри страны и за ее пределами, а не просто конъюнктурных и часто случайных экономических решений, исходящих только из понятия сиюминутной выгоды.

Петр Баренбойм

ЮРИДИЧЕСКОЕ ОБРАЗОВАНИЕ: ПРОФЕССОР В РОССИИ БОЛЬШЕ, ЧЕМ ПРОФЕССОР

Знаете почему у Кремля построили такие стенки? Это чтобы оттуда не разбежались.

Сонечка Шиян, 5 лет

Цитата из услышанного мной на Красной площади от знакомой пятилетней девочки вполне заслуживает стать эпиграфом к этой небольшой статье, которая посвящена теме обучения жить и думать свободно, без чего никакая правовая реформа не достигнет своей цели.

Свобода является высшей конституционной ценностью, но в России она традиционно является наиболее трудной темой любого образования, включая юридическое. А в то же время из-за кремлевских стен, которые должны ставить естественную границу притязаниям исполнительной власти на всю полноту власти в стране, та «разбегается» через улицу Охотный Ряд, полностью подчиняя своей воле Государственную Думу, а затем вдоль улицы Ильинка, высекая для своих нужд Конституционный Суд России не только из его законного, конституционного здания, но и вообще из Москвы. После переезда с Ильинки Верховного Суда России и выселения Конституционного Суда весь комплекс административных зданий в районе Кремля утратит и без того небогатое правовое содержание. Власти инспирируют опросы, в соответствии с которыми уже две трети россиян не могут прожить без ее третьего срока. Скоро, видимо, те же ответы покажут привычные 99,99% населения. Какой профессор права возьмется на фоне этих примеров учить своих студентов, что разделение властей является высшей конституционной ценностью и защитой свободы в государстве и от государства? Думаю, что таких сейчас не много.

Поэтому я хотел бы на базе моего выступления на конференции в Московском государственном университете в 2004 г. вспомнить

своего учителя, профессора юрфака МГУ Августа Алексеевича Мишина (1924—1993 гг.), научившего конституционной ценности свободы и разделения властей меня и еще тысячи российских юристов в условиях довольно жесткой советской цензуры.

В моей жизни Август Алексеевич Мишин сыграл решающую роль. На IV курсе юрфака МГУ я услышал его знаменитую (но нигде письменно не зафиксированную) лекцию о демократии. После лекции я в мгновение ока был внизу у кафедры и просил профессора взять меня на свою специализацию и в студенческий научный кружок, который он вел. На вопрос профессора, знаю ли я английский язык, я решительно кивнул, хотя до этого в школе и университете учил немецкий. Пришлось и язык выучить, и диссертацию под руководством Мишина защитить. Вся моя жизнь повернулась после той лекции.

Я бы не отрывал 80-летие Августа Алексеевича Мишина от такой даты, как 250-летие Московского университета. В этой связи, готовясь к этому выступлению и очень волнуясь, потому что за 10 минут мне надо сказать и про эталон культуры, и про гражданина, и что-то, может быть, важное для меня в первую очередь, я задумался вот о чем: мы смешали два жанра — жанр профессора и жанр ученого. Мы говорим о книгах и статьях Августа Алексеевича, которые остались. А ведь профессор — это в первую очередь устный жанр, это лекции, это общение со студентами. И если это как-то не фиксируется, то и не остается в памяти, а в итоге для истории сохранятся всегда меньшая часть того, что человек реально сделал.

Мне случайно попала в глаза инструкция, написанная от имени императора Александра I, для преподавания политического права в университетах того времени. Политическое право, я думаю, — это государственное, или конституционное право. В инструкции указывались авторы, которых нельзя цитировать и от которых студентов надо всячески отвращать. Среди них были Макиавелли, Гоббс и некоторые другие. И вот о чем я подумал: юридическому факультету Московского университета — 250 лет, и на протяжении всех этих лет лучшие профессора Московского университета лучшие свои идеи высказывали в лекциях, потому что книги их были точно подцензурны, а лекции, наверное, тоже подцензурны, но явно в меньшей степени. Технические средства были

еще не так развиты, и точно зафиксировать свободное слово тайной полиции не удавалось, поэтому оно попадало к студентам, оно было обращено к студентам. Об этом очень важно сказать. Ведь Мишин в своих книгах совершенно не уместается как ученый. Его лекции, его идеи, которые он высказывал, мысли, которые он давал людям, — это то, что, к сожалению, во многом не зафиксировано письменно. Вот у Гегеля или у Грановского студенты лекции записывали, были добросовестнее нас, студентов моего поколения. Во всяком случае, многие мысли этих великих профессоров сохранились в студенческих записях.

От лекций Мишина осталось ощущение какого-то головокружительного полета мысли, которая захватывала аудиторию. Когда мне предложили почетную роль — выступить здесь на мемориальной конференции не только от организаторов, но и от учеников, я подумал, что учениками Августа Алексеевича Мишина были не только его аспиранты, не только те студенты, которые ходили в кружок или на специализацию по государственному праву зарубежных стран. Это были все те, кому когда-либо приходилось слушать его лекции. Именно через свои лекции он нес те идеи, которые вот так вдруг овладели страной в начале 1990-х и попали в текст Конституции РФ 1993 г.

Статья 10 Конституции РФ о разделении властей, я думаю, прямо связана не только с монографией Августа Алексеевича, единственной, кстати, по этой проблеме в то время, но и с его лекциями, где он эту идею развивал. За многие годы тысячи студентов, уходящих из его аудитории, впитали эту идею, и она естественным образом попала в Конституцию РФ и является, собственно, главной надеждой нашего конституционного строя на сегодняшний момент.

Августа Алексеевича, к сожалению, с нами уже давно нет. Уже 13 раз переиздается его учебник, а вот его вклад как лектора, как оратора, как профессора, выступающего с кафедры, потихонечку начинает уходить, рассеиваться.

В музее юридического факультета МГУ бросается в глаза, что собственно юристов среди знаменитых выпускников не так уж много. Точнее, тех, кто прославился именно на юридическом поприще, а не стал драматургом как А. Островский, поэтом как А. Фет, режиссером как В. Немирович-Данченко или певцом как Л. Собинов

или, наконец, художником как В. Кандинский. Все это имена мирового уровня.

К сожалению, исторически так сложилось, что в российских общественных науках имен мирового уровня немного, а в сфере юриспруденции вообще практически нет. За всю 250-летнюю историю юридического факультета и всей российской юридической науки мы не можем назвать имена юристов, внесших вклад в развитие мировой юридической мысли. Я надеюсь, мы не будем считать социалистическое искажение времен СССР многих общепринятых правовых принципов каким-либо новаторством и вкладом в мировую правовую культуру.

Юристам не присуждают Нобелевских и иных общепризнанных мировых премий, поэтому горький факт традиционной нашей отсталости не особенно бросается в глаза. С учетом невысокого уровня и объема знаний иностранных языков и малого количества переведенной юридической литературы несомненный факт нашей отсталости не осознается и не переживается нашей юридической общественностью. Представляется, что 250-летие старейшего в России юридического факультета Московского университета является поводом для того, чтобы этот факт констатировать хотя бы ради того, чтобы подтолкнуть молодых исследователей к дерзаниям и повышению планки для оценки качества своих идей.

Кроме того, как писал в своих Тезисах о правовой реформе в России выпускник нашего юрфака, Председатель Конституционного Суда РФ Валерий Зорькин: «Мы сможем преодолеть отставание от ведущих стран мира, только используя право как серьезный ресурс развития России, встраиваясь в общемировые стандарты правового поведения... Следует признать, что Россия имеет отсталую правовую систему, ... и предпринять решительные шаги по проведению правовой реформы». Под каждым приведенным словом можно подписаться.

Почему я так свободно говорю о многовековой отсталости российской юридической науки здесь, на мемориальной конференции профессора Московского университета Августа Алексеевича Мишина? Потому что он составлял достаточно редкое исключение.

Профессор Мишин в непростых советских условиях подготовил и осуществил рецепцию важнейших мировых конституционных цен-

ностей, в первую очередь доктрины разделения властей, которая в основном в результате его усилий органично вошла в текст Конституции РФ 1993 г.

Термин «конституционная экономика» появился в мире в 1982 г., но профессор Мишин с начала 70-х гг. поддерживал и защищал в рамках науки конституционного права исследования, посвященные этой тематике — конституционной экономике.

Я уверенно могу сказать о том, что Мишин является классиком. Что такое классик в юридической науке? Вообще, в любой общественной науке? Как это измерить, как измерить влияние человека на науку? Вот он преподавал так называемое государственное право буржуазных стран и стран, освободившихся от колониальной зависимости. В действительности, Мишин в то время, по сути, преподавал настоящее конституционное право. И это настоящее конституционное право он воспринимал из мировой практики, из западной практики, он помогал рецепции высших духовных ценностей, накопленных человечеством. Мы все боимся этого слова: рецепция права. Ведь рецепция конституционного права у нас началась до появления новой России, до появления демократических веяний. Она осуществлялась через каждую лекцию Мишина. Права и свободы, разделение властей — все это шло через каждое его слово в течение десятилетий.

Я видел в жизни всего два мавзолея, которые поставили юристам. Один вы все знаете, — тот, что находится на Красной площади. А другой мавзолеем на двоих стоит в городе Болонья. Я не помню сейчас имена этих профессоров Болонского университета, но они в XII в. произвели рецепцию, компиляцию принципов, доктрин, концепций и норм римского права и внедрили их в итальянское законодательство, в жизнь, в практику, за что им и поставили мавзолей. Их имена остались навечно. Потом из Италии, из Болонского университета эти правовые идеи распространились по всей Европе.

Эти профессора считаются классиками, хотя они не сами придумали все это: они взяли то, что было, и сумели это внести в свою страну, в свое время.

То же сделал Мишин в отношении конституционного принципа разделения властей. Что касается конституционной экономики, у него на кафедре были не только соответствующие темы, но были и

споры. Например, относится к финансовому или конституционному праву тема диплома «Военно-промышленный комплекс США»? А разделение властей в сфере бюджетных полномочий, взаимоотношения Президента и Конгресса? Август Алексеевич всегда категорически утверждал, что это никакое не финансовое, а государственное конституционное право, и в этом смысле закладывал основы конституционной экономики, крайне важного направления.

У нас когда-то говорилось: поэт в России больше, чем поэт. Точно так же и профессор в России больше, чем профессор. И уж точно, профессор Московского университета — он больше, чем профессор вообще. У нас профессоров много, а граждан, как говорил другой поэт, очень не хватает. Поэтому сейчас, в 250-летие Московского университета, мы должны сказать, зафиксировать и объяснить будущим поколениям, что среди нас были и классики науки, что они совершили огромный прорыв, который выводит Россию из того неправового и неконституционного состояния, где она пребывала почти 240 лет истории Московского университета. И во многом это заслуга Августа Алексеевича Мишина. Как я уже писал вначале, эта часть статьи подготовлена на базе мемориальной конференции в МГУ.

Но я рад, что могу ее использовать и как предисловие к последующей статье живущего среди нас ровесника и коллеги А.А. Мишина, классика российской юридической науки, профессора Виктора Павловича Мозолина. Глубина его мысли и новаторство подходов к проблеме правовой реформы вселяют надежду на ее успешное проведение в сфере юридического образования.

Виктор Мозолин

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ПРАВОВАЯ РЕФОРМА В РОССИИ

В отношении формирования пока еще не сложившейся системы законодательства России преобладают устаревшие подходы, в том числе и к кодексам. Особенно не хватает комплексности и систематичности корпоративному праву, которое частично регулируется ГК РФ, частично другими, плохо увязанными между собой законодательными актами. В этих условиях очень важна разумная интернационализация российского права. Наиболее логичной представляется адаптация нового российского законодательства к стандартам Европейского Сообщества, которые в настоящее время внедряются в законодательства стран Балтии и Восточной Европы, т.е. стран, вполне сравнимых с Россией.

Валерий Зорькин

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

На законодательном уровне в центре российского гражданского права, как известно, находится Гражданский кодекс РФ, принятие которого растянулось на довольно значительный период времени, начиная с 1994 г., и продолжается по настоящее время. В истории развития гражданского и торгового законодательства в мире он занимает весьма заметное место. По своему содержанию включенных в него правовых положений и норм Гражданский кодекс РФ отмечается известной новизной в решении многих вопросов, возникающих в мире в странах с рыночной экономикой, включая нашу страну, вступающую на рыночный путь своего экономического развития.

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

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

В понятие права нередко включают в качестве его этического элемента также справедливость. Однако в общей гуманитарной доктрине необходимо проводить различие между правовыми нормами поведения людей и нормами нравственности, основанное, прежде всего, на способах и порядке их применения. При нарушении первых применяется государственное принуждение, при нарушении вторых применяются меры общественного осуждения лиц, их не выполняющих. В случае же включения норм справедливости в состав права, они неизбежно теряют свою самостоятельность, в том числе в качестве критерия по установлению необходимого соответствия издаваемых государством правовых норм нормам нравственности, господствующим в обществе, что может привести к весьма пагубным последствиям для всего общества. В этом случае перестают существовать и нормы нравственности, и нормы права. Нормы нравственности, должны существовать в качестве самостоятельной группы норм в общей системе правил, определяющих поведение членов общества.

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

Несколько слов о каждом из элементов, входящих в структуру права.

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

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

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

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

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

По нашему мнению, первичным и основополагающим нормативным актом является Конституция РФ, в соответствии с которой от имени нашего государства подписываются международные договоры, происходит присоединение к международным договорам и осуществляется решение других вопросов, связанных с применением права на территории РФ. Согласно п. 1 ст. 7 ГК РФ «общепринятые принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются в соответствии с Конституцией РФ составной частью правовой системы Российской Федерации».

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

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

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

Вторая стадия рассчитана на создание и применение индивидуальных правил поведения физическими и юридическими лицами требований закона с учетом специфики каждого конкретного случая, связанного с его применением. При принудительном применении закона приходится прибегать к помощи судов или иных правоохранительных органов государства. При добровольном применении субъектами права закона индивидуализация заключенного в

нем общего правила поведения осуществляется каждым из них на основе его собственного правосознания и нравственного отношения к праву в целом.

Как при добровольном, так и принудительном способах применения закона (иного нормативного акта) должно действовать правило неоднотипности решений, могущих быть принятыми по одному и тому же делу с участием различных субъектов права. Так же, как не существует двух абсолютно одинаковых людей, нет и двух абсолютно одинаковых судебных дел с абсолютно аналогичными условиями и способами их решения. Поэтому при применении одной и той же нормы права при рассмотрении двух похожих одно на другое дел с различным составом их участников решения суда с учетом специфики каждого дела могут быть не одинаковыми.

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

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

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

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

Главным участником цепочки по выработке конкретного источника права является именно тот судья или тот состав суда, который вынес это решение. Так что речь здесь идет не только и не столько

о Постановлениях Пленумов высших судебных органов, но и обо всех вступивших в силу и не отмененных решениях судов первой инстанции.

В совокупности одним из важных элементов в понятии права и, соответственно, его источником становится судебная практика. Суд является одним из важнейших государственных органов, участвующих в процессе формирования права, и это вполне очевидно.

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

Именно суд, а в случаях, указанных законом, и другие правоприменительные органы государства при принудительном применении закона (иного нормативного акта), уполномочены превращать их законы и другие нормативные акты в право.

Функции суда, связанные с превращением нормы закона в норму права, настоятельно требуют укрепления всего судебного корпуса (состава судей), резкого повышения его профессионального уровня и гражданской ответственности за судьбу создаваемого права.

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

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

Указанное противоречие устраняется вышестоящими судами (апелляционными, кассационными, Верховным Судом РФ, Высшим Арбитражным Судом РФ) в принимаемых ими определениях и постановлениях. По большому счету именно для этого главным образом и существуют перечисленные выше суды.

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

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

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

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

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

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

Все сказанное выше об источниках права в полной мере относится и к развитию гражданского права в России. Прежде всего, это касается самого соотношения источников в составе гражданского права на современном этапе его развития. В переходный период от системы государственно-плановой экономики к рыночной эконо-

мике на первое место в системе источников гражданского права безусловно выходит законодательство, определяющее в своем развитии и общее сбалансированное правосознание граждан в обществе, и в целом, уровень развития судебной практики.

В связи с этим, прежде всего, хотелось бы остановиться на одном вопросе, не решаемом в действующем гражданском законодательстве, относящемся бесспорно к числу ведущих вопросов, определяющих дальнейшее развитие данного законодательства в ближайшее время. Это вопрос о субъективных правах как объекте гражданских прав. Уже в настоящее время все чаще и чаще субъективное право используется не только в качестве элемента содержания правоотношения, но и в качестве объекта других субъективных прав.

Представьте себе случай, связанный с отправкой морским путем российского товара в США. После отплытия судна на руках у грузоотправителя остается лишь ценная бумага, называемая коносаментом, подтверждающая право собственности на отправленный товар, и пока товар плывет день, неделю, две недели, право собственности может переходить к другим лицам посредством перепродажи этой ценной бумаги 10—15 раз. В этом случае по существу продается право собственности на этот товар, а не сам товар. Надо сказать, что сам товар при этом невидим. Он может быть и недоброкачественным, а может и вообще не доплыть до места назначения.

Субъективное право способно по действующему законодательству переходить от одного лица к другому и без воплощения его в ценную бумагу, что на практике происходит нередко, прежде всего, на товарных и валютных рынках. Происходит процесс дистанционирования субъективного права от его объекта, который оно призвано обслуживать. Складывается вполне определенная тенденция виртуализации субъективного гражданского права.

Содержащиеся в ст. 382 ГК РФ нормативные положения, относящиеся к правам требования, приобретают в настоящее время пилотное значение. И мы несколько недооцениваем указанную тенденцию в развитии современного гражданского права как в России, так и в других странах мира. В данном случае юридически правильнее говорить не о продаже права, а об его уступке. Если мы говорим об авторском праве, то идет речь об уступке, но не продаже патента, о передаче, а не продаже права пользования объектом авторского права

по лицензионному договору. Продавать, по существу, можно вещи, которые непосредственно предназначены для удовлетворения материальных и духовных потребностей физического и (или) юридического лица, общества и государства. Если кто-то хочет иметь квартиру на праве собственности, то необходимо воспользоваться моделью договора купли-продажи; испытывает желание сделать модную прическу — воспользоваться услугой мастера; намерены строить дом — поручить работу строителю. По мере развития общественных отношений уже становится недостаточным использование возможности реализации права исключительно в сфере натурального удовлетворения потребностей человека и общества. Становится необходимым «продавать» и право на право. И в этом случае права, которые раньше входили исключительно в содержание правоотношений, превращаются, по существу, в их объект. А гражданское право в целом становится не только правом, регулирующим отношения с первичными ценностями, но и правом, уделяющим все возрастающее внимание отношениям по передаче прав с исключением из этих отношений самих материальных ценностей. И пока мы «дойдем» до вещи посредством передачи прав на нее, то такой вещи может уже и не быть в наличии.

Сказанное касается не только вещей, но в равной степени реализации результатов работы и услуг, непосредственно предназначенных для удовлетворения материальных и духовных потребностей субъектов гражданского права. Для того чтобы превратить «право на право» в реальную вещь, результат работы или услугу, необходимы полновесные правовые гарантии. В статье 390 ГК РФ об ответственности кредитора, уступившего требование, предусматривается лишь, что первоначальный кредитор при этом отвечает перед новым кредитором за недействительность переданного ему требования, но не отвечает за неисполнение этого требования должником, кроме случаев, когда первоначальный кредитор принял на себя поручительство за должника перед новым кредитором. Для того чтобы право было реальным правом, должно существовать реальное правовое государство, в котором все нормы исполняются. Чем слабее степень исполняемости права, тем призрачнее становятся эффективность и работоспособность рассматриваемой концепции «право на право». Российское гражданское законодательство не может оказаться в стороне

от использования данной концепции. На первых порах важно определить сферу применения виртуализируемых субъективных гражданских прав в качестве объектов гражданских правоотношений. В настоящее время она распространяется на обязательственные правоотношения, за исключением перехода прав, неразрывно связанных с личностью кредитора. Прежде всего, речь идет об обязательствах, возникающих из договора цессии, договора коммерческой концессии, договоров об уступке права на использование результатов интеллектуальной деятельности, включая лицензионные договоры, договоров о проведении торгов посредством аукционов и конкурсов, договоров, заключаемых на валютных и товарных биржах, других гражданско-правовых договоров при условии, если это не противоречит основным началам гражданского законодательства. К виртуализирующимся правам следует относить и права их обладателей на депозитные расписки, связанные с реализацией акционерными обществами акций, депонированных по соглашениям, заключаемых с иностранными банками и иными кредитными организациями.

Весьма примечательно, что в число рассматриваемых прав могут включаться не только права, являющиеся объектами правоотношений, возникающих из договоров и иных сделок, но и права на заключение самих договоров. Так, согласно п. 1 ст. 448 ГК РФ «в случае, если предметом торгов является только право на заключение договора, в извещении о предстоящих торгах должен быть указан предоставляемый для этого срок». И далее, «лицо, выигравшее торги, и организатор торгов подписывают в день проведения аукциона или конкурса протокол о результатах торгов, который имеет силу договора» (п. 5 ст. 448).

Особенно интенсивно право на заключение договора ныне используется при проведении аукционов и (или) конкурсов, связанных с заключением договоров аренды земельных участков и другой недвижимости.

Что касается так называемых абсолютных гражданских правоотношений, до момента включения основных субъективных прав в гражданский оборот по предусмотренным законом основаниям или нарушения этих прав третьими лицами, особых юридических проблем, связанных с дистанционированием от вещей и иных объектов данных прав, не существует. Непосредственная связь субъективно-

го исключительного права, принадлежащего его обладателю, с объектом указанного права в этом случае имеет более стабильный и по существу неограниченный во времени характер.

Законодательство об абсолютных гражданских правах регулирует помимо отношений с третьими лицами и отношения между субъектами данного права и объектами исключительных прав (права собственности и других вещных прав, права на результаты интеллектуальной собственности). Передача отдельного или полного комплекса правомочий третьим лицам (представителям, агентам, комиссионерам, управляющим и др.) осуществляется на основании сделок или вытекает непосредственно из закона, ведущих к возникновению тех же самых обязательных правоотношений, о которых говорилось выше.

По своей юридической природе договоры и иные сделки по передаче виртуализирующихся субъективных прав называются договорами обуступке (передаче) и (или) предоставлении использования (в лицензионных договорах) права (исключительного права в авторском и патентном праве), но не договорами о продаже (отчуждении) права (см. п. 1 ст. 382, п. 7 ст. 1027 ГК РФ, п. 2 ст. 30 Федерального закона «Об авторском праве и смежных правах», п. 1 ст. 10 Патентного закона РФ).

Причина состоит в том, что в соответствии с законом субъективные права не считаются объектами права собственности, а следовательно, и предметами договора купли-продажи.

В качестве объектов права собственности могут быть ценные бумаги, в которых воплощаются субъективные права. Но в этом случае при включении ценных бумаг в число предметов договора купли-продажи законодатель исходил из признания объектами права собственности бумажных носителей субъективных прав, закрепленных в ценных бумагах, но не самих этих прав. В целом проблема, касающаяся правового положения и функций носителей субъективных гражданских прав, включая ценные бумаги, в их сочетании с данными правами требует дальнейшего научного исследования.

Рассматривая проблему виртуализирующихся прав как объектов гражданских правоотношений, нельзя обойти молчанием и отсутствие в ст. 128 ГК РФ о видах объектов гражданских прав положений, касающихся имущественных прав, связанных с работами, услугами и информацией. Данные имущественные права, связанные с вещами и результатами интеллектуальной деятельности, о которых гово-

рится в ст. 128 ГК РФ, могут быть самостоятельными объектами гражданских прав, о чем упоминалось выше.

Так, например, в соответствии со ст. 1027 ГК РФ в части информации в комплекс исключительных прав, являющихся предметом договора коммерческой концессии, может входить и право на охраняемую коммерческую информацию.

В итоге можно с полным основанием констатировать, что тенденция включения виртуализирующихся субъективных гражданских прав становится не просто объективной реальностью, но одновременно превращается в одно из основных направлений в развитии современного гражданского права. К сожалению, это не учитывается при проведении научных исследований в области цивилистики, равным образом, как и в преподавании гражданского права в высших юридических учебных заведениях нашей страны.

Очевидно, что и при подготовке второго издания учебника гражданского права кафедрой гражданского и семейного права Московской государственной юридической академии названная тенденция в развитии отечественного гражданского права будет максимально отражена.

В целом, рассматривая проблему путей дальнейшего развития российского гражданского права и прежде всего роль и значение гражданского законодательства, в данном процессе необходимо определить общее отношение к наиболее значительному законодательному акту последнего времени, касающемуся введения в состав Гражданского кодекса РФ его четвертой части «О правах на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации». В основе своей оно отрицательное.

Нормативные положения проекта Гражданского кодекса РФ нарушают ст. 71 (о) Конституции РФ, предусматривающую правовое регулирование интеллектуальной собственности в виде самостоятельных федеральных законов за пределами гражданского законодательства. При этом игнорируется комплексный характер законодательства о правовом регулировании интеллектуальной собственности, предусмотренный Конституцией РФ.

Наряду с гражданско-правовыми нормами о субъектах, их правах на результаты интеллектуальной деятельности, объектах и видах данной деятельности, гражданско-правовых способах использова-

ния указанных результатов, составители предлагают ввести большое число административно-правовых, трудовых, процессуальных норм, относящихся к оформлению и регистрации прав на результаты интеллектуальной деятельности, способам охраны, определению компетенции государственных органов в решении вопросов, относящихся к реализации положений Конституции РФ об интеллектуальной собственности. Тем самым действующий Гражданский кодекс РФ после принятия четвертой части Гражданского кодекса РФ в изложенном виде как кодекс, объединяющий гражданско-правовые нормы в единое целое системное образование, практически прекращает свое существование и превращается в комплексный свод законов, включающий в себя нормы различных отраслей законодательства.

Более того, многие положения, включенные в четвертую часть Гражданского кодекса РФ, вообще нельзя называть нормами права. Так, например, в п. 5 ст. 1244 ГК РФ о государственной регистрации организаций по управлению правами на коллективной основе предусматривается, что «аккредитованная организация обязана принимать **разумные и достаточные** меры по установлению правообладателей, имеющих право на получение вознаграждения по заключенным этой организацией лицензионным договорам и договорам о выплате вознаграждения». Содержание статей, содержащих положения, не относимые к гражданско-правовым, как правило, излагаются в описательной многословной форме, не позволяющей идентифицировать наличие в них индивидуализированных норм права. Та же ст. 1244 ГК РФ изложена на пяти страницах машинописного текста, не говоря уже о подавляющем большинстве других статей четвертой части ГК РФ. Создается впечатление, что проект данной части ГК РФ был подготовлен наспех без достаточной профессиональной проработки его текста.

Положения четвертой части Гражданского кодекса об интеллектуальных правах, понятие которых содержится в ст. 1226 ГК РФ, также находится в противоречии с п. 1 ст. 44 Конституции РФ, провозглашающей, что «каждому гарантируется свобода литературного, художественного, научного, технического и других видов творчества, преподавания. Интеллектуальная собственность охраняется законом». Если понятие интеллектуальной собственности в Конституции, по нашему мнению, употребляется в широком смысле слова, включающем в себя

как личные неимущественные права, так и связанные с ними имущественные права их авторов, то понятие интеллектуальных прав, содержащееся в ст. 1226 ГК РФ, заужено до пределов действия имущественных прав (личные неимущественные права могут включаться в данное понятие лишь в случаях, указанных в ГК РФ). Фактически, произошла непропорциональная замена понятия интеллектуальной собственности понятием интеллектуальных прав, не говоря уже о том, что последнее является ущербным и по своей юридической сущности. Двойное упоминание термина интеллектуальная собственность (в ст. 1225 и 1246 ГК РФ) не меняет указанного положения. Введение комплекса гражданско-правовых, административных, трудовых и процессуальных норм права в Гражданский кодекс РФ вступает в прямое противоречие со ст. 2 самого Гражданского кодекса РФ, определяющего отношения, регулируемые гражданским законодательством.

И последнее, что больше всего настораживает при ознакомлении с четвертой частью Гражданского кодекса РФ. При подготовке Проекта данной части ГК РФ его разработчики якобы руководствовались теорией так называемого одноуровневого гражданского законодательства. Мы употребляем слово «якобы», поскольку содержание данной теории в российской цивилистической науке продолжает оставаться весьма неоднозначным, и, как результат, неудачным применением названной теории к Закону о четвертой части ГК РФ.

По нашему мнению, в принципе возможны два совмещенных между собой варианта ее использования применительно к Гражданскому кодексу РФ.

Во-первых, под одноуровневым гражданским законодательством следует понимать законы, в основе своей состоящие исключительно из гражданско-правовых норм. Неизбежное включение в них и притом в минимальном количестве административно-правовых, процессуальных и иных норм законодательства имеет строго охрано-обеспечительный и, как правило, отсылочный характер.

По этой модели построен и действующий Гражданский кодекс РФ, являющийся, по существу, единственным в российском праве гражданско-правовым одноуровневым законом.

Во-вторых, к одноуровневному гражданскому законодательству необходимо относить не все существующие нормы гражданского законодательства, а только те из них, которые причисляются к нормам, соз-

дающим основу для объединения их в единую самостоятельно функционирующую систему гражданского законодательства, называемую Гражданским кодексом. Данные нормы, включенные в Кодекс, должны обладать свойством быть материнскими нормами по отношению к тем гражданско-правовым нормам, которые создаются и действуют в составе комплексных законов за пределами Гражданского кодекса РФ. Эти нормы в период их нахождения в составе комплексных законов не превращаются в комплексные нормы законодательства, продолжая сохранять свой гражданско-правовой статус. В принципе комплексным может быть закон, но не норма права, входящая в его состав. В противном случае законы будут превращаться в бесформенную массу положений, не имеющих нормативного характера.

В настоящее время можно лишь сожалеть о том, что в российской цивилистической науке до сих пор отсутствуют исследования, посвященные возможности или, наоборот, невозможности превращения гражданско-правовых норм, действующих и могущих действовать в составе комплексных законов, в материнские нормы Гражданского кодекса РФ.

Остается также открытым вопрос о том варианте понятия одноуровневого гражданского законодательства, на основе которого был подготовлен проект Закона о четвертой части ГК РФ. К сожалению, в законодательной практике деятельности Федерального Собрания Российской Федерации вообще не поощряется в обосновании принимаемых законов ссылаться на какие-либо научные концепции и теории, а жаль. Нельзя не согласиться с мнением В.Д. Зорькина:

«Недостаточная квалификация и опыт значительной части российских законодателей — это объективный факт, от которого невозможно отмахнуться. Однако и в других парламентах заседают не только профессиональные юристы (хотя их там обычно все-таки гораздо больше). Как здесь быть? Во многих странах этот вопрос уже давно решается на основе принципа открытости («транспарентности»): путем тщательного обсуждения законопроектов в профессиональном сообществе и (публично!) в обществе в целом, затем в дискуссиях (вместе с независимыми юристами) во фракциях и профильных комиссиях парламента и лишь после этого на общих парламентских дискуссиях.

Только так можно свести к минимуму возможность появления «плохих» законов и риск дальнейших правовых коллизий, которые

используют всякие недобросовестные лоббисты, коррупционеры и политические авантюристы.

Но, еще раз подчеркну, у истоков законодательного процесса должны быть именно высокие профессионалы, которые способны как освоить и критически осмыслить весь богатейший российский и международный исторический правовой опыт, так и творчески применить его к развитию специфической российской правовой системы».

Ознакомление же с самим рассматриваемым законом не оставляет сомнений в том, что по своей целевой направленности он объективно имеет не про-, а антикодификационный характер.

В связи с этим принятый Федеральный закон «Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть четвертая. Раздел VII. Право на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации» может быть введен в действие лишь при условии принятия Федерального Конституционного закона о внесении следующих изменений в ст. 71 (о) Конституции РФ: после слова «гражданское» дополнить словами «включая правовое регулирование интеллектуальной собственности» с исключением их из конца предложения, предусмотренного в Конституции РФ, или в противном случае на основании п. 1 (а) и п. 6 ст. 125 Конституции РФ данный закон должен быть признан неконституционным и утратившим силу. Третьего пути, по нашему глубокому убеждению, не дано.

Отдельно необходимо сказать о развитии юридической науки. В данной связи вызывает удивление попытка авторов так называемых комментариев к Гражданскому кодексу РФ, выпущенных издательским центром «Частное право», создать нечто подобное официальной науке гражданского права, образованной на базе юристов, официально участвовавших в разработке ГК РФ.

К слову сказать, никто из названных лиц при обсуждении основного вопроса о верховенстве закона в условиях закрепленного в Конституции РФ принципа разделения властей не занимал правильной позиции с точки зрения определения понятия закона, создаваемого представительными органами государственной власти. Наоборот, все указанные лица голосовали против действующей в настоящее время ст. 3 ГК РФ, определившей роль закона в регулировании гражданских правоотношений.

Содержание

Генри Резник

К вопросу о конституционном содержании понятия
«квалифицированная юридическая помощь»..... 3

Петр Баренбойм, Генри Резник

Адвокатура как катализатор правовой реформы 9

Петр Баренбойм

Конституционная экономика как фундамент правовой
реформы в России.....39

Петр Баренбойм

Юридическое образование: профессор в России больше,
чем профессор56

Виктор Мозолин

Гражданское право и правовая реформа в России62

**Петр Давидович Баренбойм
Генри Маркович Резник
Виктор Павлович Мозолин**

ПРАВОВАЯ РЕФОРМА XXI ВЕКА И АДВОКАТУРА

ИЗДАТЕЛЬСТВО «ЮСТИЦИНФОРМ»

(юридическая, экономическая и иная деловая литература;
журналы «Право и экономика»,
«Вестник Арбитражного суда города Москвы»)

Главный редактор

В.А. Вайтан

Зам. главного редактора

С.Г. Ескина, Н.П. Рогатко

Компьютерная верстка

К.И. Лапушкин

Санитарно-эпидемиологическое заключение
№ 77.ФЦ.15.953.П.000033.02.03 от 28.02.2003 г.

Подписано в печать 10.05.2007. Бумага книжно-журнальная.
Формат 60х90/16. Гарнитура «Ньютон». Печать офсетная. Печ.л. 5.
Тираж 1000 экз. Заказ №

С полным ассортиментом продукции Юстицинформ
вы можете ознакомиться на сайте издательства в разделе «Прайс-лист»
<http://www.jusinf.ru>

ЗАО «Юридический Дом «Юстицинформ»

117218, г. Москва, ул. Б. Черёмушкинская, 34.

Тел.: (495) 129-0511, 128-9025

E-mail: pravoecon@jusinf.ru;

sbyt@jusinf.ru (по вопросам маркетинга и приобретения книг)

WWW: <http://www.jusinf.ru>

Отпечатано в Орехово-Зуевской типографии
Московская обл., г. Орехово-Зуево, ул. Дзержинского, 1