konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 1

Фонд «Либеральная миссия»

Концепция модернизации уголовного законодательства в экономической сфере

Москва 2010

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 2

УДК 343.37(470+571)
ББК 67.408.12(2Рос)
К65

Редакционная коллегия:
В.И. Радченко, Е.В. Новикова, А.Г. Федотов

К65 **Концепция модернизации уголовного законодательства в экономической сфере.** — Москва : Фонд «Либеральная миссия», 2010. — 196 с.

ISBN 978-5-903135-17-2

Книга представляет собой концепцию модернизации уголовного законодательства в экономической сфере, разработанную в соответствии с поручением Президента России коллективом видных юристов и экономистов. В издание включены также аналитические материалы, подготовленные при разработке концепции.

Для законодателей, представителей исполнительной власти, юристов и экономистов.

УДК 343.37(470+571)
ББК 67.408.12(2Рос)

ISBN 978-5-903135-17-2

© Коллектив авторов, 2010
© Фонд «Либеральная миссия», редподготовка, оформление, 2010

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 3

СОДЕРЖАНИЕ

КОНЦЕПЦИЯ МОДЕРНИЗАЦИИ УГОЛОВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В ЭКОНОМИЧЕСКОЙ СФЕРЕ

Введение 7
I. Проблемы уголовно-правовой регламентации экономики 10
II. Экономические основания модернизации уголовного закона 14
III. Цели модернизации уголовного законодательства....20
IV. Исторический обзор уголовной политики в сфере экономики 30
V. Состояние уголовного законодательства в экономической сфере 34
VI. Состояние преступности и правоприменительной деятельности....40
VII. Потребность в гуманизации уголовного закона 42
VIII. Основания криминализации и декриминализации отношений в экономической сфере 46
IX. Модернизация общей части Уголовного кодекса 49
X. Модернизация главы 21 Уголовного кодекса 51
XI. Модернизация главы 22 Уголовного кодекса....53
XII. Уголовное судопроизводство 55
XIII. Реформирование исправительной системы 59

ПРИЛОЖЕНИЯ

1. Состояние применения уголовного законодательства в сфере экономики 62
2. Пояснительная записка к предложениям по изменению главы 22 УК РФ 66
3. Модернизация законодательства об административной ответственности....71

АНАЛИТИЧЕСКИЕ МАТЕРИАЛЫ

Стенограмма круглого стола «Декриминализация бизнеса»....74
Наумов А.В. История российского уголовного законодательства об ответственности за предпринимательскую деятельность 125
Субботин М.А. Экономический ущерб от искусственной криминализации бизнеса: обзор современных тенденций 136
Григорьев Л.М., Курдин А.А. Уголовное преследование экономической преступности и экономическая активность 148
Григорьев Л.М., Курдин А.А., Новиков И.А. Защита прав собственности и потоки капитала 158
Федотов А.Г. Некоторые дискуссионные проблемы уголовного права 162
Соломон-мл. П. Г. Совершенствование уголовного законодательства в Российской Федерации: экономические преступления и гуманизация 182

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 4

КОНЦЕПЦИЯ МОДЕРНИЗАЦИИ УГОЛОВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В ЭКОНОМИЧЕСКОЙ СФЕРЕ

(на основании Поручения Президента Российской Федерации от 28.11.2009 № ПР-3169)

Подготовлена АНО «Центр правовых и экономических исследований» (Москва) **в сотрудничестве с** Институтом современного развития (ИНСОР, Москва) **при поддержке:**

- Совета по содействию развитию институтов гражданского общества и правам человека при Президенте Российской Федерации;
- Государственного университета — Высшей школы экономики (ГУ—ВШЭ);
- фонда «Либеральная миссия» (Москва);
- юридического факультета Университета МакГилл (Монреаль).

УЧАСТНИКИ РАЗРАБОТКИ КОНЦЕПЦИИ

Григорьев Леонид Маркович,
президент фонда «Институт энергетики и финансов», декан факультета менеджмента Международного университета в Москве, член Группы «СИГМА».

Жалинский Альфред Эрнестович,
доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой уголовного права факультета права ГУ—ВШЭ, ординарный профессор ГУ—ВШЭ, заслуженный деятель науки Российской Федерации.

Жуйков Виктор Мартенианович,
заместитель председателя Верховного Суда Российской Федерации в отставке, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, заместитель директора федерального государственного научно-исследовательского учреждения «Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации» по научной работе.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 5

Лопашенко Наталья Александровна,
доктор юридических наук, профессор кафедры уголовного права Саратовской государственной академии права, директор Саратовского центра по исследованию проблем организованной преступности и коррупции.

Морщакова Тамара Георгиевна,
судья Конституционного Суда Российской Федерации в отставке, советник Конституционного Суда Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, заслуженный деятель науки Российской Федерации, заведующая кафедрой судебной власти и организации правосудия факультета права ГУ—ВШЭ, ординарный профессор ГУ—ВШЭ, член Научно-консультативного совета при Верховном Суде Российской Федерации, член Совета по содействию развитию институтов гражданского общества и правам человека при Президенте Российской Федерации.

Наумов Анатолий Валентинович,
доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой уголовно-правовых дисциплин Юридического института Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации, член Научно-консультативного совета при Верховном Суде Российской Федерации.

Новиков Игорь Анатольевич,
руководитель юридической фирмы «Новиков энд Эдвайзерз», член Международной ассоциации юристов.

Новикова Елена Владимировна,
доктор юридических наук, научный руководитель автономной некоммерческой организации «Центр правовых и экономических исследований».

Радченко Владимир Иванович,
первый заместитель председателя Верховного Суда Российской Федерации в отставке, профессор Московской государственной юридической академии.

Рахмилович Андрей Викторович,
адвокат, партнер адвокатского бюро «Маргулян и Рахмилович».

Субботин Михаил Александрович
кандидат экономических наук, старший научный сотрудник Института мировой экономики и международных отношений РАН, советник ФАС, член экспертных советов Комитета по природным ресурсам и природопользованию, Комитета по экономической политике Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 6

Федотов Андрей Геннадьевич,
кандидат юридических наук, адвокат Одинцовской городской коллегии адвокатов.

Саратовский центр по исследованию проблем организованной преступности и коррупции.

ЭКСПЕРТЫ-КОНСУЛЬТАНТЫ

Гефтер Валентин Михайлович,
директор автономной некоммерческой организации «Институт прав человека», член Экспертного совета при Уполномоченном по правам человека в РФ, член Совета по содействию развитию институтов гражданского общества и правам человека при Президенте Российской Федерации и Общественного совета г. Москвы.

Курдин Александр Александрович,
эксперт фонда «Институт энергетики и финансов».

Резник Генри Маркович,
адвокат, заслуженный юрист Российской Федерации, член Общественной палаты, президент Адвокатской палаты г. Москвы.

Соломон-мл. Питер Г.,
профессор политологии, права и криминологии, сотрудник Центра европейских, российских и евразийских исследований, Университет г. Торонто.

Яковлева Яна Викторовна,
председатель некоммерческого партнерства «Бизнес Солидарность».

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 7

ВВЕДЕНИЕ

Необходимость модернизации современного уголовного законодательства в экономической сфере продиктована как его очевидной неэффективностью и чрезмерной репрессивностью, так и осознанием современным российским обществом того факта, что сложившееся определение границ легального правопорядка в сфере экономики и практика применения уголовного закона ограничивают конституционно гарантированную свободу экономической деятельности и тормозят экономическое развитие страны.

Глубина и важность проблем в этой области требуют кардинального преобразования уголовного законодательства, которое не может быть сведено к фрагментарным новациям и требует комплексного подхода — пересмотра многих положений как Особенной, так и Общей части Уголовного кодекса с тем, чтобы обеспечить концептуально новый подход к правовому регулированию предпринимательской деятельности в стране.

Концепция подготовлена группой ученых и практиков и опирается на огромный пласт отечественной и зарубежной научной мысли, на анализ тенденций современного этапа развития отечественной экономики, исходит из признания необходимости ее модернизации и создания для этого необходимых правовых условий.

Идея подготовки Концепции родилась во время работы над коллективной монографией «Верховенство права и проблемы его обеспечения в правоприменительной практике» (М. : Статут, 2009), и Концепция является ее логическим продолжением. В отличие от указанной монографии, где авторы представляли собственные научные взгляды и давали личные оценки, Концепция — это результат достижения профессионального и социального консенсуса и потому не может отражать индивидуальные точки зрения ее авторов по тем или иным частным вопросам. Взгляды авторов, разумеется, имеют определенные различия, как это и происходит в любом творческом процессе.

Целью Концепции было определение ключевых экономико-правовых проблем, которые требуют безотлагательного решения, обоснование выбора именно этих проблем и предложение соответствующих изменений и дополнений в законодательные акты. Авторы Концепции осуществляли этот отбор предельно ответственно и тщательно.

При этом в ходе содержательных дискуссий с участием представителей государственных органов и общественности авторы не только старались придать максимально возможную публичность обсуждению, но и стремились найти общий язык по многим междисциплинарным вопросам. В группу авторов Концепции входят юристы, экономисты и социологи, что, как представляется, позволило избежать профессиональной ограниченности,

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 8

уйти от узкого формально-догматического, игнорирующего экономические и социальные реалии, обсуждения юридических проблем. К сожалению, далеко не все обсуждавшиеся проблемы и их возможные решения смогли найти свое отражение в Концепции.

Представленные предложения по изменению конкретных норм уголовного закона являются, по сути, приглашением всех заинтересованных специалистов к совместной научной и законотворческой работе ради достижения наилучшего конечного результата. Процесс поиска наиболее точных конкретных формулировок в любом случае должен быть продолжен. Сегодня важно определиться с *направлениями* совершенствования российского уголовного законодательства.

В традиции, сложившейся в нашей юриспруденции, право обычно рассматривается как вспомогательный, вторичный по отношению к экономике феномен. Однако современная экономическая теория существенно уточнила такие взгляды и исходит из того, что право, как система, влияющая на возникновение и существование формальных и неформальных институтов, является одним из тех важнейших механизмов, который не просто ускоряет или тормозит движение экономики, но и, по сути, предопределяет параметры экономической модели, поменять которую можно либо путем изменения реального правопорядка, либо ценой экономического и социального кризиса. В цивилизованном обществе, каковым российское общество видится каждому неравнодушному его гражданину, именно вектор к созданию эффективной экономики, а не узкие интересы отдельных социальных групп должен определять содержание права. В России целые поколения выросли и живут с мыслью о преступном или по крайней мере об аморальном характере предпринимательства, ведь на протяжении длительного времени предпринимательская деятельность была вне закона и предельно жестоко каралась, в том числе путем уголовной репрессии. Нынешнее российское уголовное право во многом заимствовало эту традицию и сохранило родимые пятна прежнего советского законодательства, от которых предстоит решительно и последовательно избавляться.

Нужно всеми силами способствовать формированию многочисленного законопослушного предпринимательского сословия, которое является основой возникновения и существования класса, столь необходимого для развития экономики России, для формирования в ней ответственного за свою страну гражданского общества.

Для этого требуется реальная и эффективная защита не только права собственности, но и личности предпринимателя, который прежде всего должен быть избавлен от извечного страха без вины быть привлеченным к уголовной ответственности согласно поговорке «был бы человек, а статья для него найдется». Сегодня по-прежнему конкретная ситуация зависит от примене-

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 9

ния закона, более того, уже сложилась тенденция его извращенной, карательной в отношении предпринимателя интерпретации.

Очевидно, что для модернизации страны, для экономического рывка нужно нечто большее, чем просто реформирование уголовного права. Нужна модернизация общественной жизни, которая обеспечивала бы конкуренцию и ограничивала губительное ощущение избирательной безнаказанности, ведущей к появлению двойных стандартов, удушению экономической конкуренции, неэффективности антикоррупционных мер и т.д. Такая модернизация неизбежно включает в себя формирование реального разделения ветвей власти и независимой судебной системы, свободные средства массовой информации и жесткие меры ответственности за посягательства на эти институты невзирая на должности, без чего, как мы все уже понимаем, невозможна реализация принципа верховенства права, существование правового государства.

Состоявшееся при подготовке Концепции обсуждение высветило огромное количество застарелых проблем в области государственной уголовной политики в целом и в отношении социально уязвимых групп населения, включая несовершеннолетних и женщин. Заслуживает внимания идея необходимости незамедлительно начать работу над проектом нового Уголовного кодекса. Предприниматели — это национальное достояние, которое нужно беречь. Главная задача государственных органов — это помощь и консультации в совершении правильных действий, как это происходит в Европе и во всем цивилизованном мире.

Вместе с уголовным требует совершенствования уголовно-процессуальное и уголовно-исполнительное право, административное законодательство, законодательство, регламентирующее порядок проведения проверок предпринимательства, законодательство о борьбе с коррупцией. Важным является приведение российского законодательства в соответствие с общепризнанными стандартами, международными соглашениями и лучшей зарубежной практикой. Предлагаемая Концепция — программа действий на будущее, реализовать ее предстоит уже следующим поколениям юристов, и в связи с этим одними из ключевых условий успеха должны стать качество юридического образования, порядок его получения, содержание учебных программ, формируемых сегодня.

Представляя Концепцию вниманию широкой общественности, ее авторы верят, что поднятые в ней вопросы станут предметом заинтересованного обсуждения и найдут отражение в законодательстве.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 10

I. ПРОБЛЕМЫ УГОЛОВНО-ПРАВОВОЙ РЕГЛАМЕНТАЦИИ ЭКОНОМИКИ

Модернизация уголовного законодательства в экономической сфере не представляет собой задачу исключительно уголовного права или даже правовой системы в целом; ее насущность определяется потребностями нынешнего социально-экономического состояния страны, для которого характерны такие явления, как недопустимо низкий уровень защиты права собственности, дискриминация субъектов предпринимательской деятельности и искусственная (а иногда и насильственная) маргинализация социального слоя предпринимателей.

У государства отсутствует эффективная, основанная на социальном консенсусе и отвечающая современным потребностям общества и принципам права модель взаимодействия государства и предпринимателей (власти и собственности).

Та модель, которая сегодня фактически сложилась в этой сфере, основана на изжившей себя идее о допустимости принятия государством экономических решений, основанных на разовом интересе и использующих право как «инструмент», не имеющий самоценности и внутренних ограничителей, для обслуживания любых (в том числе неправовых) интересов власти или лиц, имеющих доступ к власти. Эта модель является лишь модификацией сформировавшейся в социалистический период государственной (и одновременно антиправовой и антиэффективной) идеи допустимости уголовно-правового воздействия на экономику, не имеющего никаких внешних (находящихся вне государства) ограничителей (идея управления экономикой посредством уголовного права).

В результате произвольно подменяются подлинные социально оправданные цели уголовно-правовой регламентации отношений в сфере экономики: уголовно-правовая охрана собственности, используемой в предпринимательской деятельности, заменяется задачей осуществления репрессий в отношении предпринимателей, в том числе разовых, избирательных, а уголовное право и уголовная юстиция используются в качестве инструментов уголовно-правового управления экономикой и передела собственности.

Основанное лишь на государственном усмотрении (социально не обоснованное и не учитывающее системности правового регулирования) уголовно-правовое воздействие на экономику порождает феномен «смешанного» (легального и нелегального одновременно) характера предпринимательской деятельности, когда «неуголовные» отрасли права признают ее легальной, однако уголовным правом она квалифицируется как преступление. Поскольку подобная презумпция «смешанного» характера предпринимательской деятель-

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 11

ности не может основываться на праве, такая искусственная криминализация бизнеса достигается двумя путями:

- принятием уголовно-правовых норм, противоречащих общеправовым принципам, нормам и общепризнанным принципам международного права, нормам других (не уголовных) отраслей права;
- толкованием, искажающим правовую норму.

В результате неправового толкования уголовной юстицией норма закона подменяется квазинормой, позволяющей искусственно и безосновательно квалифицировать в качестве преступных те действия предпринимателей, которые иным (не уголовным) правом признаются легальными. Такая искусственная криминализация бизнеса создает реальную опасность того, что любой договор, сделка, трансакция могут быть квалифицированы как преступление. Ярким примером этого являются разъяснения Верховного Суда, согласно которым сделка (договор) и действия по ее исполнению могут быть признаны преступлением, если суд усмотрит в совершении этих легальных действий умысел на совершение преступления (п. 3 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27.12.2007 № 51 «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате»). При этом высший судебный орган страны не считает нужным делать оговорку о том, что преступные действия могут прикрываться видимостью соблюдения формы сделки (что, безусловно, требует доказывания), но не могут являться таковой. Такой подход ведет к обвальному и бесконтрольному росту уголовных репрессий в отношении субъектов предпринимательской деятельности.

Основным экономическим мотивом искусственной криминализации нормальной предпринимательской деятельности выступает завладение собственностью предпринимателей, привлекаемых к уголовной ответственности, устранение конкурентов. Предприниматель оказывается в зоне риска, связанного с опасностью необоснованного привлечения к уголовной ответственности за предпринимательскую деятельность с целью отъема собственности. Уголовное право и уголовная юстиция при этом утрачивают свои подлинные цели и используются как инструменты передела собственности.

Перераспределение собственности посредством уголовной юстиции сегодня фактически превратилось в одну из основных функций государства. Однако осуществление государством функции передела собственности посредством уголовной репрессии (или ее угрозы) *является антиконституционным* и не позволяет создать эффективную экономику, а самому государству — стать правовым.

В результате этого в стране сложился формально не закрепленный, но реально существующий и опасный для права собственности и законных интересов предпринимателей правопорядок, в условиях которого ведение предпри-

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 12

нимательской деятельности неизбежно означает попадание в группу риска быть безосновательно привлеченным к уголовной ответственности и утратить свою собственность и личную свободу. Такой агрессивный правопорядок несовместим с созданием оптимальных условий для развития экономики. Поскольку в любом правопорядке участники экономической деятельности вынуждены одновременно достигать двух целей — цели самосохранения (себя и своей собственности) и цели наиболее эффективной и прибыльной экономической деятельности, постольку чем более агрессивен правопорядок, тем большие ресурсы предприниматель вынужден использовать для самосохранения и, соответственно, тем меньшие ресурсы могут быть использованы для инвестиций и иных вложений в развитие экономической деятельности.

Также следует учитывать, что и сама защита собственности и свободы предпринимательской деятельности в сложившихся условиях зачастую вынужденно осуществляется коррупционными методами, что продуцирует рост криминального воздействия на бизнес и уголовных репрессий.

Изменение сложившегося правопорядка не может быть достигнуто исключительно изменением текста закона и невозможно без изменения целей и содержания уголовной политики, что включало бы:

- отказ от укоренившейся практики уголовно-правового «управления» экономикой;
- отказ от использования уголовной юстиции в качестве инструмента передела собственности;
- создание независимой судебной системы;
- поддержание практики опровержения при помощи процедуры конституционного контроля неправового толкования и конкретизации норм в разъяснениях высших судов;
- отказ от чрезмерно репрессивного уклона уголовного законодательства и практики его применения;
- последовательное осуществление принципа экономии уголовной репрессии, в соответствии с которым уголовная ответственность должна наступать за те правонарушения, защита от которых невозможна средствами иных отраслей права, при этом меры уголовной ответственности не могут быть избыточными и жестокими и должны быть оптимальными и справедливыми;
- последовательное осуществление принципа системности права, в соответствии с которым уголовный закон не может противоречить нормам других (позитивных) отраслей права, а его применение не может быть основано на нарушении или игнорировании норм иных отраслей права;
- последовательное соблюдение внутриотраслевого (уголовно-правового) принципа системности;

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 13

- законодательное введение и осуществление на практике специальных дополнительных (сравнительно с действующими в отношении иных субъектов права) материально-правовых и процессуальных гарантий, вытекающих из особенностей предпринимательской деятельности и ограждающих предпринимателей от незаконного уголовного преследования, в том числе в целях передела собственности.

Без реализации указанных изменений невозможно создание в стране эффективных институтов и повышение уровня защиты прав собственности, что является задачей несоизмеримо более значимой, чем даже задача количественного роста экономики.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 14

II. ЭКОНОМИЧЕСКИЕ ОСНОВАНИЯ МОДЕРНИЗАЦИИ УГОЛОВНОГО ЗАКОНА

Согласно позиции нобелевского лауреата в области экономики Дугласа Норта, основной экономической функцией государства является предоставление гражданам общественных благ. Среди этих благ основным является спецификация и защита государством прав собственности, которые экономическая теория толкует широко, включая в них контрактные права и иные имущественные права, а также права права-свободы, по сути представляющие собой права собственности экономического агента на самого себя.

Экономической теорией давно доказана зависимость от уровня защиты прав собственности не только экономического роста, но и в конечном счете самого существования государства. В один и тот же исторический период, при сходном состоянии производственного развития одни государства возвышались, а другие приходили в упадок, длившийся столетиями, и даже исчезали с карты мира, поскольку государство пренебрегало своими обязанностями по спецификации (регулированию) прав собственности и их защите. Такая закономерность неоднократно подтверждалась исследованиями авторитетных экспертов — нобелевских лауреатов в области экономики, всемирно известных экономических институтов.

Функцией государства является создание и поддержка существования институтов, обеспечивающих регулирование и защиту прав собственности. Для наиболее эффективного использования ресурсов необходимы устойчивая система формальных правил собственности и реальность защиты права собственности в рамках установленных государством формальных институтов, что крайне важно, поскольку в их отсутствие защита прав собственности может обеспечиваться и неформальными негосударственными институтами. Однако, как показал Эрнандо де Сото, замена формальных институтов регулирования и защиты прав собственности неформальными значительно сковывает потенциал использования активов и, соответственно, приводит к обратному экономическому результату.

Неэффективная защита прав собственности не только приводит к размыванию этих прав, но и неизбежно порождает риски экспроприации активов. Основным отрицательным последствием этого является увеличение выгод поведения, ориентированного лишь на получение ренты, когда приоритетом является нацеленность на приращение имущественного состояния за счет перераспределения в свою пользу прав на уже имеющиеся активы, а не за счет производства новых. При этом инвестиции ориентированы не на производство, а на поиск ренты. *Экономика из экономики, нацеленной на инвестиции в увеличение производства благ, превращается в экономику поиска и отобрания чужих недостаточно защищенных прав.*

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 15

В связи с ростом неопределенности прав собственности в качестве стимула экономической деятельности рассматриваются лишь краткосрочные высокодоходные операции. Это ведет к непривлекательности долгосрочных инвестиционных проектов и концентрации инвестиций только в некоторых отраслях. Это также вынуждает государство финансировать долгосрочные проекты за счет бюджетных средств, что в свою очередь влечет за собой количественный и качественный рост коррупционных способов их освоения.

В России функции государства по регулированию и защите прав собственности имеют существенные и даже критические деформации. Формально провозгласив на конституционном уровне право частной собственности и право на свободное занятие предпринимательской деятельностью, государство одновременно создает содержательно иные неправовые институты либо намеренно допускает существование и постоянное воспроизводство неформальных (законодательно не закрепленных) механизмов, посредством которых права собственности размываются. Защита права собственности перестает быть универсальной правовой идеей, а деятельность государственных структур, профессионально призванных к защите права собственности, приобретает обратный вектор, когда вместо защиты собственности осуществляется ее отъем в пользу иного собственника, которым может являться как государство, так и частные субъекты. Тем самым государство само выступает в качестве главного участника формальных и неформальных институтов, направленных на размывание прав собственности и снижение уровня их защиты.

В этом наглядно проявляется известный эффект зависимости от траектории предшествующего развития. В советский период страны государство, являясь, по сути, единственным ведущим экономическую деятельность собственником, посредством уголовного права и уголовной юстиции подавляло (подвергало уголовной репрессии) всех иных (негосударственных) экономических агентов. При отказе от социалистической модели общества в качестве формальных (и соответственно, подлежащих государственной защите) институтов были провозглашены частная собственность и свобода ведения на ее основе предпринимательской деятельности. Однако такое провозглашение новых формальных институтов не привело к исчезновению института репрессии негосударственных участников экономических отношений посредством уголовной юстиции. Став с провозглашением права частной собственности незаконным, этот институт не исчез, а продолжил свое существование уже как неформальный и неправовой (т.е в новых условиях — незаконный) институт. Одновременно институт и механизмы уголовной репрессии подверглись адаптации к современным условиям: поскольку непосредственная экономическая деятельность стала пониматься как несвойственная государству функция, уголовная репрессия экономических агентов стала осуществляться от

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 16

имени и под прикрытием государства не столько в пользу государства, сколько в пользу любых лиц, заинтересованных в отъеме прав собственности. В первую очередь лиц, имеющих должностной или коррупционный доступ к рычагам уголовной юстиции.

Имеющая в своей основе имущественный интерес деятельность уголовной юстиции и иных государственных структур по размыванию прав собственности и их выборочной защите (или незащите) сегодня является четко структурированной деятельностью, в которую заложен механизм самовоспроизводства. Поскольку реальный режим защиты прав собственности характеризуется высоким риском утраты этих прав, постольку предприниматели вынуждены покупать у так называемых государственных агентов «услугу» по реальной защите права собственности.

И хотя такая деятельность традиционно характеризуется как коррупция, экономически это явление в силу своего экономического характера, структурированности и способности к постоянному воспроизводству представляет собой уже не коррупцию (или даже не системную коррупцию), а универсальный неформальный механизм получения дохода в виде политической ренты, реализуемый в форме торговли правами на реальную защиту прав собственности, а также возможностями квазилегального приобретения чужих прав собственности по низкой цене.

В этих неформальных институтах (размывание прав собственности, снижение уровня их защиты, избирательная защита/незащита прав собственности, квазилегальный передел собственности, получение политической ренты) в той или иной мере сегодня принимают участие практически все государственные структуры. Особенно в острых формах это проявляется в деятельности уголовной юстиции, которая имеет возможность путем использования неправового уголовного закона (т.е. ресурса неправового законотворчества), а также неправового судебного толкования закона квалифицировать легальные действия как преступление, размывая тем самым права собственности и создавая возможность отъема собственности у легального собственника в пользу лиц, имеющих доступ к рычагам уголовной юстиции. Именно этими явлениями вызывается нынешнее состояние российского МВД, всех следственных органов и прокуратуры, которые в значительной мере утратили законное целеполагание своей деятельности (охрана легального правопорядка), заменив его целями получения дохода в порядке политической ренты. Одновременно в такой деятельности проявляется и другой известный эффект, когда центральная власть в силу тех или иных причин оказывается неспособной обуздать государственных агентов (бюрократию) даже в тех случаях, когда их интересы в получении политической ренты усекают политическую ренту самой центральной власти и объективно разрушают государственную машину изнутри.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 17

Существование государственных институтов и механизмов, в рамках которых системно ущемляются и подвергаются насильственному ограничению права собственности, антиконституционно снижается уровень их защиты, задает ту деформированную и деформирующую институциональную матрицу, в рамках которой может существовать только неэффективная, стагнирующая экономика.

Поэтому совершенно объяснимо, *что нынешняя российская экономика обладает всеми атрибутами, наличие которых традиционно рассматривается экономической теорией как «стандартный набор», характеризующий неэффективность экономики и свойственный странам третьего мира. Контроль за соблюдением соглашений ненадежен не только из-за неопределенностей в законе, но также из-за неопределенностей в поведении юридических агентов; слабо обеспеченные права собственности ведут к применению технологий с низкой долей основного капитала и мешают заключению долгосрочных соглашений; фирмы, как правило, имеют небольшие размеры (кроме тех, которые управляются государством или пользуются его защитой); существуют неформальные сектора экономики (теневая экономика), что является попыткой создать структуру для обмена благами за границами неэффективного институционального поля.*

Согласно индексам мировых экспертных центров, Россия существенно отстает не только от развитых, но и от ряда развивающихся стран по показателю защиты прав собственности. В рейтинге Института Фрейзера (рейтинг 2009 г. на основе данных 2007 г.) Россия по этому индикатору находилась на 114-м месте из 125 стран и на 65-м из 141 страны по более общему показателю «Правовая система и защита прав собственности». В рейтинге Freedom House (рейтинг 2009 г. на основе данных 2008 г.) — делила места со 150-го по 172-е из 193 стран. В рейтинге Всемирного экономического форума — занимала 121-е место из 133 стран (рейтинг 2009 г. на основе данных 2008–2009 гг.).

В этой связи крайне важна высказанная Нортом идея, что, в случае если правила устанавливаются и обеспечиваются обществом (а не самими участниками отношений), права собственности редко бывают эффективными. Это свидетельствует о том, что чрезмерное преобладание публичного регулирования в регламентации прав собственности в ущерб регулированию частноправовому ведет к тому, что институт права собственности в данном правопорядке оказывается малоэффективен и недостаточно защищен, несмотря на провозглашаемые и осуществляемые государством цели «усиления защиты». Эффективный процесс регулирования и защиты государством права собственности не может быть жестко директивным и должен предполагать в качестве средства такой защиты признание приоритета частного права.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 18

Жестко этатический подход, провозглашаемый и осуществляемый государством, в том числе путем чрезмерной криминализации имущественных отношений, не являющихся, по сути, преступными деяниями, в условиях правопорядка, агрессивного в отношении права собственности и предпринимательства, и отсутствия независимой судебной системы в значительной мере определяет институциональную неэффективность реализуемой модели экономики.

Постулатом экономической теории является положение о том, что эффективная экономика невозможна без института формально урегулированных прав собственности, защита которых осуществляется третьей стороной (государством) как внешней независимой принудительной силой, способной эффективно специфицировать права собственности и осуществлять надзор за их соблюдением. Главное противоречие институционального состояния нашей страны заключается в том, что *субъект спецификации и защиты прав собственности совпадает с субъектом размывания прав собственности и искусственного и насильственного снижения уровня их защиты*. При этом в последнем случае государство действует не как внешний, независимый и объективный гарант прав собственности, а «в своем интересе» (или «в интересе» лиц, имеющих доступ к государственной машине). Это состояние разрушительно не только для самого государства, но и для экономики и общества в целом.

Необходимость институциональных изменений, которые привели бы к исчезновению неформальных институтов, размывающих права собственности и снижающих уровень их защищенности, несомненна. Первым шагом по пути таких изменений может стать модернизация уголовного законодательства в экономической сфере, поскольку изменения здесь одновременно крайне важны и вполне реализуемы в смысле формального (законодательного) закрепления, что позволит сократить формальную базу размывания права собственности и насильственного снижения уровня его защиты.

Не слишком удачный опыт налоговой амнистии свидетельствует о низком уровне доверия общества к такого рода действиям государства, равно как и о недоверии правоохранительных и финансовых органов к бизнесу, а также к его готовности изменить свое поведение в обмен на прощение «старых грехов». *Поэтому бизнес приспосабливается к ситуации с помощью коррупции.* Общество, государство и политические лидеры страны несут ущерб от непрерывно длящейся ситуации, когда «все хоть в чем-то виновны».

Именно руководство страны в интересах развития вынуждено искать выход из общей «институциональной ловушки»: пока все виноваты, проще продолжать коррупцию, чем пойти на риск некоррупционного поведения и внешнего давления на бизнес. Задача является чрезвычайно сложной, но вынужденно необходимой — большинство бизнеса должно уйти из тени или полутени. Для этого необходимы реальная гуманизация уголовного законода-

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 19

тельства, амнистия осужденных предпринимателей, снижение общего государственного давления на бизнес.

Однако при этом следует учитывать описанные экономической теорией трудности осуществления институциональных изменений. Настоятельно (и даже жизненно) необходимые, профессионально разработанные и доступные для реализации изменения в институциональной сфере, как показывает мировой опыт, не осуществляются, если властная элита или какие-либо группы внутри нее не способны проявить к этому волю, в том числе из-за неготовности и нежелания отказаться от дохода, получаемого в порядке политической ренты.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 20

III. ЦЕЛИ МОДЕРНИЗАЦИИ УГОЛОВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Потребность в модернизации уголовного законодательства в экономической сфере определяется реально существующими негативными сторонами действия уголовного законодательства:

- решения о применении уголовного закона в сфере экономики во многих случаях по различным причинам (коррупция, произвол, непрофессионализм, низкое качество уголовного закона) непредсказуемы;
- статистически зафиксированный разрыв между количеством выявленных преступлений и количеством приговоров настолько велик, что может означать смещение юрисдикционной власти от суда к досудебным органам, заменяющим приговоры иными мерами;
- издержки государства на осуществление уголовного преследования в этой сфере ввиду нетехнологичности уголовного закона и иных причин слишком велики, и с большой вероятностью можно предполагать, что они больше, чем получаемые выгоды;
- весьма затруднена оценка того, являются ли предусмотренные УК РФ уголовно-правовые запреты действительно необходимыми и действительно достаточными;
- защита собственности, контрактов и личной неприкосновенности субъектов экономики является недостаточной либо деформированной.

Обширный опыт изменений, вносившихся в российское уголовное законодательство, обнаруживает, что, как правило, такие изменения не имеют общей идеологии и методологии, вызываются и обосновываются разовыми, иногда конъюнктурными интересами, что неизбежно сказывается как на качестве уголовного закона, так и на практике его применения.

Законодателю необходимо более четко определиться с тем, какова должна быть уголовная политика применительно к модернизации уголовного законодательства в экономической сфере. Для этого необходимо уяснение целей, задач и рисков модернизации.

Инструментальная характеристика целей модернизации уголовного законодательства в экономической сфере предполагает определение требований к формированию целей. Проблема определения целей (целеполагания, целеобразования) при этом не должна сводиться к формированию привычных деклараций. Она представляет собой сложную задачу, решение которой требует наличия многих политических, организационно-ресурсных, интеллектуальных, информационных и иных предпосылок. Описание целей модернизации необходимо как способ перевода согласованной и поддерживаемой обществом уголовной политики в решение

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 21

правотворческих задач и осуществление связанных с ними организационных и иных мер.

Цели модернизации определяют выбор ее направлений, содержания, темпов и других параметров. При этом достижение согласованного, системного и непротиворечивого представления о действительных целях модернизации уголовного законодательства, по сути, должно являться способом достижения социального консенсуса о допустимых, должных и существенных характеристиках уголовного закона в экономической сфере, поскольку отсутствие такого консенсуса ставит под сомнение саму возможность каких-либо изменений в уголовном законе и тем более в уголовной политике: бесполезно обсуждать то, что общество и власть не хотят или не могут делать.

Вместе с тем цели модернизации уголовного законодательства в сфере экономики не могут ограничиваться декларацией таких качеств уголовного закона, как легитимность, справедливость и эффективность. Они и должны охватывать ожидаемые социальные, экономические и юридические результаты, характер изменений текста уголовного и смежного законодательства, а также действия государственных органов, которые необходимы для достижения этих целей и не могут быть сведены исключительно к законопроектной, законодательной и правоприменительной деятельности.

Для эффективной модернизации уголовного законодательства в экономической сфере требуется классификация ее целей. Она необходима прежде всего для достижения консенсуса касательно содержания и иерархии целей модернизации. При этом можно выделить основные и вспомогательные, неотложные и долговременные, политические, экономические и юридические цели модернизации уголовного законодательства в сфере экономики.

Основными целями модернизации уголовного законодательства в экономической сфере являются выведение уголовного законодательства и механизмов его реализации из кризиса и достижение такого положения, при котором уголовное законодательство будет развиваться и действовать:

- в соответствии с действительными социальными и экономическими потребностями и возможностями страны, обеспечивая своими средствами баланс интересов личности, общества и государства;
- в соответствии с государственными интересами и нравственными началами, одобряемыми большинством граждан, что предполагает отказ от «приватизации» уголовно-правового ресурса в пользу отдельных лиц, групп лиц или социального слоя;
- строго на основе всего (а не только уголовного) законодательства, действующего в сфере экономики, а также и в иных (смежных) сферах;
- как субсидиарная правовая отрасль, охраняющая конституционно-правовые ценности в сфере экономики, свободу экономической деятельности, свободу контрактов и собственности, экономические права и

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 22

свободы, а также экономические стратегии, реализуемые государством и компаниями;

- стремясь к достижению справедливости, эффективности и экономии в применении уголовно-правовых запретов.

В качестве *вспомогательных целей* модернизации уголовного законодательства в экономической сфере могут быть названы обеспечение модернизации (как длящегося процесса) информацией, действиями по мониторингу, контролю, созданию требуемой инфраструктуры, углублению политического доверия населения к государству как субъекту, осуществляющему изменения, порождающие положительный экономический и социальный эффект.

Неотложной целью модернизации уголовного законодательства в экономической сфере является немедленное устранение таких недостатков уголовного закона и способов его применения, о наличии которых широко известно и достигнуто согласие большинства общества о недопустимости их существования. На современном этапе в качестве таких целей могут быть названы обеспечение жесткой дисциплины в профессиональной правоприменительной деятельности, повышение профессионализма и эффективности правотворческой деятельности, а также волевое уменьшение «населения» мест лишения свободы. В этой связи необходимо эффективно ограничить инициативу правоохранительных и иных ведомств по изменению действующего уголовного законодательства, поскольку эта деятельность имеет своим результатом несогласованные, частные и невнятные изменения закона, что неизбежно подрывает авторитет публичной власти и продуцирует неуважение к закону.

Политические, социальные, экономические и юридические цели модернизации уголовного законодательства в экономической сфере должны быть тесно связаны друг с другом, но различаться содержательно.

Политические и социальные цели, которыми руководствуется государство при изменении своей уголовной политики, зависят от той стратегии развития, которая избирается властью на том или ином этапе развития. Как правило, при этом учитываются следующие факторы, определяющие подход к совершенствованию уголовного закона:

- предметом политической борьбы является реальный контроль над практикой применения уголовного закона; проблема материально-правовой законности и жесткости санкций связана преимущественно с завладением юридическими и фактическими возможностями реализации уголовного закона, притом что на эти процессы, как правило, дополнительно влияет уголовно-правовой популизм;
- публичная власть, стремящаяся к единству страны, стабильности и усилению социальной поддержки, должна быть заинтересована в ослаблении репрессии и в усилении позитивного регулирования; любая власть стремится хотя бы к формальной законности, поскольку нарушение

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 23

единства законности в сфере экономики ведет к ее децентрализации (существованию де-факто в разных юридических режимах);

- мелкий и средний бизнес нуждается в уголовно-правовой охране больше, чем крупный и сверхкрупный, и одновременно несет больший ущерб от низкого качества уголовного закона и деформированной, приватизированной практики его применения;
- предложения о криминализации экономического поведения отражают явно или скрыто политические позиции и должны рассматриваться с учетом того, что опасные деяния в экономике носят характер эпидемии, поскольку это вызывается конкуренцией на рынке, при этом такие деяния порождают «сопровождающую» преступность, ослабляют позиции потребителей, усиливают слабости или пробелы рынка, а также ведут к переделу власти, усилению исполнительной власти за счет других ветвей власти.

Экономические цели модернизации уголовного законодательства в экономической сфере предполагают создание средствами уголовного закона и в результате его модернизации наиболее благоприятных условий для развития экономики. Формулирование этих целей представляет собой задачу экономистов, располагающих необходимыми профессиональными знаниями. Это предполагает отказ юристов от продуцирования и отстаивания утверждений, не основанных на профессиональной юридической компетенции, что является одним из существенных условий эффективной модернизации.

Юридические цели модернизации уголовного законодательства в экономической сфере должны быть направлены на получение качественного текста уголовного закона, оптимизацию межотраслевых правовых связей, совершенствование технологии применения уголовного законодательства и на иные меры по совершенствованию юридических механизмов и процедур. В настоящее время разработанные уголовно-правовой и криминалистической наукой предложения об изменении уголовного закона, как правило, аргументируются крайне слабо, в основном ссылками на лингвистические недостатки дефиниций, требования имплементации международных соглашений, нарушение системности и (содержательно) преимущественно на необходимость усиления борьбы с преступностью. Как правило, аргументы для принятия новых запретов либо изменения действующего законодательства базируются в основном на субъективной экспертной оценке специалистов. Это объясняется общими трудностями использования юридической аргументации, присущими всем правовым системам, но в большей степени это вызывается отсутствием эмпирической информации, а также в ряде случаев зависимым положением экспертов.

В связи с этим представляется важным создание системы профессионального моделирования предлагаемых изменений уголовного закона, как в це-

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 24

лом, так и по конкретным нормам, которая описывала бы аргументированные позиции сторонников и противников изменений, предпосылки и препятствия для реализации измененного законодательства, связанные с этим издержки и выгоды, гипотетическую картину изменений поведения адресатов закона.

Модернизация уголовного законодательства в экономической сфере (как и любое изменение уголовного закона) отражает в силу особенностей этой отрасли целостные интересы страны. Такие изменения не могут и не должны осуществляться исключительно в групповых или ведомственных интересах. Модернизация уголовного законодательства должна рассматриваться публичной властью и обществом как система задач конституционного, высшего уровня.

Задачи модернизации уголовного законодательства в экономической сфере также объективно определяются такими факторами, как:

- сложившееся состояние уголовного законодательства и практики его применения, включая наличие или отсутствие механизмов, обеспечивающих устойчивость от вмешательства извне;
- связь уголовного законодательства в сфере экономики со смежными отраслями законодательства;
- экономические и политические возможности государства, включая наличие или отсутствие реальной политической воли и поддержки модернизации или противодействия ей со стороны государственного аппарата или отдельных его частей.

Объектом модернизации в конечном счете следует считать практику реализации уголовного закона и определяемое ею поведение. Однако эта практика программируется не только текстом уголовного закона, его пониманием, но и в значительной степени смежным законодательством, контекстом и инфраструктурой реализации велений уголовного закона.

Дополнительные трудности в модернизации уголовного законодательства в экономической сфере связаны с тем, что ее локальная (замкнутая только на текст уголовного закона) реализация невозможна. Посягать на экономику может самый широкий круг деяний, как неуголовного характера, так и нарушающих уголовный запрет. Однако особенностью современного правоприменения является практика неправомерного давления на бизнес путем недопустимо расширительного толкования уголовной нормы. В связи с этим модернизация уголовного законодательства в экономической сфере невозможна без учета реалий правоприменительной практики и межотраслевых связей уголовного права с иными отраслями права.

Большое количество нормативных правовых актов в области гражданского, административного и иных отраслей права являются смежными с уголовным правом, содержат в себе так называемые восполняющие уголовный закон

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 25

нормы. Понимание и применение уголовного законодательства в экономической сфере предполагает анализ относящейся к нему судебной практики, прежде всего постановлений Пленума Верховного Суда РФ. Также необходим учет сложившихся позиций правоохранительных органов, иных правоприменяющих структур, включая налоговые органы, антимонопольную службу и пр. Эти позиции в значительной степени определяют собой практику применения соответствующих уголовно-правовых норм и тем самым в конечном счете содержание уголовного запрета, притом что такое содержание из текста уголовного закона прямо не усматривается.

В связи с этим необходимо изменить правоприменительную практику. Реальное действие уголовного закона определяется далеко не только текстом уголовного закона; на самом деле правоприменительная практика уходит от текста и реализует такое понимание, которое соответствует интересам наиболее властных субъектов, необязательно публично-правовых. Уголовный закон и смежное законодательство «в книге» (т.е. тексты закона) и практика их применения различны в любой уголовно-правовой национальной системе. И это различие тем более существенно, чем больший разрыв наблюдается между смыслом, вложенным в текст закона законодателем как выразителем социального консенсуса по конкретному уголовному запрету, и смыслом, придаваемым норме в процессе правоприменения. Этот разрыв в современном российском правоприменении часто недопустимо велик, в результате чего уголовно-правовая норма нередко заменяется созданной практикой квазинормой, чье содержание оторвано от действительного смысла уголовно-правового запрета.

При формировании целей модернизации уголовного законодательства в сфере экономики необходимо учитывать специфику запрещаемого и охраняемого поведения. В частности, наличие специфики экономических отношений учитывается при внутриорганизационном подразделении правоохранительных органов на структуры, действующие в сфере экономической безопасности, и структуры, ориентированные на общеуголовную преступность. Такая специализация имеет место не только в отечественной практике, но и в ряде европейских стран, например в ФРГ. Уголовное законодательство, выраженное в общем для всех субъектов уголовной ответственности тексте УК РФ, все же дифференцируется применительно к собственно экономическим, требующим специальных знаний и (или) статуса, преступлениям и иного рода посягательствам на имущество. И законодатель уже вполне осознанно пошел по пути учета специфики этих отношений, о чем, в частности, свидетельствуют новеллы об установлении дополнительных процессуальных гарантий для предпринимателей, привлекаемых к уголовной ответственности.

Конкретизация целей эффективной модернизации уголовного законодательства в экономической сфере вызывает необходимость мониторинга ре-

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 26

ального состояния правопорядка, достигаемого путем реализации уголовного законодательства в экономической сфере, для чего должны быть выработаны критерии, пригодные для объективной оценки этого состояния. На основании используемых в настоящее время критериев (прежде всего по официальной статистике) можно только гипотетически или заведомо условно представить картину состояния, достигаемого применением уголовного законодательства в экономической сфере, поскольку эта картина сильно искажена, как намеренно, так и ввиду информационных пробелов.

Контроль за реальностью целей модернизации уголовного законодательства в экономической сфере затрудняется тем, что в профессиональном обороте отсутствуют достаточные, объективные и надежные данные о качестве уголовного законодательства и практике его применения. Это вызывается следующими обстоятельствами:

- практически во всех уголовно-правовых системах отсутствуют критерии определения качества уголовного закона: увеличение количества уголовных дел, в зависимости от нравственных установок либо ведомственных или экономических интересов, может рассматриваться в одних ситуациях как положительное явление, а в других — как отрицательное, что свидетельствует о существенной размытости такого критерия криминализации, как общественная опасность деяния;
- уголовная статистика крайне ненадежна, поскольку фиксирует лишь количество процессуальных актов, но не выявляет их законность, справедливость, обоснованность и тем более эффективность, понимаемую как соответствие социальным потребностям;
- попытки выявления латентной преступности не дают достаточно достоверных результатов;
- оценка качества уголовного законодательства недопустимо часто основывается на ведомственных и (или) коррупционных интересах, правовом популизме, готовности или неготовности к применению нормы правоохранительной и судебной системой.

В качестве первоначальных мер, осуществление которых может в положительном направлении изменить правоприменительную практику, а также позволит сделать шаги к объективному мониторингу качества уголовного закона и практики его применения, можно обозначить:

- внесение в уголовный и уголовно-процессуальный закон новелл и изменений, которые не позволяли бы расширительно толковать уголовный запрет, а также квалифицировать в качестве преступных деяний действия, признаваемые легальными иными отраслями законодательства;
- поддержание практики оспаривания в конституционной процедуре толкований и разъяснений высших судов, позволяющих расширительно толковать уголовный запрет;

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 27

- формулирование уголовных запретов в сфере экономической деятельности исключительно в виде реальных составов преступлений, исключающих уголовное преследование без наступления вреда, наносимого деянием;
- введение процедуры возбуждения уголовных дел, связанных с предпринимательской деятельностью, исключительно по заявлению потерпевшего;
- введение процедуры обязательного прекращения уголовных дел, связанных с предпринимательской деятельностью, при установлении отсутствия вреда потерпевшему;
- введение процедур дополнительной юридической защиты привлекаемых к уголовной ответственности в связи с предпринимательской деятельностью лиц и их имущества;
- последовательное осуществление практики уголовного наказания за незаконное привлечение к уголовной ответственности;
- совершенствование процедуры повышения и контроля профессиональной квалификации работников правоохранительных органов;
- осуществление сбора и обработки уголовной статистики под общественным контролем, а также негосударственными организациями.

Модернизация уголовного законодательства в экономической сфере может быть осуществлена только посредством одновременного достижения целой системы взаимосвязанных целей. При определении конкретных целей модернизации следует исходить из того, что собственно изменения содержания и текста уголовного закона, т.е. техническая оптимизация, криминализация или декриминализация, пенализация или депенализация являются не самоцелью, а способами достижения значимых для страны целей, среди которых необходимо выбрать оптимальные по соотношению затрат и прогнозируемого полезного эффекта.

Описание целей содержательной и технической оптимизации уголовного законодательства должно включать в себя:

- четкое определение общественной опасности запрещаемых деяний путем дополнительного введения или замены выражающих ее признаков, которыми в настоящее время преимущественно являются заведомость, группа, повторность, обман, злоупотребление;
- четкое отграничение уголовно-правовых деяний от иных, неуголовных, деликтов, в том числе посредством совершенствования процессуальной преюдиции, ненарушения применимых норм неуголовных отраслей права при толковании уголовно-правовой нормы, законодательного закрепления понятий общей и специальной противоправности;
- повышение определенности текста уголовного закона и технологичности его применения, прежде всего за счет исключения признаков состава

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 28

деяния, которые законодатель раскрыть не может (в частности, «преступное сообщество», «идеальная совокупность» и т.д.), а также путем отказа от использования в качестве квалифицирующих «неизбежных» признаков деяния (например, «группа» применительно к действиям, совершаемым юридическими лицами).

Цель снижения репрессии в целом или применительно к отдельным уголовным запретам должна достигаться с учетом экономических воззрений на имущественные санкции как наиболее эффективный инструмент борьбы с правонарушениями в области экономики. Также следует учитывать, что, хотя формально репрессивность по делам об экономических преступлениях относительно невелика, реально репрессия осуществляется путем мер процессуального принуждения, которые в значительном числе случаев ведут к утрате лицом, привлеченным к уголовной ответственности, не только личной свободы, но и собственности.

Цель обеспечения законности и предсказуемости обвинительных приговоров и иных правоприменительных решений достигается повышением определенности уголовно-правового запрета, предупреждающей ошибки в применении материального права, и совершенствованием системы норм о наказании, однако решающее значение здесь имеет эффективная организация независимой судебной власти и профессионального досудебного уголовного процесса.

В качестве одного из способов модернизации уголовного законодательства в экономической сфере можно рассматривать оптимизацию внутренней структуры уголовного законодательства. В связи с этим представляется целесообразным изучение и широкое обсуждение вопроса о выделении норм о преступлениях в сфере экономики в подотрасль уголовного законодательства, осознанно нарушив фикцию единства и системности действующего уголовного законодательства. Поскольку принятие отдельного законодательного акта об экономических преступлениях (такая практика имеется в некоторых странах) находится за пределами российской уголовно-правовой традиции, необходимо дополнение действующего УК РФ предписаниями в нуждах уголовной ответственности за экономические преступления. В частности, при нынешнем состоянии уголовного закона это диктуется возможностью распространять действующее понятие форм вины одновременно на насильственные преступления (например, убийство, изнасилование) и на деяния экономического характера (например, воспрепятствование законной предпринимательской или иной деятельности, незаконное получение кредита и т.п.). Также необходимо законодательное разрешение вопроса, как в порядке юридической квалификации должны разграничиваться действия лица, привлекаемого к уголовной ответственности за деяния, совершенные им в качестве органа юридического лица, и действия самого юридического лица, не являющегося субъектом уголовной ответственности. Кроме того, представляется

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 29

возможным установление специальной подсудности уголовных дел в сфере экономики, практика чего имеется, например, в ФРГ (см. § 74 «е» Закона о судоустройстве ФРГ). Критериями выделения дел такой подсудности следовало бы считать объект посягательства и необходимость специальных юридических познаний при расследовании и рассмотрении дел об экономических преступлениях.

Задачи модернизации уголовного законодательства в экономической сфере должны не только определять необходимые ресурсы и условия реализации задач, но и прогнозировать возможные последствия реализации этих задач, поскольку история российского уголовного законодательства знает множество примеров, когда изменения в уголовной политике приводили к огромным издержкам при незначительной пользе, а в ряде случаев и наносили очевидный вред экономическому и социальному состоянию страны.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 30

IV. ИСТОРИЧЕСКИЙ ОБЗОР УГОЛОВНОЙ ПОЛИТИКИ В СФЕРЕ ЭКОНОМИКИ

В отличие от европейского законодательства нормы об ответственности за преступления в сфере экономической деятельности в уголовном праве Российской империи появились значительно позже, что было обусловлено спецификой экономических отношений и характера самодержавия в России. Однако после появления этих норм в российском праве они постоянно и поступательно совершенствовались.

Законодательство того времени об ответственности предпринимателей по степени своей карательности не имело ничего общего с современным пониманием уголовно-правовой репрессии в отношении субъектов экономической деятельности. Наказуемые деяния в области предпринимательства в дореволюционном российском праве можно условно разделить на две категории — собственно уголовные, имеющие мало общего с предпринимательством, и предпринимательские проступки, санкции за которые представляли собой, пользуясь понятиями современного российского права, ответственность административную.

Такие преступления, как фальшивомонетничество, подделка кредитных бумаг, нарушение уставов горных, злонамеренное банкротство, карались очень строго (каторга, лишение всех прав состояния, ссылка в Сибирь и даже наказание плетьми). Другие деяния, не представляющие серьезной общественной опасности, наказывались лишь денежным взысканием (штрафом). Не только фактически, но и формально такое денежное взыскание относилось не к уголовным наказаниям, а к исправительным. Это наказание по степени своей кары было лишено уголовно-правового характера и по своему содержанию приближалось к административно-правовым мерам воздействия.

После Октябрьской революция для новой, отвергающей частную собственность власти стало не только ненужным, но и вредным («классово чуждым») абсолютное большинство прежних уголовно-правовых запретов, ориентированных на охрану частной собственности и развитие капиталистических отношений в экономике. Смена социально-экономического строя привела к исчезновению громадного массива норм, регулировавших и защищавших частную собственность и основанный на ней тип экономических отношений. Вместе с тем появилось законодательство, жестко каравшее за использование частной собственности для ведения предпринимательства.

Первые советские уголовные законы (Уголовный кодекс РСФСР 1922 г., Уголовный кодекс РСФСР 1926 г.) строились на совершенно новой основе, смысл которой сводился к одному — ужесточение уголовно-правовой борьбы с любыми формами предпринимательства и другими проявлениями частной

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 31

собственности, не вписывавшимися во все более огосударствляемую систему нового социалистического хозяйства.

В письме Ленина народному комиссару юстиции Д.И. Курскому (с рассылкой копий членам Политбюро) была сформулирована принципиальная позиция нового государства, ориентированная на правовую (в том числе уголовную) репрессию в сфере экономики: «Мы ничего "частного" не признаем, для нас все в области хозяйства есть публично-правовое, а не частное. Мы допускаем капитализм только государственный, а государство это — мы, как сказано выше. Отсюда — расширить применение государственного вмешательства в "частноправовые" отношения; расширить право государства отменять "частные" договоры; применять не corpus juris romani к "гражданским правоотношениям", а наше революционное правосознание; показывать систематически, упорно, настойчиво на ряде образцовых процессов, как это надо делать с умом и энергией; через партию шельмовать и выгонять тех членов ревтрибуналов и нарсудей, кои не учатся этому и не хотят понять этого».

УК РСФСР 1960 г. сохранил принципы уголовно-правовой политики в области хозяйственных преступлений, сформулированные и завещанные основоположником Коммунистической партии и Советского государства, — «удушение» частной собственности, любой частной инициативы и предпринимательства в сфере экономики. Кодекс воспринял концепцию Закона СССР от 25 декабря 1958 г. «Об уголовной ответственности за государственные преступления», в соответствии с которым к государственным преступлениям было отнесено нарушение правил о валютных операциях, предусматривающее в виде меры наказания смертную казнь. К уголовным деяниям Кодекс относил любую частнопредпринимательскую деятельность и коммерческое посредничество (ст. 153).

При создании нового, ныне действующего УК 1996 г. не удалось избавиться от отягощенной наследственности предыдущего уголовного законодательства, которое длительное время было основным орудием подавления частной собственности и основанного на ней типа экономических отношений. Более того, в целом УК 1996 г. оказался даже более репрессивен, чем предшествующее уголовное законодательство. Такая чрезмерная репрессивность нынешнего уголовного закона особенно наглядно проявляется в нормах УК о назначении наказания, а также в практике применения уголовной юстицией норм о деяниях в сфере экономики. Накладываясь друг на друга, такие явления, как избыточная репрессивность уголовного закона и его недопустимо расширительное толкование в отношении участников экономической деятельности, нередко приводят к тому, что предприниматели подвергаются уголовной репрессии значительно более жесткой, чем даже лица, совершившие тяжкие насильственные преступления.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 32

История советского и российского уголовного права и практики его применения наглядно демонстрирует, какой серьезный социально-экономический вред наносит существующая длительное время в качестве одной из основных составляющих уголовной политики идея о том, что наилучшим способом защиты экономических отношений является ужесточение уголовной репрессии.

Согласно статистике с 1992 по 2007 г. в стране осуждено свыше 15 млн человек (т.е более 10% населения), 5 млн из которых были приговорены к лишению свободы. К уголовной ответственности привлекался в среднем один миллион человек в год, что является крайне высоким порогом уголовной репрессии даже по сравнению с годами экономического спада и социальных потрясений (с 1987 по 1991 г.), когда было осуждено 2,5 млн человек (т.е. среднегодовое число осужденных было меньше почти в два раза).

Статистические данные о динамике уровня судимости свидетельствуют о том, что между усилением уголовной репрессии (объективным измерителем чего может служить рост количества осужденных) и объективным состоянием правопорядка существует обратная зависимость: ужесточение репрессии влечет за собой ухудшение криминогенного состояния общества. Идея о том, что усиление уголовной репрессии ведет к улучшению криминогенной обстановки, не находит объективных подтверждений. Вместе с тем прослеживается очевидная связь между изменением уголовного закона и практики его применения и ростом уголовной репрессии, о чем свидетельствует исторический опыт страны.

Проведенная в 60-е гг. прошлого века либерализация уголовного законодательства имела своим результатом не только сокращение количества вынесенных приговоров и числа осужденных, но и реальное снижение уровня преступности. В 1965 г. по сравнению с 1961 г. судимость снизилась почти на 40%, количество осужденных к лишению свободы сократилось на 46%, количество зарегистрированных преступлений — примерно на 17%.

Однако в 1966 г. было принято политическое решение об изменении уголовной политики в сторону ужесточения репрессии, что было реализовано путем изменения уголовного законодательства и постановки перед правоохранительными органами и судами задачи обширной и жесткой уголовной репрессии. В результате уже в первый год реализации новой уголовной политики количество осужденных к лишению свободы увеличилось в полтора раза. С этого момента образовался тренд к непрерывному росту не только судимости, но и преступности, в результате чего в 1984 г. количество зарегистрированных преступлений было в 3,2 раза больше, чем в 1965 г.

Динамическая картина состояния правопорядка показывает, что чем более уголовная политика направлена на ужесточение репрессии, тем выше становится уровень преступности. Одновременно в структуре преступности растет

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 33

число особо опасных и насильственных преступлений, что объясняется фактором «тюремной школы», когда лица, отбывшие наказание в виде лишения свободы, приобретают ценностные установки, основанные на неуважении к чужой личности, жизни и имуществу.

Ныне действующий Уголовный кодекс РФ не стал законодательным актом, который бы изменил уголовную политику, и в результате множества изменений и дополнений приобрел откровенно репрессивный характер, свидетельством чего является опережающий по сравнению с ростом преступности рост судимости: при росте преступности с 1991 по 2001 г. на треть число осужденных выросло в два раза. Осуществленная в 2002–2003 гг. декриминализация ряда деяний посредством перевода их в категорию административных нарушений, имела своим результатом заметное улучшение криминогенной обстановки. Уже в 2003 г. число судимых сократилось до 774 тыс., а лишенных свободы — до 252 тыс. Однако в дальнейшем уголовная политика вновь повернулась в сторону ужесточения репрессии, и в 2006 г. по сравнению с 2003 г. количество осужденных, в том числе к лишению свободы, выросло примерно на четверть.

При имеющейся практике правоохранительных органов число официально зарегистрированных преступлений не позволяет получить объективные данные о реальном состоянии правопорядка. Оценка изменений в криминогенных характеристиках общества возможна лишь на основании данных, которые наименьшим образом поддаются деформациям, связанным с несовершенствами официальной уголовной статистики. Такими данными являются сведения о тяжких насильственных преступлениях. Статистика за 2005–2006 гг. свидетельствует об уменьшении количества этих преступлений. Несмотря на эти процессы, свидетельствующие об оздоровлении криминогенной ситуации, за этот же период число осужденных, в том числе к лишению свободы, выросло примерно в той же пропорции, в которой статистика свидетельствует о снижении криминогенности. В настоящее время около 895 тыс. человек находятся в местах лишения свободы, и по количеству «тюремного населения» Россия делит с США 1–2-е места в мире.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 34

V. СОСТОЯНИЕ УГОЛОВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В ЭКОНОМИЧЕСКОЙ СФЕРЕ

Охрана экономических отношений от преступных посягательств занимает важное место среди задач, стоящих перед российским уголовным законодательством. Сегодня основные функции в этом направлении выполняет раздел VIII Уголовного кодекса РФ 1996 г. «Преступления в сфере экономики», охватывающий посягательства на собственность, преступления в сфере экономической деятельности и преступления против интересов службы в коммерческих и иных организациях.

Глава 21 УК «Преступления против собственности» включает в себя сегодня 11 статей, гл. 22 УК «Преступления в сфере экономической деятельности» — 36 статей, гл. 23 УК «Преступления против интересов службы в коммерческих и иных организациях» — 4 статьи. Таким образом, экономические преступления насчитывают 51 статью, которые предусматривают гораздо большее количество составов экономических преступлений.

За все время действия УК РФ подвергался изменениям и дополнениям, которые содержались в 79 федеральных законах (по состоянию на 10 июня 2010 г.). *Обширный опыт изменений, вносившихся в российское уголовное законодательство, обнаруживает, что, как правило, такие изменения не имеют общей идеологии и методологии, вызываются и обосновываются разовыми, иногда конъюнктурными интересами, что неизбежно сказывается как на качестве уголовного закона, так и на практике его применения.*

Из уже произведенных изменений УК: гл. 21 реформировалась пятью законами (6,3 % от всех изменявших УК федеральных законов); изменения гл. 22 содержались в 22 федеральных законах (т.е. в 27,8% от всех изменявших УК федеральных законах); гл. 23 менялась в связи с принятием четырех законов (5%). Таким образом, глава о преступлениях в сфере экономической деятельности подвергалась реформациям законодателем чаще других, что само по себе свидетельствует об отсутствии последовательной уголовной политики в отношении этих экономических преступлений.

Основные результаты изменений уголовного закона в сфере экономики таковы.

1. По главе 21 УК. Изменения не коснулись дополнительной первичной криминализации и декриминализации, по количеству статей глава осталась неизменной. Однако нет ни одной из 11 статей главы, в которую бы не были внесены изменения, т.е. 100% составов подверглись реформациям. Некоторые статьи изменялись по нескольку раз (например, ст. 158 «Кража» — четырежды, ст. 162 «Разбой» и ст. 165 «Причинение имущественного ущерба путем обмана и злоупотребления доверием» — трижды).

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 35

Пределы преступного (частичная криминализация) изменялись не один раз, прежде всего путем изменения понятия мелкого хищения в административном законодательстве. Его предельные размеры, а следовательно, и минимальные размеры простого ненасильственного хищения реформировались следующим образом:

- до 1 июля 2002 г. — до 1 МРОТ;
- с 1 июля до 31 октября 2002 г. — до 5 МРОТ;
- с 31 октября 2002 г. до 22 июня 2007 г. — до 1 МРОТ;
- с 22 июня 2007 г. до 16 мая 2008 г. — до 100 руб.;
- с 16 мая 2008 г. — до 1000 руб.

Соотношение категорий преступлений против собственности таково: преступлений небольшой тяжести — 6 (18,2%), средней тяжести — 9 (27,3%), тяжких — 13 (39,4%), особо тяжких — 5 (15,2%). *Все без исключения санкции статей главы предусматривают наказание в виде лишения свободы (в качестве одного или вариативно). Репрессивность главы очевидна.*

Общей тенденцией в изменении пенализации является либерализация санкций. Например, простая кража (ч. 1 ст. 158 УК), первоначально отнесенная законодателем к преступлениям средней тяжести, переведена в категорию преступлений небольшой тяжести. Такая же трансформация коснулась простого мошенничества (ч. 1 ст. 159 УК) и простого присвоения и растраты (ч. 1 ст. 160 УК). Разбой с применением оружия (ч. 2 ст. 162 УК), при принятии Кодекса относившийся к особо тяжким преступлениям, стал ныне тяжким преступлением и т.д. Однако далеко не всегда указанная либерализация осуществляется обоснованно и продуманно (что, в частности, проявилось при уменьшении жесткости санкций в отношении такого опасного деяния, как вооруженный разбой).

2. По главе 22 УК. Криминализация по этой главе превалировала над декриминализацией, что не может быть оценено положительно в связи со спецификой данной сферы совершения деяний. В главу было включено 10 новых составов преступлений:

- фальсификация единого государственного реестра юридических лиц, реестра владельцев ценных бумаг или системы депозитарного учета (ст. 170.1 УК), в 2010 г.;
- производство, приобретение, хранение, перевозка или сбыт немаркированных товаров и продукции (ст. 171.1 УК), в 1999 г.;
- легализация (отмывание) денежных средств или иного имущества, приобретенных лицом в результате совершения им преступления (ст. 174.1 УК), в 2001 г. (выделена из основной ст. 174 УК);
- злостное уклонение от раскрытия или предоставления информации, определенной законодательством РФ о ценных бумагах (ст. 185.1 УК), в 2002 г.;

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 36

- нарушение порядка учета прав на ценные бумаги (ст. 185.2 УК), в 2009 г.;
- манипулирование ценами на рынке ценных бумаг (ст. 185.3 УК), в 2009 г.;
- воспрепятствование осуществлению или незаконное ограничение прав владельцев ценных бумаг (ст. 185.4 УК), в 2009 г.;
- фальсификация решения общего собрания акционеров (участников) хозяйственного общества или решения совета директоров (наблюдательного совета) хозяйственного общества (ст. 185.5 УК), в 2010 г.;
- неисполнение обязанностей налогового агента (ст. 199.1 УК), в 2003 г.;
- сокрытие денежных средств либо имущества организации или индивидуального предпринимателя, за счет которых должно производиться взыскание налогов и (или) сборов (ст. 199.2 УК), в 2003 г.

Кроме того, расширение преступных и наказуемых деяний происходило за счет отказа законодателя от криминообразующих признаков, наличие которых свидетельствовало ранее о преступности деяния (корыстная и иная личная заинтересованность — в ч. 2 ст. 183 УК, личные интересы и интересы других лиц — в ст. 196, цели — в ст. 197, крупный размер в легализации).

Декриминализация была применена в отношении трех составов гл. 22 УК: лжепредпринимательства (ст. 173) в 2010 г., заведомо ложной рекламы (ст. 182) и обмана потребителей (ст. 200) в 2003 г. Сужение сферы преступного осуществлялось также за счет изменения толкования криминообразующих признаков или отказа от некоторых из них, что в целом является позитивной тенденцией. Так, повышение денежного выражения таких криминообразующих признаков, как крупный размер или крупный ущерб, привело к декриминализации, например, уклонения от уплаты налогов с физического лица при размере уклонения до 600 тыс. (при условии, что доля неуплаченных налогов и/или сборов превышает 10% подлежащих уплате сумм налогов и/или сборов и уклонение осуществляется в пределах трех финансовых лет подряд) или до 1800 тыс. руб. (против существовавших ранее 100 тыс. и 300 тыс. соответственно), контрабанды, осуществляемой в размере до 1,5 млн руб. (против 250 тыс., существовавших в законе ранее), и т.д.

Соотношение категорий преступлений в сфере экономической деятельности таково: преступлений небольшой тяжести — 26 (30,6%), средней тяжести — 30 (35,3%), тяжких — 26 (30,6%), особо тяжких — 3 (3,5%). *Лишение свободы в качестве возможной меры наказания не предусматривают только 12 санкций из 85, имеющихся в главе, т. е. 14,1%. Таким образом, репрессивность составов преступлений в сфере экономической деятельности неоправданно высока, с учетом того что эти преступления влекут в основном экономические последствия*.

При анализе изменений, внесенных законодателем в гл. 22 УК, обращает на себя внимание *очевидная непоследовательность в решении одних и тех же вопросов*. Прежде всего, это касается пенализации. Так, за налоговые преступ-

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 37

ления уголовное наказание то ужесточалось, то опять становилось мягче. Например, неквалифицированное уклонение от уплаты налогов с физического лица (ч. 1 ст. 198 УК) в первоначальной редакции и до июня 1998 г. максимально наказывалось лишением свободы на срок до одного года, с конца июня 1998 г. и до декабря 2003 г. — до двух лет, с декабря 2003 г. — вновь до одного года, демонстрируя метод проб и ошибок, который недопустим в любом законодательстве, а в уголовном — тем более.

Такая же непоследовательность была проявлена и в отношении специальных условий освобождения от уголовной ответственности за налоговые преступления: примечание с такими условиями то вводилось, то исключалось, то снова вводилось.

3. По главе 23 УК. В основном изменениям подвергались санкции статей. Соотношение категорий преступлений против интересов службы в коммерческих или иных организациях таково: преступлений небольшой тяжести — 1 (10 %), средней тяжести — 5 (50 %), тяжких — 3 (30 %), особо тяжких — 1 (10 %). *Все без исключения санкции статей главы предусматривают наказание в виде лишения свободы (в качестве одного или вариативно). Репрессивность главы очевидна.*

Можно сделать следующие основные выводы из анализа изменений законодательной регламентации преступлений в сфере экономики:

1) наиболее существенные и постоянные изменения раздела VIII УК демонстрируют неудовлетворенность законодателя проведенной криминализацией и пенализацией в сфере экономики;
2) неоднократное (систематическое — для гл. 22 УК) внесение поправок в текст закона свидетельствует об отсутствии у законодателя системного представления о должном содержании уголовного закона в этой части;
3) зачастую изменения касались одних и тех же норм, при этом практиковались взаимоисключающие изменения (особенно по пределам преступного и наказуемого), что представляет собой метод проб и ошибок и недопустимо;
4) криминализация значительно преобладала над декриминализацией, что не может иметь объяснения в рамках относительно стабильного государственного и общественно-политического устройства страны;
5) репрессивность всех глав раздела VIII УК явно завышена и вместо пользы приносит вред. Особенно это касается главы о посягательствах в сфере экономической деятельности.

К числу основных недостатков действующего российского уголовного законодательства в сфере экономики можно отнести:

- нарушение уголовно-правовыми нормами международных соглашений, участником которых является Россия, и норм Конституции, в частности

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 38

норм о свободе экономической деятельности, о равенстве всех перед судом и законом;

- несогласованность уголовного законодательства с гражданским, банковским, таможенным, валютным, налоговым и иным законодательством в сфере экономики;
- внутреннюю противоречивость уголовного законодательства, результатом которой является разное понимание одних и тех же экономических отношений в разных нормах уголовного закона;
- криминализацию тех деяний, которые представляют собой результат правомерного рискованного экономического поведения, и, как следствие, риск привлечения к уголовной ответственности практически за любое поведение в экономической сфере;
- излишнюю репрессивность уголовного закона. Российский уголовный закон определяет в качестве преступлений целый ряд деяний (например, незаконное предпринимательство, нарушение антимонопольного законодательства), которые законодательство многих стран Европы относит к административным правонарушениям.

Избыточная нацеленность УК РФ и практики его применения на обширную и жесткую уголовную репрессию проявляется наиболее очевидно:

- в криминализации проступков, не представляющих большой общественной опасности (т.е., по сути, не являющихся преступлением);
- в использовании завышенных размеров санкций, особенно в части установления непомерно высоких нижних пределов, что не позволяет судам дифференцированно подходить к определению меры наказания (например, ч. 2 ст. 185.3 УК устанавливает санкцию от 5 до 7 лет лишения свободы за манипулирование ценами на рынке ценных бумаг с использованием СМИ);
- в неиспользовании законодателем санкций, содержащих в качестве одного из наказаний лишение свободы со сроком ниже одного года;
- во включении в статьи о преступлениях в сфере экономической деятельности такого квалифицирующего признака, как «совершение преступления группой лиц по предварительному сговору», в то время как экономическая деятельность носит, как правило, коллективный характер;
- в практике признания бизнес-структур (юридических лиц) «преступными сообществами», что противоречит смыслу и духу закона, поскольку целью их образования являлась экономическая деятельность, а не совершение преступлений;
- в отсутствии общих правил, ограничивающих назначение наказания в виде лишения свободы, как применяемого в крайних случаях, при невозможности назначить наказание, не связанное с лишением свободы;
- в действии правила, согласно которому при назначении наказания по

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 39

совокупности преступлений, если хотя бы одно из них является тяжким преступлением, применяется принцип сложения наказаний, ведущий к тому, что верхний предел срока, назначенного по совокупности, может в полтора раза превышать наиболее строгую санкцию входящих в совокупность статей;

- в отсутствии механизма предварительного предупреждения взамен привлечения к уголовной ответственности при совершении впервые менее опасных преступлений.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 40

VI. СОСТОЯНИЕ ПРЕСТУПНОСТИ И ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

О недостатках уголовно-правовой регламентации деяний экономического характера свидетельствует и официальная статистика. В 2009 г. правоохранительными органами было выявлено свыше 428 тыс. преступлений экономической направленности, из них 74 465 преступлений — в крупном и особо крупном размере, окончено производство по 314 тыс. уголовных дел данной категории, из них 15 460 в отношении организованных преступных групп. В суды направлены уголовные дела почти о 254 тыс. преступлений. К уголовной ответственности на конец 2009 г. привлечены свыше 106 тыс. человек.

Официальная статистика показывает (см. приложение 1), что преступность в сфере экономической деятельности демонстрирует за все время действия УК РФ 1996 г. четыре отчетливо выраженные тенденции (так называемые качели):

1) рост показателей как преступности, так и привлекаемости до 2001 г.; по доле в общей структуре преступности и структуре привлекаемости к ответственности рост продолжался до 2002 г.;
2) снижение показателей с 2002 по 2004 г. При этом наблюдался фактически обвал показателей, что связано с исключением из УК в 2003 г. ст. 200 «Обман потребителей», составлявшей в статистике более 50% всех зафиксированных преступлений в сфере экономической деятельности;
3) рост показателей в 2005 и 2006 гг.;
4) снижение показателей в 2007 и 2008 гг., по доле привлеченных к ответственности и в 2009 г.

Темпы прироста преступности в сфере экономической деятельности и лиц, привлеченных к ответственности, стали снижаться с 1999 г., резко упали в 2001 г., достигли минусового значения с 2002 г. И продолжали падать по 2004 г. включительно. После чего вновь стали расти в 2005 и 2006 гг., однако далее последовало снижение всех темпов прироста (исключая 2009 г.), при этом показатель количества преступлений достиг минусовых значений в 2007 г.

Эта статистика сама по себе свидетельствует о том, что криминализация предусмотренных в статьях деяний либо проведена некачественно, что не позволяет применить норму, либо в ней просто нет необходимости в силу разных причин, в том числе и в силу того, что деяния могут подпадать под другие составы преступлений при наличии дополнительных криминообразующих признаков или незначительной трансформации их.

Количество постановленных приговоров по делам о преступлениях субъектов экономической деятельности сравнительно невелико. Структура приговоров весьма специфична, крайне трудно поддается оценке, в том числе в

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 41

смысле соотношения нарушенных (защищенных) общественных интересов и финансовых ресурсов, затраченных на уголовное преследование этих деяний. Вместе с тем наблюдается существенный (в разы) разрыв между количеством доследственных проверок, досудебных производств и постановленных приговоров, что означает *перемещение окончательных решений в досудебные стадии уголовного процесса*. Это порождает обоснованное предположение о том, что официальная статистика, очевидно отражая интересы ведомственной отчетности, не позволяет установить реальную общественную опасность (или ее отсутствие) действий субъектов экономической деятельности, подвергнутых уголовной репрессии, а также уровень реальной защиты собственности, в том числе используемой в предпринимательской деятельности.

Анализ статистики позволяет сделать некоторые выводы. Масштабы уголовного преследования бизнеса вызывают серьезные опасения, несмотря на единичность случаев привлечения к уголовной ответственности по некоторым статьям. Разрыв в статистике возбужденных уголовных дел и осужденных свидетельствует о том, что в значительном числе фактов против предпринимателей возбуждаются уголовные дела с заведомым отсутствием судебной перспективы, что очевидно ограничивает конституционное право свободного осуществления экономической деятельности. Этот порождает высокие коррупционные риски, а также возможность использования процедур уголовного процесса в неправовых целях: рейдерские захваты, «побуждение» к переделу бизнеса, получение доступа к коммерческой и иной охраняемой законом тайне.

В 2009 г. только Верховным Судом в отношении 1264 тыс. человек было рассмотрено 1100 тыс. уголовных дел, среди которых значительное количество составляют дела по статьям глав 21 и 22 УК, а также иные дела, возбуждение которых является прямым следствием либо конкретных экономических интересов, либо стремления предпринимателей обойти неэффективное, а иногда, по сути, запретительное государственное регулирование экономической деятельности. Принимая во внимание сложности в выявлении, раскрытии, расследовании экономических преступлений, трудности квалификации, следует констатировать существенную перегрузку правоохранительной и судебной системы, что не может не снижать эффективность их работы.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 42

VII. ПОТРЕБНОСТЬ В ГУМАНИЗАЦИИ УГОЛОВНОГО ЗАКОНА

Для ныне действующего УК РФ характерна нацеленность на чрезмерную, избыточную уголовную репрессию, которая является более жесткой даже в сравнении с ранее действовавшим уголовным законодательством. Кодекс устанавливает уголовную ответственность за правонарушения в сфере экономики, которые законодательством большинства европейских стран не рассматриваются в качестве преступлений.

Активное и обширное применение государством уголовной репрессии в виде лишения свободы за преступления, не представляющие существенной (а иногда и реальной) общественной опасности, давая гипотетический эффект от временной изоляции правонарушителя, одновременно влечет за собой длительные, негативные в целом для страны последствия. У лиц, отбывающих наказание в виде лишение свободы, меняются нравственные установки, происходят личностные изменения и иные психологические и психические деформации, осужденные утрачивают социальные и семейные связи, их социальная адаптация после освобождения крайне затруднена. В результате страна лишается части демографически, экономически и социально активного населения, меняется социальная структура общества, экономика несет заметные потери, в том числе в связи с «временным выбытием» трудоспособного населения, которое приходится содержать за счет бюджета.

Гуманизация уголовного законодательства и практики его применения не может рассматриваться просто как некоторая абстрактно либеральная идея. Отказ уголовной политики от чрезмерной и обширной уголовной репрессии является насущной экономической и социальной потребностью страны. Идея об ужесточении уголовного законодательства и усилении репрессивной практики правоохранительных органов и судов как эффективном средстве уменьшения криминогенности общества не подтверждается никакими объективными данными, является ошибочной и наносит стране существенный экономический и социальный вред.

Для нынешней судебной практики по уголовным делам характерно назначение чрезмерно длительных сроков лишения свободы. Это среди прочего связано с тем, что законодатель установил по многим составам преступлений несоразмерно высокие минимальные пределы санкций. Такое состояние уголовного закона приводит к назначению судами наказаний, не соответствующих общественной опасности деяний и личности правонарушителя. Целесообразно существенно снизить нижние пороги санкций за преступления, не связанным с посягательством на жизнь человека, до размеров, установленных, например, УК РСФСР 1926 г. либо действующим уголовным законода-

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 43

тельством европейских стран. Такой подход позволил бы судам эффективно применять принцип дифференциации наказания к лицам, не имеющим устойчивых криминальных установок и совершившим деяния, не имеющие значимой общественной опасности.

Представляется правильным в тех случаях, когда преступление не связано с умышленным лишением человека жизни, назначать окончательное наказание в пределах наиболее строгого из входящих в совокупность наказаний, как это было предусмотрено ранее действовавшим УК РСФСР.

Целесообразно ввести в УК РФ нормы о назначении наказания в виде лишения свободы как применяемого в крайних случаях, при невозможности назначить наказание, не связанное с лишением свободы. Применительно к преступлениям в экономической сфере в качестве обстоятельств, которые исключали бы назначение наказания в виде лишения свободы, могли бы быть установлены:

- возмещение причиненного ущерба;
- совершение деяния в связи с нарушением представителями власти предпринимательских прав и законных интересов лица, привлекаемого к уголовной ответственности;
- совершение впервые преступления, не относящегося к категории тяжких или особо тяжких;
- отсутствие крупного размера личного обогащения;
- второстепенная роль в совершении преступления;
- совершение деяния в связи со служебной зависимостью от работодателя.

Необходимость такого рода новелл вызывается сложившейся практикой правоприменения, враждебным отношением части правоохранителей к предпринимателям, опасениями части судей быть обвиненными в коррупции в случае назначения наказаний, не связанных с лишением свободы.

Уголовный кодекс Российской Федерации принятый в 1996 г. в обстановке, характеризующейся быстрым ростом преступности и ухудшением качества работы правоохранительных органов, оказался внутренне противоречивым документом. С одной стороны, в нем нашли отражение некоторые либеральные ценности, которые по первоначальному замыслу должны были определять его содержание. С другой — растущая преступность стимулировала нарастание карательной составляющей Кодекса. В результате, вопреки первоначальному замыслу, получился документ более жесткий и репрессивный по своему содержанию, чем старый, советский УК.

В последующем Кодекс дополнялся и изменялся более 50 раз. За исключением масштабных изменений, которые были внесены в кодекс 8 декабря 2003 г., и некоторых новелл последнего времени, все изменения были направлены на ужесточение уголовного закона. Большинство из этих «усилений» носит конъюнктурный характер и ничего, кроме ухудшения качества уголовно-правового регулирования, не принесло.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 44

Основные недостатки кодекса состоят в следующем.

1. Основная цель уголовного закона — защита человеческой жизни. Однако санкции статей УК выстроены таким образом, что непонятно, что является для законодателя более ценным — жизнь и здоровье человека или преследование недобросовестных предпринимателей либо охрана имущественных ценностей. Сегодня «благодаря» ст. 174.1 любой предприниматель, совершивший экономическое преступление, может быть наказан по совокупности преступлений строже, чем лицо, совершившее умышленное убийство при отягчающих обстоятельствах.

2. Карательный уклон УК проявляется в непомерно высоких санкциях статей, и прежде всего в высоких нижних порогах санкций. Завышенные верхние пределы санкций относят к категориям тяжких и особо тяжких преступлений деяния, которые, по сути, таковыми не являются.

3. В Кодексе имеются конкурирующие составы, очень схожие по фабуле, но сильно разнящиеся по санкциям. Например, незаконное лишение свободы, похищение человека, захват заложника. Если строгие санкции за захват заложника вполне обоснованны, то значительная разница в мерах наказания при незаконном лишении свободы и похищении человека вряд ли оправданны, тем более что, как показывает судебная практика, нередко похищение провоцируется неправомерным поведением потерпевшего.

4. Размытые критерии ответственности за некоторые из должностных и экономических преступлений создали ситуацию, при которой самостоятельное инициативное решение должностного лица или предпринимателя может обернуться уголовной ответственностью с весьма серьезной мерой наказания.

5. Несоблюдение разработчиками УК принципа экономии уголовной репрессии привело к тому, что в Общей части УК заложен один из самых высоких в мире предел исчислимого срока наказания в виде лишения свободы — 25 лет («сталинский четвертак»), в то время как в РСФСР он равнялся 15 годам, в большинстве европейских государств составляет от 14 до 20 лет.

6. В УК РСФСР при совокупности преступлений окончательное наказание не могло превышать санкцию наиболее строгой статьи. В УК РФ при совокупности преступлений окончательное наказание может в полтора раза превышать наиболее строгую санкцию. Учитывая, что при совершении преступлений небольшой, средней тяжести и тяжких преступлений не наступает непоправимых последствий (кроме убийств в состоянии аффекта или при превышении пределов необходимой обороны), подход, применявшийся в УК РСФСР, представляется более обоснованным.

7. Особо следует сказать о широком применении квалифицирующих признаков в составах преступлений. Во многих статьях они носят явно необоснованный характер, усугубляя ответственность до пределов, явно не соответ-

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 45

ствующих общественной опасности деяния. Это проблема концептуального характера, и она требует весьма серьезного обсуждения.

8. В ходе дополнений в УК без всякой необходимости были внесены составы преступлений, представляющие собой частный случай уже предусмотренного другими статьями преступного деяния.

9. Репрессивность Кодекса проявилась и в том, что ни по одному составу преступления не предусмотрено лишение свободы менее одного года. В свою очередь, этот подход воспринят судебной практикой. В результате принцип «напугать, но не дать привыкнуть» при назначении наказания в виде лишения свободы не работает.

10. Общепризнанно, что содержание экономического блока УК необоснованно криминализировало многие аспекты предпринимательства, стало тормозом в развитии его инициативы, порождает коррупцию, особенно в отношении мелкого и среднего бизнеса.

Эти и другие дефекты правового регулирования уголовной ответственности привели к тому, что уголовное законодательство оказалось несбалансированным с общественными реалиями, способствует завышенному применению уголовной репрессии, что в свою очередь привело к избыточной численности «тюремного населения» со всеми вытекающими отсюда проблемами социального и экономического характера.

Очевидно, что дальнейшее «латание» Кодекса имеет свои пределы и в перспективе будет только усугублять «лоскутность» его содержания. Представляется, что в этих условиях наиболее приемлемым выходом является разработка новой редакции УК РФ.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 46

VIII. ОСНОВАНИЯ КРИМИНАЛИЗАЦИИ И ДЕКРИМИНАЛИЗАЦИИ ОТНОШЕНИЙ В ЭКОНОМИЧЕСКОЙ СФЕРЕ

Основанием любой криминализации, в том числе криминализации в сфере экономики, является верное определение деяний, общественная опасность которых действительно такова, что требует установления уголовно-правового запрета. Криминализация выступает одним из основных методов уголовной политики, наряду с декриминализацией, пенализацией, депенализацией, дифференциацией и индивидуализацией уголовной ответственности.

Чтобы криминализация не была произвольной и отвечала потребностям общества и государства, была адекватной реалиям социальной жизни, эффективной, необходимо ее соответствие научно разработанным принципам криминализации. К *принципам криминализации в сфере экономических отношений* относятся:

- принцип достаточной для введения уголовного запрета общественной опасности криминализируемых деяний;
- принцип относительной распространенности деяния;
- принцип возможности позитивного воздействия уголовно-правовыми средствами на общественно опасное поведение;
- принцип преобладания позитивных последствий криминализации;
- принцип экономии уголовной репрессии;
- принцип неизбыточности уголовно-правового запрета;
- принцип своевременности криминализации.

Несоблюдение принципов криминализации общественно опасных деяний влечет за собой отрицательные последствия: привлечение к уголовной ответственности лиц, деяния которых не представляют общественной опасности, ослабление уголовной ответственности за деяния, имеющие реальную общественную опасность, что имеет своим следствием неэффективность действующего уголовного законодательства, неуважение населения к уголовному закону, а применительно к уголовно-правовым запретам в сфере экономики — создание искусственных препятствий для эффективной экономики.

В качестве основных постулатов при криминализации или декриминализации деяний в экономической сфере нужно рассматривать:

- *приоритет охранительной функции уголовного права*. Уголовное право *охраняет* экономические отношения, но *не регулирует* их;
- *подтвержденность криминализации*. Криминализация каких-либо деяний допустима лишь тогда, когда есть криминообразующие признаки, которые носят безусловно уголовно-правовой характер (обман, насилие, угроза, принуждение, подделка документов);

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 47

- *имущественный ущерб не может быть единственным критерием криминализации.* Наличие лишь крупного имущественного ущерба как результата отклоняющегося поведения субъектов экономической деятельности не может выступать основанием для криминализации;
- *ограничение бланкетности.* В случаях, когда диспозиции статей УК носят бланкетный характер, только нарушение федерального законодательства может влечь уголовную ответственность;
- *ограничение по формам вины преступлений в сфере экономической деятельности.* Деяния, признаваемые преступными в сфере экономической деятельности (гл. 22 УК РФ), должны носить умышленный характер;
- *акцессорность (резервность) уголовного запрета.* Криминализация допустима лишь при невозможности борьбы с данным правонарушением посредством иных отраслей права или иных применимых норм уголовного права (в частности, предусматривающих ответственность за преступления против личности).

Криминализация (декриминализация) существующих запретов с указанием определенной сферы и без нее составляет содержание развития уголовного права. Однако этот способ совершенствования уголовного закона должен использоваться весьма осторожно и основываться на предпочтении декриминализации, поскольку криминализация, реализуемая путем введения новых уголовно-правовых запретов или признания существующих запретов в качестве уголовных, неизбежно связана с ростом бюджетных расходов и способна порождать непрогнозируемые последствия. При этом меры по криминализации (декриминализации) должны осуществляться в системной связи с иными нормами Особенной части УК РФ.

Преступные с точки зрения Уголовного кодекса деяния в экономической сфере, не представляющие достаточной общественной опасности, подлежат декриминализации, поскольку чрезмерная и неосновательная криминализация является формой безосновательного государственного вмешательства в экономические отношения, что имеет обратный экономический эффект и подрывает авторитет уголовного закона.

Основаниями декриминализации деяний в экономической сфере являются:

- выполнение государством международных обязательств и конституционных норм по декриминализации отдельных видов поведения в экономической сфере;
- отпадение общественной опасности деяния, признаваемого преступлением, поскольку общество относится к данным деяниям нейтрально либо поощряет такое поведение;
- неэффективность и чрезмерность уголовного запрета деяния, поскольку нежелательные формы экономического поведения и их последствия могут быть предотвращены или исправлены средствами неуголовных отраслей права.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 48

Помимо установления основания декриминализации необходимо также соблюдение принципов проведения самой декриминализации. В качестве принципов декриминализации деяний в экономической сфере могут быть названы:

- *обоснованность декриминализации.* Исключение из уголовного закона деяний в сфере экономики, которые не представляют достаточной общественной опасности, должно быть обосновано анализом статистических данных, криминогенных тенденций, экспертной оценкой реальной общественной опасности деяния;
- *экономия уголовной репрессии.* Деяния в сфере экономики, которые не обладают безусловно криминообразующими признаками (обман, насилие, угроза, принуждение, подделка документов) и, по сути, представляют собой непубличный деликт (в частности, гражданские правонарушения, в том числе повлекшие крупный имущественный ущерб), должны подлежать декриминализации;
- *своевременность декриминализации.* Декриминализация должна проводиться незамедлительно при возникновении любого из оснований декриминализации. Предложения по декриминализации должны формироваться на основе постоянного научно-практического и социально-правового мониторинга действующего законодательства, практики его применения, реального состояния правопорядка и экономики;
- *комплексный подход к подготовке предложений по декриминализации.* В подготовке предложений по декриминализации деяний в сфере экономики должны участвовать ученые и практические специалисты всех отраслей права, а также криминологии, судьи, работники правоохранительных органов, адвокаты, экономисты и социологи.

Риски криминализации (декриминализации) состоят в нарушении баланса интересов, изменении сложившейся практики, ее предсказуемости. Вместе с тем такие риски не всегда очевидны. При отмене тех или иных норм Особенной части УК РФ (например, ст. 171 «Незаконное предпринимательство») возникает риск, что лица, совершающие декриминализованные деяния, будут продолжать привлекаться к уголовной ответственности по «сходным» составам преступления, имеющим санкцию даже более жесткую, чем отмененная уголовная норма (например, статья о мошенничестве). Поэтому декриминализация не может ограничиваться только отменой той или иной уголовно-правовой нормы, но должна сопровождаться установлением дополнительных барьеров для применения уголовной ответственности за «сходные» преступления.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 49

IX. МОДЕРНИЗАЦИЯ ОБЩЕЙ ЧАСТИ УГОЛОВНОГО КОДЕКСА

Для модернизации уголовного закона в экономической сфере необходимо внесение в Общую часть УК изменений, которые направлены на снижение репрессивности и установление барьеров на пути расширительного толкования уголовных норм.

Для устранения искусственной криминализации экономических отношений существенное значение имеет правовая определенность терминов, используемых в тексте УК, и их толкование. При этом необходимо учитывать, что применение уголовного закона определяется не только текстом УК, но и смыслом, вкладываемым в него судебной и иной правоприменительной практикой, которая в ряде случаев создает квазинорму, не соответствующую действительному содержанию нормы так, как оно определено законодателем и как должно пониматься исходя из принципов права и системного толкования в связи с применимыми нормами неуголовного права. Толкование не должно создавать новые уголовно-правовые нормы; в сомнительных случаях уголовный закон должен толковаться наименее репрессивным образом (избирается толкование, влекущее наиболее благоприятные последствия для лица, совершившего преступление).

Исходя из принципа правовой определенности нормы уголовного закона должны быть сформулированы максимально четко, с использованием ясной единообразной терминологии, не позволяющей произвольную интерпретацию норм. Для достижения данной цели необходимо отказаться от неприемлемо абстрактных формулировок, используемых в УК и создающих очевидные противоречия, ведущие к смешению легальных действий и уголовно наказуемых деяний.

Механизм защиты от необоснованного привлечения к уголовной ответственности основывается прежде всего на указании в законе обстоятельств, исключающих общественную опасность или преступность деяния. От избыточной репрессивности уголовного закона должны быть ограждены лица, впервые совершившие ненасильственные деяния небольшой и средней тяжести.

В связи с этим предлагается внести в Общую часть УК ряд новелл следующего содержания.

- Расширительное толкование уголовного закона запрещается, за исключением толкования норм об освобождении от уголовной ответственности и от наказания и норм об обстоятельствах, смягчающих наказание.
- Институты, понятия и термины гражданского и других отраслей законодательства Российской Федерации, используемые в настоящем Кодексе, применяются в том значении, в каком они используются в этих отраслях законодательства.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 50

- Все неустранимые сомнения, противоречия и неясности уголовного закона, а равно иных законов и подзаконных актов, применяемых в уголовном деле, толкуются в пользу лица, привлекаемого к уголовной ответственности.
- Сделка и (или) иное действие, явившееся основанием для возникновения, изменения или прекращения гражданских, земельных, налоговых и иных правоотношений, законность которых подтверждена вступившим в законную силу судебным решением, не может рассматриваться как общественно опасное деяние, пока судебное решение не опровергнуто в предусмотренном законом порядке.
- Не является преступлением причинение вреда охраняемым уголовным законом интересам при совершении деяния, предписываемого или разрешенного федеральным законодательством или законодательством субъекта Федерации, принятым во исполнение прямого указания федерального законодательства.
- Обстоятельства, смягчающие наказание при совершении преступлений небольшой тяжести, подлежат применению и к преступлениям средней тяжести.
- Лишение свободы назначается только в тех случаях, когда в силу тяжести совершенного преступления и данных о личности осужденного к нему нельзя применить более мягкое наказание, если оно предусмотрено в санкции статьи Особенной части.
- Лишение свободы устанавливается на срок от двух месяцев до 20 лет.
- В случае полного или частичного сложения сроков лишения свободы при назначении наказания по совокупности преступлений максимальный срок лишения свободы не может быть более 20 лет, а по совокупности приговоров — более 25 лет.
- Лицо, впервые осуждаемое за совершение умышленного преступления небольшой и средней тяжести, если деяние не было сопряжено с применением насилия, не может быть приговорено к лишению свободы, если оно возместило причиненный ущерб или загладило причиненный вред либо если его деяние было вызвано противоправным поведением потерпевшего или представителя власти.
- Лицо, впервые совершившее преступление небольшой и средней тяжести, предусмотренное главами 21, 22 и 23 Уголовного кодекса, если деяние не было сопряжено с применением насилия, может быть освобождено от уголовной ответственности с объявлением ему официального предостережения. Наряду с объявлением предостережения такое лицо по решению суда может быть подвергнуто штрафу.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 51

X. МОДЕРНИЗАЦИЯ ГЛАВЫ 21 УГОЛОВНОГО КОДЕКСА

Глава 21 УК «Преступления против собственности» содержит нормы, направленные на уголовно-правовую защиту центрального для всякой экономики института — права собственности. Однако особенности уголовно-правовой регламентации, приобретенные в социалистический период страны и наследованные действующим УК, позволяют использовать нормы, устанавливающие уголовный запрет хищения, для неправового по своей сути прекращения прав законных собственников (владельцев), осуществляемого путем искусственной криминализации нормальных хозяйственных отношений.

Это возможно в связи с использованием гл. 21 УК недопустимо абстрактных и нарушающих принцип правовой определенности формулировок. Прежде всего, речь идет о формулировании общего понятия хищения в примеч. 1 к ст. 158 «Кража». Это приводит к тому, что квалификация конкретного хищения, предусмотренного ст. 158–162, 164, осуществляется на основании одновременно двух норм — нормы указанных статей и нормы, устанавливающей общее понятие хищения (примеч. 1 к ст. 158), причем последняя норма используется как восполняющая и позволяющая более широко толковать уголовный запрет, нежели диспозиция инкриминируемой статьи.

Требует дальнейшего исследования вопрос о верности легальной дефиниции, определяющей предмет хищения через понятие имущества. Правоприменительная практика толкует понятие «имущество» весьма широко, понимая под этим не только вещи, но и имущественные права, иные «активы», что нередко приводит к искусственной криминализации вполне легальных деяний. Между тем такая возможность исключена законодательством зарубежных стран (§ 242 УК ФРГ, § 127 УК Австрии, § 137 УК Швейцарии), которое определяет в качестве предмета хищения исключительно вещи, причем только движимые. Аналогичное определение предмета хищения имелось в уголовном законодательстве дореволюционной России, в котором предмет хищения определялся как «чужие вещи, деньги или иное движимое имущество» (ст. 1644, 1665 Уложения о наказаниях уголовных и исправительных).

Имеющееся в УК общее определение хищения имеет и другие недостатки, требующие устранения. В частности, вызывает обоснованные возражения правомерность включения в легальную дефиницию хищения (примеч. 1 к ст. 158) указания на то, что при хищении изъятие и обращение предмета хищения может быть осуществлено в пользу других лиц. Такая формулировка, по сути, означает законодательное закрепление «бескорыстного хищения».

Другой проблемой, связанной с применением понятия хищения, является смысл, придаваемый правоприменительной практикой такому признаку хищения, как безвозмездность, толкуемая как «недостаточность эквивалента»,

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:19 Page 52

что приводит к привлечению к уголовной ответственности за действия, при которых так называемые преступники передают так называемым потерпевшим имущество, стоимость которого может выражаться даже в миллионах рублей, что уголовной юстицией может быть признано «недостаточным эквивалентом».

Такое неправовое толкование противоречит не только легальной дефиниции безвозмездности (п. 2 ст. 423 ГК РФ), но и тому, какой смысл понятию безвозмездности придается в нормах УК, не содержащихся в главе 21 УК, в частности в ст. 104.1. В связи с этим требуется внесение в уголовный закон изменений, которые исключали бы подобное толкование и способствовали соблюдению единства и системности и уголовного закона, и системы права в целом.

Недопустимой представляется формулировка ст. 159, рассматривающая в качестве мошенничества приобретение права на чужое имущество. Уголовное деяние не может быть способом приобретения прав. Предлагается слова «приобретение прав на чужое имущество» из легальной дефиниции мошенничества исключить. Одновременно следует включить в УК специальные нормы о преступных посягательствах на имущественные права по тому же типу, как это сделано в отношении ст. 146 («Нарушение авторских и смежных прав»), 147 («Нарушение изобретательских и патентных прав»), 180 («Незаконное использование товарного знака»), 185.2 («Нарушение порядка учета прав на ценные бумаги»).

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 53

XI. МОДЕРНИЗАЦИЯ ГЛАВЫ 22 УГОЛОВНОГО КОДЕКСА

Общими рекомендациями по модернизации уголовного законодательства, предусматривающего ответственность за преступления в сфере экономической деятельности, в этой части являются:

- отказ от уголовной ответственности за деяния с формальными составами, не связанными с причинением реального вреда;
- отказ от признания дохода, полученного в нарушение правил ведения экономической деятельности, криминообразующим или квалифицирующим признаком преступного деяния, приравненным к ущербу;
- возбуждение уголовного дела исключительно по заявлению потерпевшего, которому деянием причинен реальный ущерб;
- отказ от квалифицирующего признака совершения преступлений группой лиц по предварительному сговору;
- установление уголовной ответственности за деяния, причинившие вред неопределенному кругу лиц либо вред, который в силу своего характера не может быть возмещен (вред личности).

При этом следует учитывать, что данные рекомендации относятся исключительно к деяниями, совершаемым субъектами, занятыми предпринимательской деятельностью, и не могут применяться ко всем деяниям, предусмотренным в гл. 22 УК, поскольку она включает в себя и иные деяния, по сути, не имеющие отношения к предпринимательской деятельности и представляющие собой преступления против порядка управления и иных охраняемых объектов (например, фальшивомонетничество, контрабанда, неуплата налогов).

В связи с избыточной или искусственной криминализацией либо нарушением конституционных норм и общепризнанных норм права (см. приложение 2) *предлагается исключить из УК следующие статьи*:

- 171 «Незаконное предпринимательство»;
- 171.1 «Производство, приобретение, хранение, перевозка или сбыт немаркированных товаров и продукции»;
- 172 «Незаконная банковская деятельность»;
- 174.1 «Легализация (отмывание) денежных средств или иного имущества, приобретенных лицом в результате совершения им преступления»;
- 176 «Незаконное получение кредита»;
- 177 «Злостное уклонение от погашения кредиторской задолженности»;
- 178 «Недопущение, ограничение или устранение конкуренции»;
- 184 «Подкуп участников и организаторов профессиональных спортивных соревнований и зрелищных коммерческих конкурсов»;
- 185.1 «Злостное уклонение от раскрытия или предоставления информа-

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 15:20 Page 54

ции, определенной законодательством Российской Федерации о ценных бумагах»;

- 190 «Невозвращение на территорию Российской Федерации предметов художественного, исторического и археологического достояния народов Российской Федерации и зарубежных стран»;
- 192 «Нарушение правил сдачи государству драгоценных металлов и драгоценных камней»;
- 193 «Невозвращение из-за границы средств в иностранной валюте».

Статью 174 «Легализация (отмывание) денежных средств или иного имущества, приобретенных другими лицами преступным путем» предлагается дать в *новой редакции*, исключающей указание на сделку как способ совершения данного преступления, поскольку использование термина «сделка» ведет к смешению в законодательстве легальных действий (сделок) и преступления (легализации).

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 55

XII. УГОЛОВНОЕ СУДОПРОИЗВОДСТВО

Эффективность модернизации уголовного права, в том числе в сфере предпринимательской деятельности, непосредственно связана с качеством уголовно-процессуального регулирования и складывающихся на его основе, а иногда и вопреки ему правоприменительных процессуальных практик. Без их изменения самый лучший уголовный закон не может быть адекватно реализован.

Современное состояние уголовного судопроизводства характеризуется тем, что основные институты уголовно-процессуального права, которым надлежит обеспечивать справедливое правосудие, существенно искажены — это приводит к абсолютному произволу в уголовном преследовании со стороны представителей государственной власти: дознавателей, следователей, прокуроров, государственных обвинителей, судей.

Возбуждение уголовного преследования или отказ в возбуждении уголовного дела в любом случае могут быть безосновательны — как правило, эти процессуальные действия являются следствием не подтверждаемого фактическими данными усмотрения лиц, уполномоченных на ведение расследования. Судебные решения об избрании ареста в качестве меры пресечения, как показывает статистика, не обеспечивают его обоснованность фактическими обстоятельствами дела, предопределены позицией органов, работающих на стороне обвинения, и служат лишь формальной легализации этой их позиции. Аресты и задержания используются не как средства предупреждения реально возможного противоправного поведения подозреваемого или обвиняемого, а в основном для оказания давления на них в противозаконных целях облегчения таким образом доказывания обвинения и получения признания этих лиц. Неэффективность и социальная «вредность» ареста как меры пресечения по делам о преступлениях экономической направленности уже вызвала инициирование Президентом РФ изменений в уголовно-процессуальном законе, предусматривающих запрет применения ареста в отношении обвиняемых в таких преступлениях (за исключением случаев, когда лицо не имеет постоянного места жительства, скрылось или нарушило ранее избранную в отношении него меру пресечения).

Конституционный принцип презумпции невиновности реально заменен презумпцией правоты органов расследования и обвинения — практически их правота принимается на веру судом. Правило о том, что признание обвиняемым своей вины может быть положено в основу обвинения только при подтверждении его виновности совокупностью доказательств по делу, не действует. Его соблюдение во многих случаях имитируется органами обвинения, а также судом в приговоре ссылками на данные, которые по существу доказательствами не являются, в том числе, например, фактом присутствия адвока-

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 56

та во время протоколирования на допросе ранее незаконно вынужденного признания. Широко распространена практика незаконных методов воздействия на привлекаемых к ответственности лиц, многократно установленная решениями Европейского суда по правам человека о нарушении в РФ запрета пыток.

Защита от обвинения — в нарушение принципа состязательности — скована отрицанием доказательственного значения данных, полученных и приводимых адвокатом-защитником; отказом обвиняемому в праве на допрос в суде свидетелей обвинения, например, когда в качестве таковых используются соучастники преступления, согласившиеся на сотрудничество с органами обвинения; невозможностью исключить рассмотрение дела судьей, заведомая необъективность которого обусловлена явным оказанием на него давления со стороны представителей обвинения, судебной бюрократии или вышестоящих судебных инстанций и внесудебных структур. Безусловно, это связано и с более общими отрицательными факторами, имеющими место в системе подбора и назначения судей, а также привлечения их к ответственности и лишения судейского статуса, что при существующем правовом регулировании судоустройства и функционирования судейской корпорации приводит к явному нарушению конституционных принципов независимости, несменяемости и неприкосновенности судей. Широко используется, в том числе по необоснованным обвинениям в экономических преступлениях, незаконное заочное рассмотрение дел и вынесение обвинительных приговоров в отношении отсутствующих обвиняемых.

Ставшее тенденцией последнего времени сокращение подсудности дел суду с участием присяжных еще более уменьшает реальные гарантии объективного суда, притом что проверка судебных актов также не может быть обеспечена и не обеспечивается без введения действенных процедур фиксации хода судебного разбирательства и апелляционного пересмотра его результатов (т.е. по правилам суда первой инстанции).

Вся система уголовного преследования нацелена не на обеспечение справедливого правосудия (в парадигме определяющих его конституционных и международных стандартов), а на получение положительных отчетных результатов, в качестве которых рассматриваются формальные данные о числе раскрытых преступлений и осужденных лиц (с этой позиции заказные уголовные дела всегда дают стопроцентный результат), притом что феномен оправдательного приговора рассматривается как явление, негативно характеризующее деятельность правоохранительной системы и судов. Ничтожное число оправданий в российских судах с большой тревогой было отмечено и Президентом РФ на встрече с руководителями высших судов страны 19 июля 2010 г.

Обеспечение справедливого правосудия, осуществляемого беспристрастным и законным судом, и устранение далеко не полно названных препятству-

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 57

ющих этому негативных явлений в организации, процедурах и практике судебной и правоохранительной систем являются необходимой предпосылкой реальной модернизации уголовной политики в целом и трансформации ее приоритетных задач в сфере защиты экономики, ориентированных на учет изложенных в данной Концепции факторов социального, экономического и правового характера.

Исходя из конституционных принципов уголовного судопроизводства настоятельными задачами в области совершенствования уголовно-процессуального регулирования являются:

- расширение в процессуальном законодательстве перечня оснований, исключающих участие судьи в рассмотрении дела, в том числе по мотивам, связанным с конфликтом его интересов и другими фактическими обстоятельствами, указывающими на оказание влияния на судью, в том числе со стороны должностных лиц суда, прокуратуры, других правоохранительных органов;
- введение обязательной аудиозаписи судебных заседаний в целях расширения возможностей процессуального и социального контроля за правосудием и обеспечения эффективной проверки судебных постановлений;
- обеспечение права на судебное разбирательство с участием присяжных заседателей по всем делам о тяжких преступлениях, включая деяния, связанные с экономической деятельностью, а также усиление гарантий, препятствующих формированию необъективной коллегии присяжных и оказанию на них незаконного влияния; предоставление стороне защиты права присутствовать при отборе кандидатов в присяжные заседатели для вызова в судебное заседание по конкретному уголовному делу;
- нормативное закрепление права обвиняемого и защитника на допрос в суде свидетелей обвинения и на признание представляемых защитой материалов допустимыми доказательствами, которые могут быть отвергнуты только ввиду их доказанной недостоверности, а также запрет признавать допустимыми доказательствами данные на предварительном следствии показания обвиняемого без их подтверждения в суде;
- изменение — в целях преодоления обвинительных тенденций в уголовном процессе — всей существующей системы оценки работы органов судопроизводства, действующих на досудебных стадиях, а также судов и судей.

Увеличение доли раскрытых преступлений и осуждаемых лиц, рассматриваемые сейчас как положительные показатели, в то время как прекращение дел или оправдание считаются отрицательными, не могут не обусловливать стремление не возбуждать уголовные дела по преступлениям, в отношении которых раскрытие не гарантировано, а также во что бы то ни стало добиваться передачи возбужденного дела в суд и вынесения по нему обвинительного

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 58

приговора. Также и существующая ориентировка на показатели отмены и изменения приговоров как якобы отражающие качество судопроизводства (меньше откорректированных актов — выше качество правосудия) в действительности приводит к его ухудшению, так как ценностью номер один становится стабильность судебных актов, хотя она достигается в судах первой инстанции путем завышенной строгости квалификации преступления и мер наказания, чтобы избежать отмены приговора за его мягкостью, и отказа от вынесения оправдательных приговоров, риск отмены которых всегда велик, поскольку они, как правило, оспариваются государственным обвинением, а также отказа в вышестоящих судебных инстанциях от исправления судебных ошибок.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 59

XIII. РЕФОРМИРОВАНИЕ ИСПРАВИТЕЛЬНОЙ СИСТЕМЫ

Достижение целей модернизации уголовного законодательства невозможно без реформирования системы исполнения наказаний. Ожидать снижения уровня преступности в условиях, когда быстрыми темпами продолжается расслоение общества на бедных и богатых, не следует. Прогнозы о том, что гуманизация уголовного закона позволит сократить количество осужденных в местах лишения свободы, могут не осуществиться в течение значительного времени. Государство должно быть готово к тому, что уровень преступности, в том числе рецидивной, для которой требуется изоляция как в виде мер пресечения, так и в виде лишения свободы, сохранится, если не возрастет.

Система исправительных учреждений сохранила все атрибуты советского, если не сказать сталинского, периода репрессий. Изначально ориентированная на подавление личности, здоровья и уничтожение социальных связей, основанная преимущественно на принципе самофинансирования и бесплатном труде, эта система не способна функционировать в современных условиях в прежнем виде.

Исправительных учреждений не хватает, имеющиеся изношены. Следственные изоляторы переполнены. Нормы содержания не соблюдаются, что способствует распространению опасных заболеваний. Квалифицированного персонала не хватает. Для сотрудников не хватает жилья, и они порой находятся в худших условиях даже по сравнению с контингентом учреждений, которые охраняют.

Вышеперечисленные и другие обстоятельства влекут за собой необходимость системной тюремной реформы. В подходе к реформированию нужно учитывать две основные реалии. Первая состоит в том, что в нынешних условиях охватить всех осужденных трудом нереально. В результате отбывающие наказание присуждаются к безделью за казенный счет. В этой связи в пенитенциарных учреждениях труд из «обязательного» нужно превратить в «поощрительный». Порядок в учреждениях следует поддерживать не посредством занятости трудом, а путем комнатного (одно-двухместного) содержания. Вторая состоит в том, что тюрьмы являются первейшей заботой государства, никто другой (включая партнерство с бизнесом) этот вопрос решить не способен. Нужна государственная долгосрочная программа строительства тюрем. Нужны серьезные бюджетные ассигнования на строительство новых пенитенциарных учреждений.

Необходимо ясное понимание того, что помещение в места лишения свободы в современных условиях является крайне затратным для бюджета. Государство должно тратить эти средства (т.е. применять арест и наказание в виде лишения свободы) рачительно, только в тех случаях, когда изоляция от общества диктуется интересами ограждения общества от опасных индивидуумов,

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 60

в отсутствие альтернативы. Это правило должно стать аксиомой для власти, прокуроров, судей и других правоохранительных органов со студенческой скамьи.

Необходимо строительство новых исправительных учреждений, причем по принципиально новой модели пенитенциарного учреждения. Старая модель трудовых лагерей с бесплатной рабочей силой и условиями содержания, фактически представляющими собой пытку, отмирает, и это естественный и неизбежный процесс: если государство не продолжит опыт формирования лагерей на «стройках века» (при определенных условиях таким проектом может стать строительство пенитенциарных учреждений), оно будет не в состоянии обеспечивать осужденных трудом. И это уже происходит. В этой ситуации труд (причем нормально оплачиваемый) должен стать поощрением, утратив функцию поддержания режима учреждения. Это существенно меняет модель «исправления». Этому нужно начинать учить будущих и нынешних работников исправительных учреждений.

Необходимо изучать опыт зарубежных учреждений (заслуживает внимания пример Нидерландов). Архитектурный проект тюремного комплекса должен предусматривать комнатное содержание вместо нынешнего отрядного, а также жилье и инфраструктуру для достойной жизни персонала. В тюрьме не только содержатся осужденные. Там работают свободные люди, тот персонал, который должен реализовывать международные нормы и стандарты в содержании осужденных и обращении с ними. Персонал, который обучен по старым стандартам, живет в таких же условиях, что и осужденные, не имеет никакой жизненной перспективы, постоянно подвергается риску заражения себя и семьи туберкулезом и другими опасными заболеваниями, не способен обеспечить достижение целей цивилизованный пенитенциарной системы, включая перевоспитание осужденных и поддержание режима. Работа в исправительном учреждении непрестижна, поэтому сегодня она привлекает в основном возможностями незаконного обогащения. Исправлять ситуацию следует путем изменения порядка отбора кадров, введения новых стандартов образования, создания достойных и привлекательных условий труда и жизни. Апробированные модели такого построения пенитенциарной системы имеются и эффективно работают в ряде европейских стран. В числе прочего эти модели предусматривают предоставление беспроцентных кредитов на жилье, на образование детей и т.д., с автоматическим погашением кредитов по достижении определенного срока безупречной службы.

В качестве первоочередных мер требуется совершенствование процедур исполнения наказания и режимных требований, установленных ведомственными актами.

Дифференциация условий содержания, индивидуальный подход должны определяться не количеством передач, свиданий, а также качеством пищи и

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 61

другими подобными «мерами», нацеленными на ухудшение условий жизни и искусственное ограничение и без того слабых социальных связей. Незыблемым правилом должно стать отбывание наказания в учреждениях, максимально приближенных к месту жительства семьи, при наличии таковой.

Никакие меры не могут принести результата в условиях существующей перенаселенности исправительных учреждений. Эта проблема может быть решена путем применения продуманной амнистии (вероятно, ряда актов на протяжении ряда лет, до достижения и поддержания желаемого результата). Не милость, а исправление ошибок должно лежать в основе данной меры, в результате применения которой из учреждений и изоляторов должны быть удалены все люди, оказавшиеся там случайно.

Должны реально обеспечиваться право на обращение в суд для получения условно-досрочного освобождения, право на судебное обжалование решений наблюдательной комиссии, право суда критически оценивать и, при наличии оснований, игнорировать меры дисциплинарного воздействия, наложенные администрацией исправительного учреждения, применять досрочное освобождение независимо от признания или непризнания осужденными своей вины.

Старые исправительные учреждения необходимо разгрузить, но сохранить. Нельзя допустить их ликвидацию, передачу для использования не по назначению или распродажу, в том числе во избежание роста коррупционных правонарушений. Доводы за и против так называемых частных учреждений основаны на различном понимании того, что при этом будет находиться в частных руках. Разумеется, передача в частные руки вопросов режима содержания и изоляции невозможна и недопустима. Не оценивая экономическую привлекательность частных инвестиций в пенитенциарную систему, в принципе можно признать возможность частного строительства объектов исправительных учреждений и частной собственности на них как на объект недвижимости, при условии, что эксплуатация и управление объектами должны сохраняться в руках государства, выплачивающего собственнику плату за аренду объекта.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 62

ПРИЛОЖЕНИЯ

ПРИЛОЖЕНИЕ 1

Состояние применения уголовного законодательства в сфере экономики

По данным официальной статистики

Официальная статистика органов внутренних дел по возбуждению уголовных дел по разделу VIII УК показывает следующее.

По гл. 21 УК. В 1997 г. было возбуждено 1 424 149 дел (59,4% от всех дел) в отношении 713 182 (52%) лиц; в 1998 г. — 1 539 357 дел (59,6% от всех дел) в отношении 746 902 (50,4 %) лиц; в 1999 г. — 1 848 393 дела (61,6% от всех дел) в отношении 920 076 (53,6%) лиц; в 2000 г. соответственно 1 733 302 дела (58,7% от всех дел) и 879 306 (50,5 %) лиц; в 2001 г. — 1 724 147 дел (58% от всех дел) и 797 622 (48,5 %) лиц; в 2002 г. — 1 375 483 дела (54,4% от всех дел) и 514 002 (40,9 %) лица; в 2003 г. — 1 646 691 дело (59,7% от всех дел) и 533 462 (43,1 %) лица; в 2004 г. — 1 891 649 дел (65,4% от всех дел) и 650 006 (53,2 %) лиц; в 2005 г. — 2 367 425 дел (66,6% от всех дел) и 695 304 (53,6 %) лица; в 2006 г. — 2 535 860 дел (65,8% от всех дел) и 735 076 (54 %) лиц; в 2007 г. — 2 327 625 дел (65% от всех дел) и 712 092 (54 %) лица; в 2008 г. — 1 999 821 дело (62,3% от всех дел) и 655 173 (52,2 %) лица; в 2009 г. — 1 798 549 дел (60,1% от всех дел) и 594 568 лиц (48,7%).

По гл. 22 УК. В 1997 г. было возбуждено 61 689 дел (2,57% от всех дел) в отношении 41 835 (3,05%) лиц; в 1998 г. — 85 571 дело (3,31% от всех дел) в отношении 61 349 (4,14%) лиц; в 1999 г. — 117 721 дело (3,92% от всех дел) в отношении 89 678 (5,22%) лиц; в 2000 г. соответственно 160 419 дел (5,43% от всех дел) и 125 091 (7,18%) лица; в 2001 г. — 165 909 дел (5,59% от всех дел) и 132 695 (8,07%) лиц; в 2002 г. — 142 947 дел (5,66% от всех дел) и 103 563 (8,23%) лица; в 2003 г. — 120 369 дел (4,37% от всех дел) и 83 382 (6,74%) лица; в 2004 г. — 58 759 дел (2,03% от всех дел) и 15 644 (1,28%) лица; в 2005 г. — 86 322 дела (2,43% от всех дел) и 19 855 (1,53 %) лиц; в 2006 г. — 107 089 дел (2,78% от всех дел) и 27 381 (2,01%) лица; в 2007 — 97 793 дела (2,73% от всех дел) и 27 619 (2,1%) лиц; в 2008 г. — 93 360 дел (2,91% от всех дел) и 27 996 (2,2%) лиц; в 2009 г. — 96 185 дел (3,2% от всех дел) и 27 886 (2,3%) лиц.

Основное количество зарегистрированных преступлений составили преступления, предусмотренные восемью статьями, в разный период включенных в гл. 22 УК:

- *незаконное предпринимательство* (ст. 171) — до 2003 г. В 1997 г. эта преступность составляла 6% от всей зарегистрированной по гл. 22 УК; в 1998 г. — 6%; в 1999 г. — 5%; в 2000 г. — 5%; в 2001 г. — 4%; в 2002 г. —

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 63

3%; в 2003 г. — 2%; в 2004 г. — 2%; в 2005 г. — 2%; в 2006 г. — 3%; в 2007 г. — 3%; в 2008 г. — 3%; в 2009 г. — 4,2%;

- *приобретение или сбыт имущества, заведомо добытого преступным путем* (ст. 175). В 1997 г. эта преступность составляла 22% от всей зарегистрированной по гл. 22 УК; в 1998 г. — 15%; в 1999 г. — 14%; в 2000 г. — 10%; в 2001 г. — 9%; в 2002 г. — 6%; в 2003 г. — 7%; в 2004 г. — 15%; в 2005 г. — 15%; в 2006 г. — 8%; в 2007 г. — 8%; в 2008 г. — 7%; в 2009 г. — 6,6%;
- *изготовление, хранение, перевозка или сбыт поддельных денег или ценных бумаг* (ст. 186) и изготовление или сбыт поддельных расчетных или кредитных карт или иных платежных документов (ст. 187). В 1997 г. эта преступность составляла 13% от всей зарегистрированной по гл. 22 УК; в 1998 г. — 13%; в 1999 г. — 8%; в 2000 г. — 9%; в 2001 г. — 10%; в 2002 г. — 17%; в 2003 г. — 23%; в 2004 г. — 52%; в 2005 г. — 52%; в 2006 г. — 58%; в 2007 г. — 52%; в 2008 г. — 50%; в 2009 г. — 50,2%;
- *контрабанда* (ст. 188). В 1997 г. эта преступность составляла 5% от всей зарегистрированной по гл. 22 УК; в 1998 г. — 4%; в 1999 г. — 3%; в 2000 г. — 3%; в 2001 г. — 2%; в 2002 г. — 2%; в 2003 г. — 3%; в 2004 г. — 6%; в 2005 г. — 6%; в 2006 г. — 6%; в 2007 г. — 7%; в 2008 г. — 9%; в 2009 г. — 8,8%;
- *налоговые преступления* (ст. 198–199). В 1997 г. эта преступность составляла 4% от всей зарегистрированной по гл. 22 УК; в 1998 г. — 5%; в 1999 г. — 10%; в 2000 г. — 14%; в 2001 г. — 14%; в 2002 г. — 9%; в 2003 г. — 3%; в 2004 г. — 11%; в 2005 г. — 11%; в 2006 г. — 10%; в 2007 г. — 12%; в 2008 г. — 14%; в 2009 г. — 11,8%;
- *обман потребителей* (ст. 200) — до его исключения из УК. В 1997 г. эта преступность составляла 44% от всей зарегистрированной по гл. 22 УК; в 1998 г. — 52%; в 1999 г. — 55%; в 2000 г. — 54%; в 2001 г. — 57%; в 2002 г. — 58%; в 2003 г. — 57%.

Таким образом, как правило (за исключением 1997 г.), более половины всех преступлений, зарегистрированных в России по статьям гл. 22 УК до 2004 г., составлял обман потребителей (ст. 200); наивысший показатель приходится на 2002 г. — 58%.

Крайне незначительная (стремящаяся к нулю) статистика приходится на долю таких преступлений в сфере экономической деятельности, как:

- *воспрепятствование законной предпринимательской или иной деятельности* (ст. 169). По этой статье в России возбуждалось дел: в 1997 г. — 19; в 1998 г. — 25; в 1999 г. — 13; в 2000 г. — 22; в 2001 г. — 17; в 2002 г. — 16; в 2003 г. — 18; в 2004 г. — 14; в 2005 г. — 41; в 2006 г. — 14; в 2007 г. — 11; в 2008 г. — 10; в 2009 г. — 16;
- *регистрация незаконных сделок с землей* (ст. 170). По этой статье в России возбуждалось дел: в 1997 г. — 10; в 1998 г. — 21; в 1999 г. — 7; в 2000 г. —

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 64

13; в 2001 г. — 36; в 2002 г. — 9; в 2003 г. — 2; в 2004 г. — 7; в 2005 г. — 1; в 2006 г. — 4; в 2007 г. — 6; в 2008 г. — 2; в 2009 г. — 5;

- *недопущение, ограничение или устранение конкуренции* (ст. 178). По этой статье в России возбуждалось дел: в 1997 г. — 13; в 1998 г. — 23; в 1999 г. — 36; в 2000 г. — 42; в 2001 г. — 64; в 2002 г. — 48; в 2003 г. — 61; в 2004 г. — 10; в 2005 г. — 6; в 2006 г. — 2; в 2007 г. — 8; в 2008 г. — 14; в 2009 г. — 8;
- *подкуп участников и организаторов профессиональных спортивных соревнований и зрелищных коммерческих конкурсов* (ст. 184). По этой статье в России возбуждалось за период с 1997 по 2009 г. возбуждалось всего 6 уголовных дел;
- *злоупотребления при эмиссии ценных бумаг* (ст. 185). По этой статье в России возбуждалось дел: в 1997 г. — 0; в 1998 г. — 6; в 1999 г. — 3; в 2000 г. — 6; в 2001 г. — 3; в 2002 г. — 8; в 2003 г. — 5; в 2004 г. — 3; в 2005 г. — 6; в 2006 г. — 0; в 2007 г. — 2; в 2008 г. — 2; в 2009 г. — 4;
- *злостное уклонение от раскрытия или предоставления информации, определенной законодательством Российской Федерации о ценных бумагах* (ст. 185-1). По этой статье в России возбуждалось дел: в 2003 г. — 0; в 2004 г. — 1; в 2005 г. — 1; в 2006 г. — 0; в 2007 г. — 0; в 2008 г. — 0; в 2009 г. — 1;
- *незаконные экспорт или передача сырья, материалов, оборудования, технологий, научно-технической информации, незаконное выполнение работ (оказание услуг), которые могут быть использованы при создании оружия массового поражения, вооружения и военной техники* (ст. 189). По этой статье в России возбуждалось дел: в 1997 г. — 1; в 1998 г. — 0; в 1999 г. — 9; в 2000 г. — 0; в 2001 г. — 0; в 2002 г. — 1; в 2003 г. — 1; в 2004 г. — 2; в 2005 г. — 1; в 2006 г. — 5; в 2007 г. — 5; в 2008 г. — 4; в 2009 г. — 1;
- *невозвращение на территорию Российской Федерации предметов художественного, исторического и археологического достояния народов Российской Федерации и зарубежных стран* (ст. 190). По этой статье в России возбуждалось дел: в 1997 г. — 4; в 1998 г. — 0; в 1999 г. — 2; в 2000 г. — 1; в 2001 г. — 0; в 2002 г. — 0; в 2003 г. — 0; в 2004 г. — 0; в 2005 г. — 0; в 2006 г. — 0; в 2007 г. — 0; в 2008 г. — 0; в 2009 г. — 0;
- *нарушение правил сдачи государству драгоценных металлов и драгоценных камней* (ст. 192). По этой статье в России возбуждалось дел: в 1997 г. — 12; в 1998 г. — 30; в 1999 г. — 16; в 2000 г. — 5; в 2001 г. — 8; в 2002 г. — 4; в 2003 г. — 1; в 2004 г. — 1; в 2005 г. — 1; в 2006 г. — 4; в 2007 г. — 3; в 2008 г. — 144; в 2009 г. — 0;
- *фиктивное банкротство* (ст. 197). По этой статье в России возбуждалось дел: в 1997 г. — 1; в 1998 г. — 2; в 1999 г. — 4; в 2000 г. — 5; в 2001 г. — 9; в 2002 г. — 8; в 2003 г. — 7; в 2004 г. — 9; в 2005 г. — 6; в 2006 г. — 9; в 2007 г. — 7; в 2008 г. — 6; в 2009 г. — 4.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 65

По гл. 23 УК. В 1997 г. было возбуждено 1336 дел в отношении 406 лиц; в 1998 г. — 2826 дел в отношении 1021 лица; в 1999 г. — 3761 дело в отношении 1424 лиц; в 2000 г. соответственно 6122 дела и 2842 лиц; в 2001 г. — 6766 дел и 2665 лиц; в 2002 г. — 7033 дела и 2671 лицо; в 2003 г. — 6108 дел и 2111 лицо; в 2004 г. — 5308 дел и 1539 лиц; в 2005 г. — 5817 дел и 1472 лица; в 2006 г. — 4989 дел и 2032 лиц; в 2007 — 4637 дел и 1656 лиц; в 2008 г. — 4210 дел и 1640 лиц; в 2009 г. — 4372 дела и 1394 лиц.

При этом существенно различается статистика привлечения к уголовной ответственности и осужденных. Так, за совершение преступлений, предусмотренных гл. 22 УК РФ, в 2007 г. выявлено 27 619 человек, а осуждено 13 245 (т.е. 48% от количества выявленных лиц); в 2008 г. выявлено 27 996 лиц, осуждено 11 403 человека (40,7%). Такая же тенденция наблюдается по конкретным составам преступлений. Например, по официальной статистике за 2008 г., по ст. 169 УК «Воспрепятствование законной предпринимательской или иной деятельности» осуждено 8 человек из 10 выявленных (80%); по ст. 171 «Незаконное предпринимательство» выявлено 1858, осуждено 930 человек (50,1%); по ст. 171.1 (оборот немаркированной продукции) — соответственно 54 и 27 (50%); по ст. 172 «Незаконная банковская деятельность» — 27 и 13 (48,1%); по отмененной ныне ст. 173 «Лжепредпринимательство» — 175 и 69 (39,4%); по ст. 174 (отмывание «чужих» доходов) — 169 и 84 (49,7%); по ст. 174.1 (отмывание «своих» доходов) — 2633 и 755 (28,7%); по ст. 177 «Злостное уклонение от погашения кредиторской задолженности» — 96 и 50 (52,1%); по ст. 178 «Недопущение, ограничение или устранение конкуренции» — 7 и 2 (28,6%); по ст. 180 «Незаконное использование товарного знака» — 194 и 124 (63,9%); по ст. 183 «Незаконное получение и разглашение сведений, составляющих коммерческую, налоговую, банковскую тайну» — 86 и 43 (50%); по ст. 199.1 «Неисполнение обязанностей налогового агента» — 1261 и 267 (21,2%); по ст. 199.2 (сокрытие имущества от налоговых взысканий) — 874 и 370 (42,3%). По остальным составам, как правило, количество выявляемых преступлений единично, а количество осужденных часто вообще отсутствует.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 66

ПРИЛОЖЕНИЕ 2

Пояснительная записка к предложениям по изменению главы 22 УК РФ

Статья 171 «Незаконное предпринимательство»

Статью предлагается отменить, поскольку деяния, предусмотренные ею были криминализованы без применения типичных уголовно-правовых криминообразующих признаков (обман, насилие, угроза, принуждение, подлог документов) и в качестве основного криминообразующего признака имеют нарушение норм позитивного законодательства, характеризующееся значительным масштабом деятельности (крупный ущерб имущественного характера) или масштабом полученного от него дохода (крупный доход). При этом диспозиция статьи основана на приравнивании дохода от деятельности к реальному ущербу. Такие признаки не свидетельствуют и не могут свидетельствовать о необходимой для преступления степени общественной опасности деяния. Для предотвращения подобных форм девиантного экономического поведения вполне достаточно наличия административной ответственности, неуплата налогов с незарегистрированной экономической деятельности подпадает под случаи уголовной ответственности, установленные ст. 198 и 199 УК РФ при наличии их признаков. В случае причинения предпринимательской деятельностью без регистрации реального ущерба такие деяния будут подпадать под иные статьи УК (например, ст. 238. «Производство, хранение, перевозка либо сбыт товаров и продукции, выполнение работ или оказание услуг, не отвечающих требованиям безопасности»).

В соответствии с ч. 1 ст. 34 Конституции каждый имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности. При этом Основной закон не ставит наличие или отсутствие этого конституционного права в зависимость от государственной регистрации или иной разрешительной процедуры. Таким образом, ст. 171 УК представляет собой недопустимый случай установления уголовной ответственности за нарушение *процедуры* осуществления субъектом принадлежащего ему конституционного права.

Статья 171.1 «Производство, приобретение, хранение, перевозка или сбыт немаркированных товаров и продукции»

Статью предлагается отменить, поскольку она нарушает общепризнанный принцип права non bis in idem, принцип экономии уголовной репрессии, и представляет собой введение уголовной ответственности по формальному

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 67

составу, не связанному с реальным причинением вреда (прежде всего с неуплатой налогов). Для достижения целей фиска данная статья является излишней, поскольку для охраны налоговых интересов государства вполне достаточно статей, устанавливающих ответственность за налоговые преступления (ст. 199 «Уклонение от уплаты налогов и (или) сборов с организации»), а охрана иных объектов возможна, например, на основании ст. 238 «Производство, хранение, перевозка либо сбыт товаров и продукции, выполнение работ или оказание услуг, не отвечающих требованиям безопасности».

Статья 172 «Незаконная банковская деятельность»

Статью предлагается отменить, и к ней применимы те же мотивы отмены, которые изложены для ст. 171 УК, поскольку банковская деятельность является одним из видов предпринимательской деятельности.

Статья 174.1 «Легализация (отмывание) денежных средств или иного имущества, приобретенных лицом в результате совершения им преступления»

Статью предлагается отменить, поскольку она нарушает международное соглашение, участником которой является Россия, а также общепризнанные принципы права.

Статья 174.1 УК предусматривает ответственность за легализацию в отношении лиц, которые совершили основное (предикатное) преступление и самостоятельно легализуют имущество, приобретенное в результате совершения предикатного преступления.

Конвенция об отмывании, выявлении, изъятии и конфискации доходов от преступной деятельности (Страсбург, 8 ноября 1990 г.) ETS 141, участником которой является Российская Федерация, предусматривает, что легализация осуществляется в следующих формах (ст. 6.1):

a) конверсия или передача имущества, полученного преступным путем, с целью скрыть незаконное происхождение такого имущества или помочь любому лицу, замешанному в совершении основного правонарушения, избежать правовых последствий своих деяний;

b) утаивание или сокрытие действительной природы, происхождения, местонахождения, размещения или движения такого имущества или прав на него;

c) приобретение, владение или использование такого имущества.

Российская законодательная и правоприменительная практика традиционно рассматривает указанные действия как неизбежные действия любого субъекта основного преступления, входящие в содержание этого преступления, что учитывается законодателем при формулировании составов предикатных преступлений и установлении санкций за них.

В частности, по смыслу ч. 5 ст. 33 Уголовного кодекса Российской Федерации действия по сокрытию предметов, добытых преступным путем, представ-

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 68

ляют собой действия, относящиеся к объективной стороне состава предикатного преступления.

Ст. 6.1.b) Конвенции об отмывании, выявлении, изъятии и конфискации доходов от преступной деятельности предусматривает, что положения Конвенции применяются ее участниками с учетом своих конституционных принципов и основных концепций своей правовой системы.

С учетом принципов Конституции Российской Федерации и основных концепций российской правовой системы ст. 174.1 УК РФ, применяемая исключительно в совокупности с нормами УК РФ о предикатных преступлениях, представляет собой случай установления двойной уголовной ответственности одного и того же лица за одни и те же действия, что является нарушением общеправового принципа non bis in idem, не допускающего вторичного (повторного) привлечения к уголовной ответственности за одно правонарушение.

Ст. 6.2.b) Конвенции об отмывании, выявлении, изъятии и конфискации доходов от преступной деятельности предусматривает право любого участника Конвенции не устанавливать ответственность за легализацию в отношении лиц, совершивших предикатное правонарушение.

Статья 176 «Незаконное получение кредита»

Статью предлагается отменить, поскольку она представляет собой норму, дублирующую гражданское законодательство о сделках, устанавливая уголовную ответственность за не публичный, а частно-правовой деликт. При этом кредитные организации устраняются от деятельности, неразрывно связанной с их ответственностью и рисками как коммерческих организаций, а обязанность совершения таких действий возлагается на государственные органы, действующие за счет бюджета. Данная норма является случаем, когда публично-правовая (уголовная) ответственность устанавливается в пользу бенефициаров (выгодополучателей), чей коммерческий, частно-правовой интерес защищается за счет бюджетных средств. Отношения, являющиеся объектом данной статьи, могут охраняться ст. 327 УК «Подделка, изготовление или сбыт поддельных документов, государственных наград, штампов, печатей, бланков», законодательством о сделках, а также иным гражданским законодательством, в частности устанавливающим возможность ликвидации юридического лица по решению суда при грубом или неоднократном нарушении юридическим лицом законов или иных правовых актов (абз. 2 п. 2 ст. 61 ГК РФ).

Статья 177 «Злостное уклонение от погашения кредиторской задолженности»

Статью предлагается отменить, поскольку она нарушает международное соглашение, участником которой является Россия, а также частично дублирует ст. 315. «Неисполнение приговора суда, решения суда или иного судебного

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 69

акта», при этом верхние и нижние пределы санкций по ст. 177 и 315 УК совпадают. В соответствии со ст. 1 Протокола N 4 к Конвенции «О защите прав человека и основных свобод» (Рим, 4 ноября 1950 г.) «никто не может быть лишен свободы лишь на том основании, что он не в состоянии выполнить какое-либо договорное обязательство». Погашение кредиторской задолженности является бухгалтерским термином, обозначающим погашение долга, вытекающего из гражданского обязательства (договора). Оплата ценных бумаг является случаем встречного предоставления (исполнения долга) по договорному обязательству.

Статья 178 «Недопущение, ограничение или устранение конкуренции»

Статью предлагается отменить, поскольку она представляет собой норму, нарушающую принцип экономии уголовной репрессии. Данная норма является случаем, когда публично-правовая (уголовная) ответственность устанавливается в пользу конкретных бенефициаров (прежде всего антимонопольных органов), притом что применительно к таким деяниям степень их общественной опасности и необходимость уголовной репрессии неочевидны. Отношения, являющиеся объектом данной статьи, могут эффективно охраняться антимонопольным (подп. «д» п. 6 ст. 23 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции») и гражданским (абз. 2 п. 2 ст. 61 ГК РФ) законодательством, устанавливающим возможность ликвидации юридического лица по решению суда при нарушении антимонопольного законодательства и иных грубых или неоднократных нарушениях юридическим лицом законов или иных правовых актов.

Статья 184 «Подкуп участников и организаторов профессиональных спортивных соревнований и зрелищных коммерческих конкурсов»

Статью предлагается отменить, поскольку она представляет собой норму, устанавливающую ответственность за деяния, случаи которых стремятся к нулю. Статистика привлечения к ответственности по данной статье в течение последних более чем 10 лет фиксирует лишь 6 случаев возбуждения уголовных дел. Отношения, являющиеся объектом данной статьи, могут охраняться законодательством об административной ответственности, ст. 201 «Злоупотребление полномочиями» и 204 «Коммерческий подкуп» УК.

Статья 185.1 «Злостное уклонение от раскрытия или предоставления информации, определенной законодательством Российской Федерации о ценных бумагах»

Статью предлагается отменить, поскольку она представляет собой норму, дублирующую законодательство об акционерных обществах и обществах с ограниченной ответственностью, устанавливая уголовную ответственность за не публичный, а частно-правовой деликт. Уголовная ответственность за такие

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 70

действия едва ли адекватна степени их общественной опасности, Отношения, являющиеся объектом данной статьи, могут эффективно охраняться корпоративным законодательством, а также иным гражданским законодательством, в частности устанавливающим возможность ликвидации юридического лица по решению суда при грубом или неоднократном нарушении юридическим лицом законов или иных правовых актов (абз. 2 п. 2 ст. 61 ГК РФ).

Статья 190 «Невозвращение на территорию Российской Федерации предметов художественного, исторического и археологического достояния народов Российской Федерации и зарубежных стран»

Статью предлагается отменить, поскольку она представляет собой мертвую норму. Статистика привлечения к ответственности по данной статье в течение более чем 10 лет равна нулю. Отношения, являющиеся объектом данной статьи, могут эффективно охраняться таможенным законодательством и международными соглашениями о предметах художественного, исторического и археологического достояния.

Статья 192 «Нарушение правил сдачи государству драгоценных металлов и драгоценных камней»

Статью предлагается отменить по причине того, что предусмотренный ею состав преступления имеет слишком узкую сферу применения — аффинаж, поскольку вторая форма деяния — уклонение от обязательной продажи драгоценных металлов и драгоценных камней — фактически утратила свое значение в связи с отменой применимого законодательства об обязательной продаже и потому норма ст. 192 УК практически не применяется.

Статья 193 «Невозвращение из-за границы средств в иностранной валюте»

Статью предлагается отменить, поскольку в качестве основного криминообразующего признака использован признак нарушения норм позитивного законодательства, характеризующегося значительным масштабом деятельности. Реальные уголовно-правовые признаки отсутствуют, поэтому отсутствует достаточная для криминализации степень общественной опасности. Также следует учитывать, что изменилось и базовое законодательство, поскольку ранее действовавшая обязательная продажа валютной выручки отменена и ныне не применяется. В связи с этим статья позволяет привлекать к уголовной ответственности руководителей вполне законопослушных компании. Чрезмерная и необоснованная репрессивность данной нормы сдерживает иностранные инвестиции в российскую экономику.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 71

ПРИЛОЖЕНИЕ 3

Модернизация законодательства об административной ответственности

Помимо уголовного права существует другой, объективно менее подконтрольный государству, но не менее мощный инструмент, с помощью которого можно не только обуздать правонарушения, но и легально парализовать деятельность предприятия, разорить и сделать «сговорчивым» любого предпринимателя. Этот инструмент — административное право.

Проблемы, характерные для уголовного права, присущи административному праву в целом и действующему Кодексу об административных правонарушениях (КоАП) в частности. Провозглашая в качестве основной цели «защиту законных экономических интересов физических и юридических лиц» КоАП в смысле как текста закона, так и практики его применения в действительности мало приблизился к решению данной задачи.

В рамках административных процедур можно бесконечными проверками по различным вопросам парализовать любую предпринимательскую деятельность. Бланкетные статьи КоАП позволяют привлекать к ответственности как при наличии оснований, так и при их полном их отсутствии. Недопустимо большое количество органов, привлекающих к административной ответственности, чрезмерное жесткие меры ответственности, отсутствие возможности назначать наказание ниже низшего предела и другие особенности, свойственные административному праву, часто, в условиях меньшей ясности составов, в рамках упрощенных процедур, в обстановке меньшего судебного контроля, позволяют системно и безнаказанно осуществлять неправомерное воздействие на предпринимательство.

В отношении бизнеса административные меры нередко применяются одновременно с уголовной ответственностью: правоохранительные органы привлекают к уголовной ответственности, а органы, компетенция которых установлена законодательством об административной ответственности, не дожидаясь результата (отказа в возбуждении уголовного дела), назначают многочисленные проверки, привлекают к административной, налоговой и иной ответственности.

Этому способствуют нормы КоАП, допускающие привлечение к административной ответственности не только физических, но и юридических лиц, причем, как сказано в статье 1.4 Кодекса, «независимо от местонахождения... а также других (читай: всех, без исключения) обстоятельств». Вопросы ответственности юридических лиц урегулированы административным законодательством явно неудовлетворительно. В частности, КоАП, вопреки общепризнанным принципам права, закрепляет правило двойной ответственности за

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 72

одно и то же правонарушение (п. 3 ст. 2.1), вина юридического лица сформулирована законом фактически как объективное вменение (п. 2 ст. 2.1). Очевидные дефекты и противоречия содержат и другие статьи Кодекса, в результате чего КоАП совершенно не вписывается в общую структуру законодательства, построенного на основе персонифицированной виновной ответственности, несмотря на то, что согласно ст. 1.5 Кодекса «лицо подлежит ответственности только за те административные правонарушения, в отношении которых установлена его вина». В отношении юридических лиц невозможно применить институт смягчающих ответственность обстоятельств, изначально ориентированный только на физических лиц. И вместе с тем Кодекс не знает понятия «обоснованный риск» в качестве обстоятельства, исключающего ответственность. Таким образом, орган, привлекающий юридическое лицо к административной ответственности, делает это на основании объективного вменения и без учета каких бы то ни было обстоятельств, смягчающих ответственность. Вместе с тем меры административной ответственности могут быть весьма существенными — приостановление деятельности юридического лица, депортация иностранного гражданина (отказ в выдаче визы), конфискация предметов административного правонарушения, большие суммы штрафов и т.д.

Положения, традиционно применяемые к действиям должностных лиц государственного или муниципального аппарата, распространены законодательством об административной ответственности на персонал коммерческих организаций и индивидуальных предпринимателей (ст. 2.4 КоАП). Это не только не отражает специфики предпринимательской деятельности, но и вносит элемент произвола в применении санкций. Такой подход закрепляется множеством статей КоАП, затрагивающих предпринимательскую деятельность. Например, согласно ст. 5.20 юридическое лицо может быть привлечено к ответственности за «поддержку деятельности инициативной группы по проведению референдума» только по причине выполнения работ, оказания услуг или реализации товаров «по необоснованно заниженным расценкам». При этом статья устанавливает весьма жесткую санкцию — штраф до 300 МРОТ с конфискацией предмета административного правонарушения. Данная норма очевидно нарушает п. 1 ст. 424 ГК РФ, согласно которой цена определяется соглашением сторон, и, если предмет договора не входит в перечень товаров и услуг, в отношении которых осуществляется государственное регулирование цен, никакие административные органы не имеют права определять, занижены ли расценки и обоснованно или необоснованно.

Статья 7.3 КоАП устанавливает ответственность за пользование недрами без разрешения (лицензии) либо с нарушением условий, предусмотренных разрешением (лицензией). Санкцией статьи не предусмотрено прекращение деятельности предприятия. Несмотря на это, в случае применения данной бланкетной нормы деятельность предприятия может быть прекращена по

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 73

причине лишения лицензии на основании законодательства о недрах, предусматривающего возможность принудительного прекращения права пользования недрами в случае нарушения «существенных» условий лицензии. При этом определение того, является ли условие существенным или нет, полностью зависит от усмотрения должностного лица, принимающего такое решение.

Наиболее жесткие санкции предусмотрены за таможенные нарушения (гл. 16 КоАП), которые в сочетании с чрезмерно бланкетными, «резиновыми» нормами являются нормативной базой того, что таможенные органы стали одной из самых коррумпированных государственных структур. Практика деятельности таможни показывает, что данная ответственность далеко не всегда применяется в отношении реальных контрабандистов. Нередко в связи с произвольным толкованием нормы таможенными органами в категорию нарушителей попадают законопослушные компании, допустившие неточность в заполнении документов. Особенно остро эта проблема стоит в морской и нефтегазовой индустрии, где ценой ошибки может быть, например, конфискация или изъятие морского судна, стоимость которого составляет не один миллион долларов.

В целом практика применения законодательства об административной ответственности предпринимателей и коммерческих организаций обнаруживает дефекты, весьма сходные с недостатками применения уголовных норм в сфере экономики. Однако крайняя неопределенность норм об административной ответственности, их обширная бланкетность усугубляются отказом (в том числе и на законодательном уровне) от общепризнанных принципов юридической ответственности, а также крайне несовершенными процедурами привлечения к административной ответственности и обжалования (в том числе и судебного), принимаемых при этом решений. Все это на фоне имеющей недопустимые масштабы коррупционной мотивированности правоприменения по делам об административных правонарушениях ведет к превращению сферы административной ответственности в сферу административного произвола.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 74

АНАЛИТИЧЕСКИЕ МАТЕРИАЛЫ

Стенограмма круглого стола «ДЕКРИМИНАЛИЗАЦИЯ БИЗНЕСА»

Москва, 8 апреля 2010 г., ИНСОР

УЧАСТНИКИ КРУГЛОГО СТОЛА

Астанин Виктор Викторович,
доктор юридических наук, проректор Российской правовой академии Министерства юстиции Российской Федерации.

Афонцев Сергей Александрович,
кандидат экономических наук, член Экспертного совета при Комитете по промышленности, строительству и наукоемким технологиям ГД ФС РФ.

Гефтер Валентин Михайлович,
директор автономной некоммерческой организации «Институт прав человека», член Экспертного совета при Уполномоченном по правам человека в РФ, член Общественного совета г. Москвы.

Григорьев Леонид Маркович,
экономист, президент фонда «Институт энергетики и финансов», декан факультета менеджмента Международного университета в Москве, член Группы «СИГМА».

Гришанков Михаил Игнатьевич,
депутат Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации, первый заместитель председателя Комитета ГД ФС РФ по безопасности, председатель Комиссии ГД ФС РФ по противодействию коррупции, член фракции Всероссийской политической партии «Единая Россия».

Жалинский Альфред Эрнестович,
доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой уголовного права факультета права ГУ—ВШЭ, ординарный профессор ГУ—ВШЭ, заслуженный деятель науки России.

Жуйков Виктор Мартенианович,
заместитель председателя Верховного Суда РФ в отставке, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ, заместитель директора федерального

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 15:20 Page 75

государственного научно-исследовательского учреждения «Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации» по научной работе.

Корочкин Владислав Леонтьевич,
генеральный директор научно-производственной компании «НК Лтд» (Москва), вице-президент Общероссийской общественной организации малого и среднего предпринимательства ОПОРА РОССИИ.

Крюков Валерий Анатольевич,
доктор экономических наук, профессор, заведующий кафедрой энергетических и сырьевых рынков факультета мировой экономики и мировой политики ГУ—ВШЭ.

Макаренко Борис Игоревич,
политолог, директор общественно-политических программ Института современного развития (ИНСОР).

Морщакова Тамара Георгиевна,
советник Конституционного Суда РФ, заместитель председателя Конституционного Суда РФ в отставке, доктор юридических наук, профессор, заместитель председателя Совета по совершенствованию правосудия, член Совета по содействию развитию институтов гражданского общества и правам человека при Президенте РФ.

Никитинский Леонид Васильевич,
кандидат юридических наук, президент Гильдии судебных репортеров, обозреватель «Новой газеты», секретарь Союза журналистов России.

Новикова Елена Владимировна,
доктор юридических наук, научный руководитель автономной некоммерческой организации «Центр правовых и экономических исследований».

Радченко Владимир Иванович,
первый заместителя председателя Верховного Суда РФ в отставке, профессор Московской государственной юридической академии.

Рахмилович Андрей Викторович,
адвокат, партнер адвокатского бюро «Маргулян и Рахмилович».

Резник Генри Маркович,
адвокат, заслуженный юрист Российской Федерации, член Общественной палаты, президент Адвокатской палаты г. Москвы.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 76

Савюк Леонид Корнеевич,
доктор юридических наук, профессор кафедры уголовного права факультета права ГУ—ВШЭ.

Старженецкий Владислав Валерьевич,
кандидат юридических наук, заместитель заведующего кафедрой международного права Российской академии правосудия, заместитель начальника Отдела международного права Высшего Арбитражного Суда РФ.

Субботин Михаил Александрович,
кандидат экономических наук, старший научный сотрудник ИМЭМО РАН, член экспертных советов Комитета по природным ресурсам и природопользованию и Комитета по экономической политике ГД ФС РФ.

Федотов Андрей Геннадьевич,
кандидат юридических наук, адвокат, член Одинцовской городской коллегии адвокатов.

Юрьев Евгений Леонидович,
президент инвестиционной группы АТОН, член совета директоров некоммерческого партнерства «Торговая система РТС», член совета директоров Национальной ассоциации участников фондового рынка (НАУФОР), президент Общероссийской общественной организации «Деловая Россия», председатель Общественного совета Центрального федерального округа, председатель Общественного совета Министерства промышленности Российской Федерации, член Общественного совета Министерства здравоохранения и социального развития Российской Федерации, член Совета по конкурентоспособности и предпринимательству при Президенте РФ, член рабочей группы Комиссии при Президенте РФ по модернизации и технологическому развитию экономики России.

Яковлева Яна Викторовна,
председатель некоммерческого партнерства «Бизнес Солидарность».

МАКАРЕНКО Б.И.: Уважаемые коллеги, прошу вас занять ваши места. Мы начинаем. Уважаемые коллеги, еще раз добрый день, мы рады вас приветствовать в Институте современного развития. У нашего института много партнеров, но есть партнеры, а есть друзья и единомышленники. К этому числу мы с удовольствием относим Центр экономических и правовых исследований, сотрудничество с кото-

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 77

рым началось недавно, но уже, как нам кажется, перспективно, и так это оценивается обеими сторонами. Я не буду делать вступление, и для открытия нашего сегодняшнего круглого стола я хотел бы предоставить слово Леониду Марковичу Григорьеву, одному из идейных вдохновителей этого проекта. Пожалуйста.

ГРИГОРЬЕВ Л.М.: День добрый. Я был одним из мостиков между юристами и экономистами, и я очень рад, что такая совершенно параллельная работа была проделана выдающимися российскими юристами и отдельно — экономистами в области наведения порядка в экономическом законодательстве, и мы там бились об лед в ряде вопросов. Самая знаменитая у нас там была статья 178-я, и много всего вокруг ФАС и коллективных действий, там своя история проблем. И вдруг неожиданно оказалось, что имеется такое организованное движение юристов, которые озадачились еще даже более комплексной проблемой наведения порядка не только в самом законодательстве, но и в его исполнении и в судебной системе. Мы совершенно счастливы, что это происходит вместе, и единственное — я хотел извиниться отчасти за друзей экономистов, которые здесь были бы в гораздо большем количестве, но с 10 утра идет сессия по научному наследию Гайдара и конечно значительная часть людей просто находится там. Поэтому я хотел пожелать от лица экономистов успехов этому заседанию и сказать, что мы все немедленно, как кончится конференция, присоединимся к вам. Спасибо.

МАКАРЕНКО Б.И.: Спасибо, Леонид Маркович. Я предоставляю слово научному руководителю Центра правовых и экономических исследований Елене Владимировне Новиковой. Перед этим маленькое объявление. У нас нет после первых вводных представлений какого-то списка или порядка выступающих, поэтому, как у нас принято, желающие выступить, пожалуйста, поднимайте, вот так ставьте таблички и председательствующий будет в порядке живой очереди слово предоставлять. Пожалуйста, Елена Владимировна.

НОВИКОВА Е.В.: Большое спасибо ИНСОРу за предоставленную возможность собраться всем нам, рабочей группе по подготовке проекта концепции модернизации УК РФ в сфере экономики, для решения общих проблем, и я свое вступительное слово произнесу несколько позже, поскольку мы ждали Эллу Александровну Памфилову, которая не смогла быть сегодня, и, как я понимаю, Тамара Георгиевна Морщакова передаст ее послание нам.

МОРЩАКОВА Т.Г.: Спасибо. Действительно, очень коротко. Меня просила Элла Александровна Памфилова, всем известный председатель Совета по содействию развития институтов гражданского общества и правам граждан[1], сказать от ее имени, что основная идея, которая заключается в том, что вопрос, который мы обсуждаем здесь уже не первый раз, и не просто обсуждаем, но и над которым работаем все вместе, он находится под постоянным вниманием, если можно применить это слово, президентского Совета, возглавля-

[1] Дискуссия велась до отставки Э.А. Памфиловой с этого поста по ее просьбе 30 июля 2010 г. — *Ред.*

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 78

емого Эллой Александровной Памфиловой. И она просила в связи с этим подчеркнуть еще раз, что сама идея разработки концепции модернизации уголовного права была одобрена президентом по результатам его встречи с этим Советом, возглавляемым Эллой Александровной. И поскольку поручение членам Совета и группе экспертов, которая работает, которая была создана во исполнение этого поручения, поскольку это поручение своими корнями имеет все-таки инициативу Совета, возглавляемого Эллой Александровной Памфиловой, то, конечно, это обязывает к определенной, очень концентрированной работе над тем, чтобы поручение все-таки было выполнено. И Совет планирует на следующей встрече с президентом (именно об этом хотела сказать Элла Александровна) доложить ему о результатах выполнения вот этой порученной нам всем, совместно, работе. Спасибо.

НОВИКОВА Е.В.: Спасибо, Тамара Георгиевна, спасибо Элле Александровне за ее доверие и поддержку. Действительно, не всегда есть шанс у экспертного сообщества быть услышанным, и мы такой шанс получили, проинициировав наши предложения по реформированию уголовного законодательства еще в процессе подготовки нашей коллективной монографии «Верховенство права и проблемы его обеспечения в правоприменительной практике», которая вам известна. И безусловно, еще одну очень важную поддержку мы получили в лице ИНСОРа, поскольку в его творческой атмосфере возможно пригласить (как сегодня) таких разных специалистов, представителей разных отраслей знаний, собрать вместе и предпринимателей, и государственных деятелей, и юристов, и экономистов для того, чтобы действительно попытаться найти общие точки соприкосновения, общий язык. Для чего мы и подготовили наши слайды[1], их у нас очень мало, всего несколько штук, для того, чтобы мы могли выработать какой-то общий язык и держаться в русле дискуссии по теме, которая, так сказать, нас всех сегодня собрала. Да, это действительно очень достойный повод для такого серьезного диалога профессионалов, поскольку очевидно, что невозможны ни правовое государство, ни цивилизованный рынок со свободными предпринимателями без реформирования уголовного законодательства в сфере экономики, которое совершенно необъяснимым образом осталось нереформированным, несмотря на все процессы переходного периода, который проходила Россия. И получается, что еще проходит, поскольку очень важное условие, без которого нет, что называется... оно осталось в неком рудиментарном состоянии. Масштабы продолжающейся криминализации сегодня говорят сами за себя и уже даже порождают анекдоты. К примеру, «если мы с вами еще на свободе, то это не наша заслуга, а чья-то недоработка». В этой шутке есть какая-то доля шутки. И вообще, какова тогда реальность? И как это каждый примеряет на себя? Как долго мы бу-

[1] Слайды приведены в конце стенограммы, на с. 123–124.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 79

дем находиться в таком состоянии, и задавать такие вопросы, и даже рассказывать анекдоты? Очевидно, что это некий симптоматический предел, надо очень серьезно к этой проблеме подходить, консолидированно, и, очевидно, силами одних юристов ее решить невозможно, поэтому мы очень благодарны поддержке ИНСОРа, так как мы можем быть услышанными и услышать других участников общественного диалога. Мы очень надеемся, что нам удастся выработать какие-то согласованные действия, поскольку процесс уже пошел, и на этих слайдах вы увидите, что какие-то инициативы и серьезные решения в государстве на этот счет принимаются. И действительно, мы считаем это лишь началом процесса, и оно очень своевременно, но недостаточно. Мы понимаем, что в силу сегодняшних накладок, о которых говорил Леонид Маркович, не все очень значимые для этого обсуждения участники дискуссии присутствуют, поэтому предлагаю, если вы с этим согласитесь, рассматривать наше сегодняшнее обсуждение как стартовое, как начало, поскольку проблематика очень серьезная.

Мы готовимся к предварительному слушанию проекта концепции модернизации УК в сфере экономики в Думе, куда вы тоже все приглашаетесь, и мы очень надеемся, что мы получим конструктивное оппонирование и какие-то согласованные рекомендации до этого слушания, чтобы мы могли дать максимально консолидированный и очень профессиональный продукт. Очень важная его часть — это экономическое обоснование, которому мы сегодня уделим первую половину нашей встречи. Этому будет посвящено выступление одного из его авторов, который старался консолидировать мнение других членов группы, поэтому мы не возлагаем персональную ответственность на одного человека. Это Михаил Александрович Субботин, член нашей рабочей группы, который сделает сообщение по тому материалу, который вам был предварительно разослан. И вторая часть нашего обсуждения будет посвящена новым подходам к реформированию УК, как раз подошел один из разработчиков и докладчик Жалинский Альфред Эрнестович, и мы сможем сосредоточиться на его предложениях и ознакомить вас с ними относительно того, в каком направлении, в принципе, возможно реформирование уголовного права. Поскольку мы все здесь очень разные, но при этом очень равные, наше равенство будет обеспечивать наш мэтр, постоянный участник всех экспертных обсуждений и наш главный эксперт, глубокоуважаемый Виктор Мартенианович Жуйков, наш модератор, который очень строго, но справедливо будет нас всех держать в регламенте. Вы все знаете, что Виктор Мартенианович — судья Верховного Суда в отставке, в прошлом — заместитель председателя Верховного Суда. Большое спасибо за ваше внимание и особенно за то, что вы пришли поддержать нашу работу. Передаю слово Виктору Мартенияновичу.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 80

ЖУЙКОВ В.М.: Доброе утро, уважаемые коллеги, спасибо за доверие. Елена Владимировна сама прекрасно справляется с ролью ведущего, но как на женщину взваливать такое бремя? Конечно, пришлось уступить, согласиться. Я с большим интересом прочитал подготовленные материалы, здесь действительно подняты все вопросы. Вы касаетесь и потребностей в этих изменениях, и содержания того, что нужно изменить, поэтому эти материалы заслуживают, на мой взгляд, очень серьезного внимания, и мы сейчас и заслушаем первого докладчика. Пожалуйста, Субботин Михаил Александрович.

СУББОТИН М.А.: Спасибо. Действительно, сегодня из наших рядов экономистов «повыбило» в силу разных причин. Поскольку к нынешнему заседанию его организаторами был подготовлен некий текст, который был разослан, я не буду пытаться его повторить. Те, кто собрался за этим столом, а мы собираемся в большинстве своем не первый раз, знают, что все выстрадано-перевыстрадано. Я попробую в данном случае выступать не в качестве редактора, представляющего мнение всей группы, работавшей над концепцией, а позволить себе некоторую отсебятину, то есть взгляд экономиста на проблему декриминализации бизнеса так, как она мне видится.

Много лет я занимался проблемами инвестиционного климата, и обычно разговор шел о том, что нужна стабильность контрактов, позволяющая предвидеть будущие коммерческие результаты, нужен гибкий налоговый режим, который позволяет обеспечить предпринимателю доход, нужна защита прав собственности, которая является той основой, на которой произрастает доход. И вот мы «приехали» — сейчас как никогда остро встал вопрос не просто о защите собственности, но уже о личной свободе предпринимателя. То есть мы докатились до того, что обсуждаем проблему выживания предпринимателя как класса. Мне кажется, что последние действия, в том числе и властей, попытки реформирования законодательства — уголовного, налогового, антимонопольного, антикоррупционного и так далее — все это свидетельствуют о том, что в обществе есть некий консенсус — так дальше жить нельзя, нужно что-то радикально менять. Банальная мысль, что без бизнеса не может быть экономического развития, экономического роста.

Бизнес может действовать либо благодаря установленным для него правилам, либо вопреки. Во втором случае начинаются проблемы во взаимоотношениях бизнеса и власти, и, если бизнес остается неуслышанным, он «голосует ногами», а страна несет экономические потери. Очень важно не просто неукоснительное соблюдение тех или иных законов или состояние таких законов, а то, к чему они ведут с точки зрения экономической целесообразности и здравого смысла. Там, где для юриста часто все правильно, пусть и несправедливо — раз есть закон, надо наказывать, там для экономиста репрессии против предпринимателя означают погружение в некое правовое болото,

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 81

когда ликвидируется предпринимательское сословие, которое является основной движущей силой в экономике.

Нужно отдавать себе отчет в том, что даже тогда, когда предприниматель — в соответствии с нынешним законодательством — виновен перед законом, часто экономически куда более целесообразно не сажать его, а поменять закон. Это становится совершенно очевидно в случаях массового нарушения законодательства. Недавно мы наблюдали ситуацию, когда в три раза подскочили цены на электричку при пересечении границы из Подмосковья в Москву. И люди сразу начали бегать по путям, давать взятки контролерам, подделывать проездные документы и т.д. То есть из неверного экономического решения возник пучок очень опасных правовых последствий, массовые правонарушения. Можно всех наказывать, а можно устранить первопричину, которая явилась провоцирующим фактором для нарушения законодательства, нарушения правил поведения.

Вообще, само по себе ставшее уже привычным сочетание слов «наказание» и «экономическое преступление» у меня вызывает аллергию даже лингвистически. Представляется, что произошло смешение человека, преступающего закон, и предпринимателя как представителя определенного вида деятельности, определенной профессии. В этом вопросе мы перешли все разумные пределы: если инженер украл линейку, а музыкант — дирижерскую палочку, то это кражи, а не преступления в сфере инженерии или музыки. При всем моем уважении к юристам, когда я слышу про «экономические преступления», то чувствую себя «лицом кавказской национальности», что-то общее есть... Осталось только начать говорить об исторических преступлениях, совершенных историками, юридических, совершенных юристами, медицинских, совершенных «врачами-убийцами», и далее по списку.

Есть понятие имиджа компании, которая является частью ее капитализации. Чтобы улучшить свой имидж, компании тратят немалые деньги. Поэтому сам по себе раздел о преступлениях в сфере экономики, в просторечье «экономические преступления», формирует негативное отношение к предпринимательству в обществе. И тем самым наносится ущерб репутации предпринимательства в России, а как следствие, требуются дополнительные средства для ведения бизнеса. Как тут не вспомнить, что в коммунистическом Китае органами власти в свое время специально проводились пропагандистские акции под лозунгом «Инвестор — наш бог!».

Можно ли человека бить палкой, не неся уголовного наказания? Можно ли бить его так, что у него пойдет кровь или он получит увечье? А если это хоккей? Есть определенные правила поведения человека вообще и поведения предпринимателя в частности, и их не надо путать. Хоккеист после хоккейного матча, где он получил две минуты удаления до конца игры, на худой конец получит потом еще дисквалификацию до конца года, но никому в голову не

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 82

придет его посадить. Хотя иногда рассматриваются пограничные ситуации, уже совсем вопиющие какие-то случаи, но это абсолютное исключение из правил. Итак, когда хоккеист выходит со стадиона и выпивает бутылку водки, а потом садится за руль и кого-то задавит, то происходит обычная процедура «суд — Сибирь».

Предприниматель по роду деятельности должен вступать во взаимоотношения с государством и стремиться к максимальной доходности своего бизнеса. Благодаря этому развивается вся экономическая жизнь в стране. Поэтому, даже если согласно действующим законам он что-то нарушает, его нужно поправлять, а не устранять из гражданского общества — не нужно лечить головную боль при помощи гильотины.

В экономической жизни постоянно возникает проблема выбора оптимального решения, необходимость проведения сопоставлений: что больше повредит бюджету страны — деяния того или иного предпринимателя или его уголовное наказание? Помню, когда я работал заседателем в суде, не раз приходили женщины с одной и той же грустной историей: мужик выпил, разошелся, вызвали милицию, возбудили дело... И эти женщины говорили одно: вы его посадите, а кто моих детей кормить будет? Так и в экономике: всех нарушителей пересажаете, а кто рост ВВП обеспечит, кто наполнит бюджет и заплатит пенсии?

Раскулачивание 20-х годов прошлого века — классический пример того, что все может быть по действующему закону, а вырезается целый предпринимательский класс. И потом, спустя несколько десятков лет, страна с изумлением обнаруживает, что, оказывается, тогда был изничтожен прообраз русского фермерства. Так, в 1927 году Иосиф Виссарионович писал: «Кулака надо взять мерами экономического порядка и на основе советской законности, не отказываясь, конечно, от мер административного воздействия. Но в первую очередь — на основе законности», то есть он настаивал, чтобы ликвидация была проведена прежде всего по закону.

И эта беда отбросила назад и сельское хозяйство, и экономику аграрной страны на долгие годы: за семь лет, с 1922 по 1928 год, валовая продукция сельского хозяйства в сопоставимых ценах удвоилась, а затем за 12 лет, к 1941 году, она выросла лишь на 10%. На восстановление поголовья крупного рогатого скота до уровня 1928 года потребовался 31 год (1959 год), свиней — 25 лет (1953 год), овец — 29 лет (1957 год). Конечно, нужно учитывать войну, но сокращение за годы войны было даже меньшим, чем за годы коллективизации.

По некоторым источникам, в 1927 году насчитывалось 1,1 млн кулацких хозяйств. Поэтому, когда сегодня СКП рапортует о тех же 1,1 млн возбужденных за один год уголовных дел, нужно понимать, что, если все их довести до логического конца, за один год можно убрать в места не столь отдаленные целое сословие... Масштабы жуткие, которые свидетельствуют, что неразумны правила.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 83

Кстати, раскулачивание начиналось с очень простых, сугубо экономических вещей, например с налогов — в 116 раз налоги на кулака были выше, чем на бедняка. Ввели ограничения, что не больше, чем на шесть лет, можно брать землю в аренду и так далее. Следовательно, сначала удушили экономически, оставили и без денег, и без земли, а потом, когда начались ответные действия населения — самозахваты, восстания, начали разбираться силовыми методами — с высылками, расстрелами...

Сегодня мы с профессором Крюковым шли сюда в ИНСОР, а на Садовом кольце заклинило светофор — все время красный свет для тех, кто хотел его пересечь. Зеленый свет — только для тех, кто едет по Садовому кольцу, и баста! В конце концов набралась критическая масса народа, и все пошли на красный свет, перекрыв Садовое кольцо. Вот это, мне кажется, образ того, что если задаются неверные правила экономического поведения, то неизбежно начинается то, что у нас, прошу прощения, называется «экономическими преступлениями». Мне кажется, об этом стоит задуматься.

Когда сегодня мы решаем очень важную задачу реформирования уголовного законодательства, надо понимать, что это только первый шаг, что вокруг уголовного законодательства есть еще огромный экономический мир, который легко спровоцировать на нарушение уголовного законодательства, а потому нужно менять не только уголовное, но и другие виды законодательства — и налоговое, и антимонопольное... Спасибо, конечно, Андрею Шаститко, который побеседовал с руководителем ФАС Артемьевым и, говорят, кое в чем его убедил, но это такая редкая удача, когда сошлись люди, которые, как теперь принято говорить, договороспособные. Это случай, а не система.

Когда-то Джефферсон в Декларации независимости провозгласил право каждого человека на жизнь, свободу и стремление к счастью, изменив известную формулу естественного права человека, принадлежащую английскому философу Локку («жизнь, свобода и собственность»), заменив тем самым собственность на стремление к счастью. Вот мы застряли где-то между счастьем и собственностью, если под счастьем, как это было в традиции России, понимать справедливость. Совсем как у Саввы Игнатьевича в «Покровских воротах»: «Живут не для радости, а для совести!»

Обеспечивается ли усилением репрессий, закручиванием гаек достижение результата? На меня сильное впечатление произвело выступление премьера Путина на президиуме правительства в июне 2009 года, когда он призвал активнее отправлять на нары и контрабандистов, и чиновников, их покровителей. И отдельно он остановился на случаях борьбы с контрабандой — мол, борьба ведется, но результатов пока мало. А результат в таких случаях, по его выражению, состоит в посадке в тюрьму. «Где посадки-то?» — спросил он. А затем продолжил. И вот это продолжение для меня является ключевым: «Ра-

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 84

ботать надо еще быстрее, и эффективнее, и жестче. Я, помню, несколько лет назад разогнал практически все руководство таможни. Ну и что?! А каналы — как работали, так и работают». Вот так была продемонстрирована вся «эффективность» закручивания гаек.

Повторяю, для любого предпринимателя в России сегодня важна триада — доходность его бизнеса, или обогащение, защита собственности и личная свобода. Желание раскулачивания, даже не будучи воплощено в пересмотр итогов приватизации, эффективно конвертируется в политические дивиденды через показательные акции против олигархов, едва-олигархов и совсем-не-олигархов. Тем самым запугивают не конкретных людей, а — по цепочке — запугивают весь бизнес.

Для бизнеса чрезвычайно важны свобода, независимость, потому что он в постоянной игре с государством, он постоянно в конкурентной борьбе, в поисках наиболее эффективных организационных путей, в стремлении к оптимизации своих финансовых потоков, он постоянно стремится обеспечить наибольшую эффективность, наибольшую доходность своего бизнеса. И если за это его будут карать, то есть не просто менять правила игры и принуждать к их соблюдению, как в хоккейном матче (возвращаюсь к своему примеру), когда будут в каких-то случаях штрафовать, а в других — предупреждать о возможных последствиях, в третьих — подъезжать к скамеечке запасных и объяснять тренеру, что можно и чего нельзя, а чуть что будут незамедлительно предпринимателей сажать, то предпринимательской инициативы, экономического роста, эффективной экономики в стране не будет.

Криминальные экономические статьи запускают мультипликатор иных преступлений — убери причину, и произойдет резкая декриминализация не только бизнеса, но и общества в целом. Никто не знает на самом деле всех возможностей страны к экономическому росту, того потенциала, который способен реализовать нормальный предприниматель, когда он не находится «под прессингом», и прежде всего уголовным. Спасибо.

ЖУЙКОВ В.М.: Спасибо. Коллеги, вопросы есть?

ГЕФТЕР В.М.: Можно спросить, для понимания, у Михаила Александровича? А то, может быть, я, как не экономист, а доморощенный юрист, чего-то не понял. Скажите, пожалуйста, вы утверждаете, что в сфере экономики не может быть уголовных преступлений, который вы называете «так называемыми экономическими преступлениями», это один ваш тезис — правильно я его формулирую? И второй ваш тезис, который меня тоже поразил, не меньше, наверное, чем вас слова премьер-министра, — вы говорите, и привели примеры определенного рода, и с электричками, и с хоккеем, что если неверные экономические правила игры в экономике, то тогда они порождают те или другие нарушения закона. А если верные, то есть в каком-то нормальном общественном договоре построенные правила игры, то тогда, вы считаете, вооб-

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 85

ще не может быть преступлений в сфере экономики, вот этих самых нарушений нормально установленных правил игры?

СУББОТИН М.А.: Для меня очень важно отделить предпринимателя как функцию и предпринимателя как человека. Там, где он нарушает правила экономического поведения и его наказывают в уголовном порядке, там происходит ущемление его прав по профессиональному признаку. Я повторюсь, что в данном случае, может быть, кому-то такая позиция покажется излишне радикальной, но для меня, как для экономиста, это ситуация, при которой вводится некая дискриминация по профессии. Потому что это такая профессия, она предполагает особые правила игры.

Что касается второго вашего вопроса, то нет конечно. Речь шла именно о массовых нарушениях. Обращаю ваше внимание на то, что Россия, как и все страны, находится в постоянном поиске верных и неверных решений. Однако в России этот поиск осложнен переходным периодом от советской к постсоветской экономике, когда многие правила нам достались по наследству от прошлого, планового периода в развитии страны. И тут нужна особая, если позволите, «репрессивная осторожность».

Оба главных действующих лица постоянно нарушают правила — то государство, то предприниматель. Вспомним ту же монетизацию льгот — государство откупилось от пострадавших. И не более того. И так происходило всегда, когда на государственном уровне принимались неверные экономические решения. С предпринимателем в случае его неверных действий разговор куда более короткий. Либо мы будем обеспечивать некое равноправие сторон, «сходимость рядов» и вырабатывать разумные правила поведения, либо будем просто подавлять и уничтожать одну из сторон — предпринимателя. С моей точки зрения, альтернатива очень ясная.

ЖУЙКОВ В.М.: Пожалуйста, Яна Викторовна.

ЯКОВЛЕВА Я.В.: Да, я хотела бы ответить на вопрос «Где посадки?». В принципе, эта проблема с предпринимателями действительно отражается в посадках. И я просто хотела привести один пример по вопросу контрабанды. И весь этот вопрос Путина спустился в Перовский районный суд, где на него был найден ответ. И причем следователи говорили о том, что да, мы выполняем планы, спущенные нам сверху, на 1000 эпизодов. В общем, предприниматель по обвинению в недоплате таможенных платежей был посажен на 18 лет лишения свободы. В январе состоялся приговор. Просто мы в нашей чисто теоретической дискуссии не должны забывать о практической ситуации, которая складывается. Правильно сказал Михаил Александрович, что бизнесмен уже становится лицом кавказской национальности, причем уже даже в гораздо более жестком проявлении, когда 18 лет дается человеку срок за недоплату таможенных платежей, то есть за недоплату налогов, и при этом правительство в своем отзыве на законопроект, который вчера подписал Медведев, дает

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 86

рекомендацию признать часть 1 статьи 188 утратившей силу, потому что она пересекается со статьей 199 о налогах. При этом вот такие приговоры выносятся — 18 лет лишения свободы и 15 лет главному бухгалтеру этой организации. Мне кажется, что мы должны не забывать о том, что происходит сейчас, ежедневно и что буквально в каждом из районных судов выносятся вот такие страшные приговоры. Поэтому теоретические рассуждения здесь становятся, в общем-то, запоздавшими несколько. Мне кажется, просто нужно говорить о том, что мы можем все сделать, потому что делать нужно что-то немедленно. 174-я, не забывайте.

ЖУЙКОВ В.М.: У меня маленькая ремарка. Восемнадцать лет, вы сказали? Но я могу вспомнить недалекие советские времена, когда за умышленное убийство при отягчающих обстоятельствах в принципе максимальное наказание было 15 лет лишения свободы.

ЯКОВЛЕВА Я.В.: Сейчас за убийство тоже много не дают.

ЖУЙКОВ В.М.: Сейчас у нас российское правовое государство, в котором максимум по совокупности — 30 лет. Это называется гуманизация. Я вот этого не понимаю. И мы еще говорим, что человек — это высшая ценность в нашей стране. Пожалуйста, 15 и 30. Можно и дальше продолжать.

ЯКОВЛЕВА Я.В.: Зато следствие ответило на вопрос «Где посадки?». Они не скрывали, что это был план. И 1000 эпизодов, которые ему вменили, причем ему вменили декларации, которые ему не принадлежат, и суд даже не стал разбираться, что в декларациях стоит другая организация, он просто закрыл глаза на это. Было 500 эпизодов по контрабанде и 500 — по легализации. Вот — 18 лет.

РЕЗНИК Г.М.: Маленькое напоминание о том, что было при советской власти. За умышленное убийство без смягчающих обстоятельств было 10 лет, а за хищение в особо крупных размерах, свыше 10 000 рублей, могли расстрелять.

ЖУЙКОВ В.М.: Еще есть вопросы? С докладом выступил у нас экономист...

СУББОТИН М.А.: Одну реплику можно? Мне кажется, очень важно отделить проблему моральную, человеческую, потому что, действительно, мы видим огромное количество человеческих трагедий, возникающих буквально на ровном месте, и проблему собственно экономическую. Я в данном случае выступаю в качестве циника-экономиста, который говорит, что подобного рода массовые посадки предпринимателей губительны для экономики, они просто уничтожают экономику и перспективу экономического роста вообще.

Я прошу прощения у Яны за то, что выступаю этаким аморальным типом, который говорит исключительно о наживе да ВВП, но в данном случае я говорю о том, что всем нужно осознать: для экономического роста, развития экономики, развития свободного предпринимательства, когда раскрепощены,

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 87

высвобождены производительные силы, как нас учили, с этой точки зрения крайне невыгоден тот репрессивный маховик, который раскручен, если верить статистике, которая была опубликована, когда возбуждается порядка 450 тысяч уголовных дел по экономическим статьям УК всего за один год. Поскольку у нас примерно 5 млн предпринимателей, то такие репрессии означают, что почти каждого десятого взяли в «заложники».

Неважно, что потом меньше посадили, важно, что эти люди под угрозой посадки уже делом не занимаются. Они ломают голову над тем, куда вывести бизнес, каким образом защитить интересы семьи, что будет дальше с бизнесом и близкими, пока они будут сидеть, и так далее. Сейчас, на этом этапе нашего разговора, я попросил бы, в том числе присутствующих экономистов, обратить внимание на чисто экономическую часть вот этой проблемы, то есть на экономические последствия репрессий в отношении бизнеса, возможность оценки прямых и косвенных последствий подобных действий государства и ответного поведения предпринимателей. Спасибо.

ЖУЙКОВ В.М.: Коллеги, кто еще? Сейчас мы выслушали доклад экономиста, может быть, из экономистов кто-нибудь еще выступит? Пожалуйста, представьтесь.

КРЮКОВ В.А.: Крюков Валерий Анатольевич, я представляю Российскую академию наук, Институт экономики Сибирского отделения, и Высшую школу экономики, где являюсь заведующим кафедрой. Я являюсь специалистом в довольно узкой области, в экономике минерально-сырьевого комплекса, и не хочу затрагивать многие этические, культурные, профессиональные вопросы, которые здесь поднимаются, сугубо правового такого плана. Я остановлюсь больше на сугубо экономических вопросах.

Когда мы с Михаилом Александровичем обсуждали экономические последствия, то ситуация в минерально-сырьевом комплексе сейчас предельно простая, уважаемые господа. Его роль в экономике России увеличивается во многом в силу того, что инновационная экономика не работает. Но тем не менее инновационная экономика очень нужна. Приведу всего одну цифру. Двадцать пять лет назад средний размер нефтяного месторождения, которое вводилось в России, был 75 млн тонн, сейчас мы вводим месторождения 1,5 млн тонн. Можете сравнить, сопоставить и соотнести. Соответственно, результативность и эффективность освоения такого объекта резко уменьшается. Что нужно и что можно сделать? Выход один, он лежит на пути инновационного развития и на пути раскрепощения инициативы предпринимателя, то есть того, кто берет на себя риск осваивать такой сложный объект. И сегодня он такой риск часто взять на себя не может из-за печальной ситуации с правовым обеспечением его деятельности

Есть сугубо экономические и сугубо специфические особенности функционирования объекта в недропользовании, а их правоохранительные органы не

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 88

принимают во внимание. Как правильно Михаил Александрович сказал, я цитирую его, хотя он не привел этого высказывания в своем выступлении: «Россия — единственная страна в мире, где сажают за присвоение дифренты-2». То есть когда ты вкладываешь дополнительные средства в разработку месторождения, применяешь научно-техническое новшество, добиваешься роста отдачи пласта, выходишь за проектные параметры и, соответственно, осуществляешь передобычу, а значит, формально нарушаешь лицензионные условия освоения объекта разработки. Или, напротив, из-за «природной бедности» месторождения недропользователь сталкивается по факту с недоизвлечением углеводородов, а затем это квалифицируется как упущенная выгода государства и умножается на средние цены.

Вот и получаются те многие сотни миллионов якобы нанесенного ущерба государству, которые инкриминируются в качестве уголовно наказуемого деяния. Так можно отбить всякую охоту у людей заниматься чрезвычайно нужным для страны делом. И нефтяная промышленность в частности, и минерально-сырьевой сектор в целом сейчас находятся в таком неопределенном, двусмысленном, крайне опасном положении. Если ситуация не будет изменена, не будет кардинально улучшена, то разовые поправки и те реформы, которые в сфере налогообложения, антимонопольного законодательства, в области технического регулирования и так далее — все они ничего не дадут. Они были ориентированы на решение задач государственно-административного управления, а не задач, связанных с повышением отдачи, извлечения, так сказать, выгоды для всех участвующих сторон.

Мы пилим тот сук, на котором по-прежнему сидит и, видимо, еще долго будет сидеть экономика нашей огромной страны. Поэтому очень велика роль и экономистов, и юристов, и конкретных специалистов по приведению в порядок «правовой картины мира», то есть российского законодательства, а также всего того, что связано с оценкой результатов деятельности хозяйствующих субъектов, выполняющих требования законодательства, с одной стороны, и реальной ситуации, то есть тех условий и особенностей функционирования отраслей и объектов, которые складываются в настоящих условиях, с другой стороны. Этого требует жизнь.

Очень символично, что мы собрались в стенах Института современного развития, который является площадкой в том числе для обсуждения условий развития бизнеса, учета мнения профессиональных организаций и объединений, которые отражают интересы бизнес-сообщества. Потому что обсуждение многих вопросов, связанных с техническим регулированием, с особенностями деятельности того или иного вида хозяйствующих субъектов, с оценкой их ответственности за принятые решения надо перенести в некоммерческие организации, представляющие профессиональные интересы. Вообще, не дело правовой системы влезать в узкопрофессиональные вопросы, давать оценку

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 89

сложным явлениям экономической жизни, смело интерпретировать факты, которые являются предметом дискуссии в экспертном сообществе.

Да, наверное, могут быть экономические преступления. Другое дело, насколько рационально сформированы нормативно-правовые акты и законы, но ситуация такова, что система регулирования экономических процессов, которая находит отражение в праве, должна адекватно отражать и следовать за теми изменениями, за теми объективными процессами, которые складываются в экономике. Я не согласен с Михаилом Александровичем в том смысле, что есть какие-то экономические законы, есть какие-то строго определенные экономические правила. Экономических правил, отраженных в каких-то законах, всеми признанных и адекватно и однозначно понимаемых, на самом деле нет, а есть некоторые стереотипы поведения, есть хозяйственная практика, которую надо понимать, стремиться учитывать и отражать и которой надо давать определенный простор и известную степень свободы в выборе решений и путей реализации тех возможностей, в которых есть заинтересованность.

ЖУЙКОВ В.М.: Прошу вас, Гришанков Михаил Игнатьевич.

ГРИШАНКОВ М.И.: Спасибо. Уважаемые коллеги, я думаю, что за этим столом присутствуют союзники, и убеждать друг друга — это трата лишнего времени. Я уверен в том, что иллюзий ни у кого нет, что ситуация еще хуже, чем мы можем себе представить. Я формулирую именно так. Почему я так говорю? Потому что если у кого-то есть иллюзия, что дается импульс, он слышится и реализуется, то я в этом глубоко сомневаюсь. Есть ли здесь представители тех структур, которые были приглашены, МВД, Следственный комитет или еще кто-либо? Тот, кто реализует уголовное право? Их просто здесь нет, во-первых, потому, что они не хотят даже обсуждать эту тему. Это надо понимать, и мы всегда должны быть готовы к супержесткому сопротивлению, то есть это к тому, что здесь нет дискуссии. То есть, если бы здесь присутствовал представитель Следственного комитета или Департамента экономической безопасности, они, конечно, начали бы говорить «да вы что, да мы расследуем столько дел, да столько мошенников!».

Правда, есть мошенники, и я, отвечая на вопрос, есть ли экономические преступления, хочу сказать — конечно они есть. Но мы с вами говорим о той тенденции, которая была запущена за последние годы, причем, наверное, даже за последние пять лет. Почему она была запущена? Во-первых, потому что «правоохрана отвязалась» (употребляю сленг, потому что по-другому не могу сказать), то есть, первоначально выполняя определенные заказы по переделу собственности, выполнив заказ представителя власти, они в автомате получали индульгенцию на любые свои последующие действия. И начинается лавинообразная ситуация: какие бы импульсы президент ни посылал, они не просто утонут в песке, они звучат только со страниц прессы.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 90

Приводить примеров можно много. Но, опять же, ситуация не такая безнадежная. Наверное, самое полезное, что может быть после таких наших обсуждений, это конкретные законодательные предложения. Вот об этом я бы хотел поговорить, потому что мы с вами все равно должны менять систему, понимая, что эта система, даже если мы сегодня примем какие-то предложения, начнет работать не сразу, не через день, не через год. Образно говоря, капля за каплей, но где-то в сознании руководителей правоохраны должна меняться оценка того, что происходит, когда с них начнут спрашивать. Пока не спрашивают. И наверное, это является самой серьезной проблемой. Здесь очень четкий дисбаланс. С одной стороны, законодатели говорят в Думе о том, что нужна декриминализация ряда экономических составов, и это признано. Даже несмотря на то, что здесь нет моих коллег — Назарова, Макарова, мы обсуждаем это очень активно, мы каждый раз упираемся в исполнение. Поэтому я тоже возвращаюсь к вопросу, который подняла Яна Викторовна: у нас теоретические рассуждения, но есть и конкретная практика, конкретные приговоры.

Я не обсуждаю тему судов, это отдельная тема, и здесь отдельно нужно обсуждать, но если мы с таким пиететом надеемся и смотрим, что Элла Александровна сможет повлиять на эту ситуацию (я действительно на это надеюсь), то мы должны в качестве предложений, которые будут выработаны, давать в том числе конкретные примеры, которые показывают, что, несмотря на тенденции, о которых заявляет президент, ситуация не меняется. В одной истории одновременно практически, месяц в месяц, 18 лет строгого режима бизнесмену, о котором сказано, Олег Рощин. При этом ни одного таможенника нет в деле. У меня всегда возникает вопрос (так же, как и по делу «Трех китов» на сегодняшний день): восемь лет серой растаможкой занималась компания — а они что, в безвоздушном пространстве жили? Мы же все знаем, что это не так. Это означает, что целевым образом реализуются заказные материалы. Точно такой же приговор в отношении таможенника на Дальнем Востоке. Ущерб для страны там еще больше — больше миллиарда. Четыре года условно.

Если мы не будем приводить в том числе и конкретные примеры, то дальше наших экономических и юридических рассуждений мы не изменим ситуацию, уверяю вас. Без очень мощной волны, которая должна подниматься не только в Интернете на одно или другое действие чиновника, если мы не будем приводить конкретные примеры и не будем тыкать носом (подчеркиваю — тыкать носом!) руководителей, Следственный комитет МВД, Следственный комитет при прокуратуре, департамент экономической безопасности, мы ничего не изменим, я вас уверяю. Многие меня знают, кто-то лично, кто-то по телевидению, я сам в прошлом правоохраной занимался, и я повторюсь, если раньше я радовался, когда занимались очень крупными чиновниками, то те

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 91

конкретные ситуации, которые имеют место сегодня, не поверите — руки опускаются от того беспредела, который мы видим. Но они опускаться не должны.

Поэтому, переводя разговор в конкретную плоскость, я сразу хочу сказать, что мы все союзники. Давайте конкретные законодательные предложения, будь это то, что касается сферы природопользования (суперважный вопрос), или что-то другое (таких сфер на самом деле много). Мы же все в мелочах иногда можем утонуть. Административный регламент Министерства природных ресурсов или еще что-либо... Ведь они предъявляют потом. И это инструмент для правоохраны. Мы с вами должны, первое, убрать инструмент, а второе — должны поставить правоохрану на место. По-другому — никак! Если мы не будем говорить и об их деятельности, обсуждая эти темы (это опять же вопрос к Элле Александровне, которая имеет возможность довести до первых руководителей страны), мы ничего не изменим. Поэтому я призываю всех к конкретным законодательным предложениям. Я думаю, что многие мои коллеги, если будет формулировка, подпишутся, я вас уверяю!

Была поднята тема по статье 174.1 Яковлевой, она была поднята очень мощно, очень сильно, начала дискутироваться, в том числе и в Думе. Внесли поправку, надо отдать должное, супервнимательно отнеслись и разработали ряд предложений. Да, получили, честно скажу, усеченный вариант, но все равно мы сдвинулись. Только формулировки! Конкретные формулировки! Тогда они заставят то же самое МВД, образно говоря... Вы же знаете технологию: если я внесу законопроект — отзыв правительства и каждое ведомство пишет заключение. Они хоть подписи начнут ставить. Вот когда они поставят подпись, тогда они за это начинают отвечать. А так — дальше мы не уйдем. Поэтому моя подпись, подпись Назарова и многих других, она по сути своей гарантирована. Давайте переходить к конкретным вещам, я вас хочу призвать к этому и еще к тому, что мы должны говорить и о конкретных ситуациях, потому что в противном случае, уверяю вас, мы не сделаем ничего. Спасибо.

ЖУЙКОВ В.М.: Мы послушаем доклад юридического характера. Это доклад Жалинского. Альфред Эрнестович, пожалуйста.

ЖАЛИНСКИЙ А.Э.: Добрый день. У меня нет доклада в полном смысле этого слова, я приготовил некоторые тезисы именно для обсуждения. Я хотел бы сказать следующие вещи. Первое, откликаясь на выступление господина Гришанкова. Мне кажется (да и писали у нас об этом неоднократно), что у нас существует несколько уровней деформации уголовного закона и того, что мы называем борьбой с преступностью, которые можно разделить по критерию укорененности и возможности воздействия на эти уровни. Первое — уровень дисциплины. Это можно сделать достаточно легко. Почему это не делается — трудно сказать, здесь это обсуждать невозможно. Эта дисциплина касается и приговоров, о которых вы говорили, она касается и... я не буду употреблять ни-

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 92

каких выражений, поскольку стараюсь быть деполитизированным человеком... она касается и практики правотворчества, которая в настоящее время сложилась по уголовному праву. У нас в уголовный закон вносятся поправки, как в плохую курсовую работу — в один день несколько законопроектов, за несколько последних дней августа был изменен Уголовный кодекс неоднократно.

Надо все-таки понимать, что население, кем бы мы его ни считали, прекрасно понимает, что если закон меняют ежедневно, просто так, потому что это кому-то пришло в голову в данный момент, то это просто является проявлением определенной недисциплинированности. Там могут быть и другие проблемы, которые на это влияют, я просто говорю, что, в принципе, это недисциплинированность. Почему я выделяю такую вещь? Мы тут вспоминали различные советские времена, когда-то была большая дискуссия между юристами — специалистами в области уголовного права, левыми и коммунистами или просто коммунистами и буржуазными теоретиками, про которых все думали, что в любой момент можно с ними расправиться надлежащим образом. Власть же, которая тогда существовала, выбрала, между прочим, правых теоретиков. Они остались живы, как ни странно, а вот левые теоретики, коммунисты, люди, участвовавшие в революции, Крыленко, другие, оказались отброшенными, просто потому, что любая власть, какой бы она ни была, демократическая, авторитарная, тоталитарная, какая угодно, это власть стремится к тому, чтобы была определенная степень централизации и, соответственно, определенная степень дисциплины в рамках законности. Если вы каждый день меняете Уголовный кодекс, то ничего из этого хорошего быть не может.

Вторая проблема, второй уровень укорененности — это проблема политической укорененности. Уголовный закон в том виде, в каком он существует, и в любом виде — это есть, собственно говоря, фиксация распределения полномочий, фиксация распределения политических возможностей. Вы это прекрасно знаете гораздо лучше меня. И поэтому менять уголовный закон, сколько бы мы не говорили... У меня есть такой опыт: потом нам сообщают, чье мнение есть по данному вопросу, и проблема решается соответствующим образом. А мнение по данному вопросу может быть на первом уровне, то есть просто потому, что это в голову ударило не так, как нужно, и на втором уровне, потому что действительно решаются определенные политические проблемы, даже политизированные проблемы, а не политические.

Третий уровень — это, конечно, то, что действительно порождает экономика. А экономика порождает и при хорошем законе преступления. Это естественно, об этом уже написана тысяча всяких книжек, и я на этом останавливаться не буду. Хотя есть движения, конечно, за отмену уголовного закона, в принципе. Книжек, которые написаны по этому поводу, мало, они затрепанные, но они существуют на белом свете.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 93

И четвертое, собственно говоря, то, что деформация уголовного закона уже происходит в процессе создания текстов уголовного закона. Поэтому (я в тезисах своих об этом не писал, мне показалось, что сейчас есть смысл об этом сказать) я предлагаю: такие вещи мы должны достаточно четко разделить. Здесь присутствуют представители всех социальных и политических страт, давайте договоримся таким образом: чего на самом деле хочет наше государство? Это раз. Власть! Государство — это плохое слово. Чего хочет политическая власть в действительности? Это первое. Второе — что она разрешит сделать? Это создаст определенный уровень поля возможностей, в которых можно будет функционировать. Можно написать какое угодно уголовное законодательство, вы все равно на этом уровне... если мои слова кого-то удивили или возмутили... на этом уровне мы все равно не преодолеем политические течения. Это не наша проблема. Это надо понимать. Существуют, если угодно, три уровня, или три этапа, создания уголовного закона и любого другого закона. Этап политический, когда политическая власть в борьбе между собой, в различных столкновениях решает, кто будет командовать и что этот командир захочет. Это всегда так было, всегда так развивается общество. Вторая проблема связана с тем, что нужно принять какие-то правовые решения. Чего мы хотим на самом деле?

Вот я могу сказать — у нас сейчас есть следующее положение, соответственно, по экономическим преступлениям. Уровень судимости, он невысок сравнительно. Если начинать искать по 22-й главе, этих приговоров обвинительных немного. Какие здесь есть сбои, как я считаю? Первое — приговоры судов непредсказуемы, это вы прекрасно знаете. То, что вы говорили, — это так и есть. Второе — власть правоприменительная переместилась из судов в правоохранительные органы, в полицию, в милицию и так далее и так далее. Не надо было ФСБ пускать в экономические преступления, тогда бы у нас была хотя бы одна такая совершенно чистая экономически структура. Если у нас статистически количество приговоров, условно скажем, 100, то количество возбужденных уголовных дел и так называемых регистрированных преступлений будет не 100, а 200, 300. Получилась вот такая перевернутая пирамидка — на пути от доследственной проверки к постановлению обвинительного приговора. Впрочем, достаточно уже, и все это тоже знают. Я ничего нового не говорю. Достаточно. Можно человека дальше и не держать 18 лет. Дальше — это как про Марию Ивановну, которая Брамса заказывает. Это изыски просто. Вполне достаточно, чтобы спел кто-нибудь другой, и у него бизнес уйдет, все уйдет и так далее и так далее.

Таким образом, есть такие две проблемы. Первая проблема связана с тем, что переместилась компетенция. Вторая проблема связана с тем, что в настоящее время это уже следствие первой проблемы. Поскольку переместилась компетенция, перемещается (и между прочим, это очень опасно, в принци-

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 94

пе), изменяется характер политической власти. Происходит та же самая история. Политическая власть от законодателя уходит, она уходит даже от исполнительных структур, бизнес, конечно, затыкается как следует и не выполняет свои функции, которые он должен иметь. Такой тихий, экономический, консалтинговый, что ли, если угодно, чтобы не говорили об оппозиции. Власть концентрируется в руках правоохранительной системы, а правоохранительная система никогда, как тоже известно, хорошо никого защищать не будет. Она рассыплется, как только произойдет что-нибудь неприятное.

В связи с этим у меня есть серия предложений, которые я как раз записал в тезисы. Мы должны понимать, что экономические преступления есть, мы должны понимать, что везде существует уголовное законодательство об экономических преступлениях, мы должны понимать, что составов экономических преступлений, например, в Соединенных Штатах или в Германии, запретов уголовно-правовых куда больше, чем у нас, гораздо больше. Но мы должны понимать, что от уголовного закона и от текста уголовного закона зависит отнюдь не все. Поэтому что нам надо делать? Если это возможно — исходить из того, что нельзя менять вот так уголовный закон, чтобы мы сейчас дали предложение и в этом предложении что-то было написано. Все-таки уголовный закон есть (хотя я сам против системности в прошлый раз выступал), но в известной степени это, конечно, вещь системная в определенном смысле. И кроме того, я прошу прощения, если сбивчиво говорю. Значит, если мы отменим одну статью... мы сейчас, скажем, можем отменить 171-ю статью, предположим, «Незаконное предпринимательство», и не кусочком, как вы это сделали, а мы можем отменять эту статью полностью. Или можем изменить 169-ю. Замечательно — отменим 169-ю, будут возбуждать 285-ю, потому что на самом деле у нас сейчас возникла (это надо иметь в виду) группа специфических, специальных должностных преступлений, которые являются более мягкими, чем общие должностные преступления. И если не будет этих составов, возбуждать все равно будут. Без изменений контекстных возбуждать будут по более жестким статьям.

Далее. Сейчас необходимо действительно договориться о том, чего мы хотим — криминализацию, декриминализацию, изменение, оптимизацию уголовного закона? Создайте, бога ради, несколько групп. Распределите хотя бы таким образом, закажите хоть по тендеру кому-нибудь, чтобы предлагали в самом деле созданные, целостные главы об экономических преступлениях.

Второе — необходимо то же самое сделать с Общей частью уголовного права. Я знаю, кто это написал... Вот мы сейчас сидим и удивляемся, что 18 лет. Я знаю, кто это предлагал, между прочим, кричал, разрывался, когда предлагал. Это же делается одним простым техническим приемом. Совокупность преступлений рассчитывается теперь не так, как она рассчитывалась при советской власти. Раньше у нас если классифицировали идеальную совокупность,

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 95

то наказание назначалось по самому жесткому преступлению. За 10 лет выйти не могли. Страдали изо всех сил наши юристы, бедные. Я их перед глазами вижу, и толстых и тощих. И кто они есть... Вон Генри Резник улыбается, Генри Маркович, он знает примерно, о ком я говорю.

РЕЗНИК Г.М.: Я не был среди них. Я наблюдал...

ЖАЛИНСКИЙ А.Э.: Ты не был, да, я знаю. Наблюдал. Да, боялись, а теперь, между прочим, ничего уже вы не можете отменить, потому что это все равно как с пенсиями — увеличили, а отменить нельзя. Ничего не получается. Получается теперь так: идеальная совокупность. А идеальная совокупность — любой следователь напишет столько статей, сколько сможет. Вы знаете почему. Потому что будут возвращать на доследование или еще что-нибудь. Сейчас немножко не так, как раньше, но все равно будут неприятности. И если он записал все, он полностью в шоколаде, в полном порядке. Я сам так делал, когда работал, и всегда все статьи писал, но дело в том, что это получается... Вот немецкое, скажем, уголовное законодательство, там та же самая идеальная совокупность. Та же самая совокупность реальная. Но, как у нас было раньше, наказания назначаются... Мы себе просто плохо представляем, может быть, извините за фразу, экономисты плохо представляют, как от одного росчерка пера, от одной уголовно-правовой конструкции, которая идет на правовом популизме, на глупости обыкновенной, может резко пойти вверх наказуемость деяния, но только заказная, потому что в среднем, как бы вы ни меняли уголовный закон, среднее наказание все равно идет в средней санкции, они назначаются все равно примерно одинаково. Это было при советской власти, это назначается сейчас, это можно посмотреть на самом деле.

Я хочу сказать следующее, чтобы закончить: давайте, если хотите делать, пусть кто-нибудь найдется, кто возьмет на себя инициативу. Нужны, действительно, инновации, нужна модернизация уголовного закона. Эта модернизация уголовного закона должна охватывать уголовно-правовые запреты, то есть Особенную, Общую часть Уголовного кодекса. Что касается идеальной совокупности — это только пример, идиотизм, которого нигде нет. Связан он с организованной преступностью так называемой, кто бы ее ни любил, потому что вот эту организованную группу мы суем всюду. Сейчас, правда, она полезла немножко не так, сейчас политически это будет плохо защищать. Потому что некий товарищ начал объяснять, что коллектив — это не есть организованная преступная группа. На самом деле это и так известно было раньше. Это злоупотребление.

Второе — у нас очень плохо то, что применяется сильное наказание, связанное с рецидивом. И простейшая вещь, я прошу прощения, а то меня ругать будут, за то, что такие вещи говорю. Смотрите, простая вещь, у нас по статье 15 Уголовного кодекса есть категории преступлений. У нас определяются критерии категорий преступления, это максимум наказания — до двух лет, до

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 96

пяти лет и так далее. В немецком уголовном праве есть две категории преступлений — преступления и проступки. Значит, преступлением является только то, за что суд должен назначать не менее одного года лишения свободы или двух, я сейчас боюсь ошибиться. То есть не менее, идет понижение границы.

Что это означает? Если мы представим себе, что есть деяния, есть наказания, от деяния к наказанию идут такие линии, которые воздействуют на это наказание и увеличивают его, то наш уголовный закон построен крайне агрессивно, крайне репрессивно. Это надо посмотреть. Он крайне репрессивен по сравнению с остальными европейскими законодательными актами. Поэтому, и отчасти еще по многим причинам, получается, что мы стоим на первом месте вместе с Соединенными Штатами Америки по количеству сидельцев на один миллион. На втором месте группой идут бывшие страны социалистические, и на третьем месте идут нормальные капиталистические страны, у которых этот уровень значительно меньше, чем у нас. У Китайской Народной Республики закрытая статистика... Я там четыре раза был за последнее время. У них просто статистика закрыта, и мы ничего не можем сказать.

Вот поэтому давайте не будем спешить. Давайте заключим соглашение, что уровень преступности, уровень сидельцев нужно сбить до 200 тысяч человек. Почему до 200 тысяч? Это легко можно проверить. Возьмите 105-ю статью, возьмите изнасилование, 131-ю, возьмите еще несколько таких статей, которые вы считаете нужным, и договоритесь таким образом. Очень легко сделать — и постановлением пленума, и письмом прокурора и так далее и так далее. Граждане быстро поймут, что надо делать. У нас как раз в этом отношении все хорошо. Создайте лаг времени для того, чтобы работать вот так. Давайте рассматривать вот эти вещи. Дайте исходное положение, а на основании этих исходных положений, имея в виду необходимость уменьшения наказания и дифференциацию наказания, юристы смогут разработать действительно реальные вещи. Но только это все сложно, потому что надо с учетом таких вот пересечений, потому что, если мы отменим одну статью, это дело полезет по другой статье. Граждане найдут что делать. Извините, я тут еще кое-что написал, но я это произносить не буду, эти тезисы есть.

ЖУЙКОВ В.М.: Ваш материал всем роздан, так что, пожалуйста...

ГРИШАНКОВ М.И.: Спасибо, Альфред Эрнестович, за вашу позицию. Во многом соглашусь, но в нескольких моментах хотел бы дать свой комментарий. Первое — однозначно дисциплина. То есть если бы каждый выполнял все, что положено, то мы не обсуждали бы многие вопросы. Здесь трудно с этим не согласиться. Но я бы поспорил с вами в отношении тезиса «Что нам разрешит сделать власть?». Насколько вы зависите от власти? Да ни насколько. Вы прожили колоссальную жизнь, у вас фантастический опыт, вы никак не зависите от власти. Вам-то что спрашивать у власти? Вы правы только в том, что мы можем высказывать любые предложения и можем уткнуться. Но

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 97

если мы их не будем высказывать, мы не получим никакого результата. Вот это тоже совершенно очевидно.

Я готов с вами поспорить по поводу того, надо или не надо менять Уголовный кодекс. Конечно, радикально, все, каждодневно, наверное, менять не стоит. Но, когда мы видим правоприменительную практику, мы же с вами говорим о технологии, и говорим о том, чтобы разрушить технологию, которая существует у правоохраны. Статья 174.1 совершенно очевидно применялась по предпринимателям налево и направо. И пресловутое дело, которое в Таганроге (то есть когда человек — инноватор), судья вынес оправдательный приговор на нижнем уровне. Судья обратился потом к обвиняемому: слушай, помоги мне, я знаю, что я вынес справедливый приговор, но меня сейчас затрамбовывают — я употребляю сейчас опять сленг. И вместе с Назаровым, вопреки закону, честно скажу, я не имел право это делать, но я написал в областной суд Ростовский, где мне сказали, что ситуация на контроле, президент говорит — одни, вторые и третьи. Мы с вами, опять же, говорим, что мы должны изменить технологию и при этом менять как-то правосознание.

Поэтому, говоря об Уголовном кодексе, — надо корректировать! Статью 174.1 чуть-чуть подкорректировали, и надо смотреть, что дальше? Для этого мы все здесь и собираемся. И завершая свое выступление, хочу сказать, что главное — понять, чего мы хотим, то есть выбрать несколько ключевых направлений, и это должны в том числе и вы обозначить для нас, для депутатов. Я вашу позицию слышу, и я переговорю и с Крашенинниковым, и с другими коллегами из ведущих комитетов. Я переговорю и отвечу вам на следующем заседании. Отвечу за их позицию, то есть примут они решение или нет. Но, опять же, если они не сделают, я готов на своей площадке организовывать некую рабочую группу для того, чтобы дальше реализовывать.

И хочу вернуться к следующему. Опять же к тому, разрешит власть или нет. Конечно, если мы не будем задавать вопросы, мы не получим ответы. Но при всем том еще одна мысль, которая была в ходе вашего выступления: знаете, ведь в 1937 году все тоже исполняли закон. То есть совершенно четко — был закон, его исполняли. И объяснение для любого правоохранителя было следующее — у нас же закон. Вы знаете, что самое удивительное было в то время? Вот если взять журнал «Власть», они в каждом номере на последней странице пишут о том, что было 70 лет назад, 60, 50 лет назад. Вы знаете, чему я удивлен? Расписывают про репрессии и при этом приводят письма прокуроров, одних, вторых, которые пишут: «Слушайте, что мы делаем? В ЦК партии пишут, с мест пишут и говорят — у нас репрессии, мы теряем людей, некому работать». То есть люди хотя бы в рамках властной структуры задавали вопросы первым руководителям. Что происходит на сегодняшний день? Я могу сказать — я не слышу этих вопросов. Вот это является проблемой. То есть в рамках того, что я могу, я вам ответственно заявляю — я пытаюсь сделать, но все

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 98

сидят и ждут. Вот это, наверное, проблема, что несколько человек определяют всю политику, и все сидят и смотрят — ну, что же сегодня придумают? Давайте формировать сами повестку дня. Вот к этому я хочу призвать. Спасибо большое, я открыт для работы.

НОВИКОВА Е.В.: Спасибо, что вы к нам пришли. Маленький вопрос, Михаил Игнатьевич, возможно ли будет опираться на поддержку Госдумы в проведении публичных слушаний проекта нашей концепции? Это и будет, собственно, наш совместный практический результат. Да, поставить вопрос, чтобы мы провели вместе это мероприятие.

ГРИШАНКОВ М.И.: Знаете, что я могу гарантировать — что я переговорю с Плигиным Владимиром Николаевичем, и давайте обсудим. Надо посмотреть, какая повестка, нет ли у нас уже на сегодняшний день каких-то парламентских слушаний по Уголовному кодексу. Но они могут быть. То есть эту идею нужно высказать, сформулировать. Давайте мне просто какой-то документ. Вы знаете, сама по себе концепция, если обсуждать научный трактат, что надо декриминализировать ряд составов, просто как некую доктрину можно обсуждать. Если можно, сформулируйте мне какое-нибудь предложение, чтобы я мог что-то, не только свои эмоции и свои представления, но и ваш документ предложить для дискуссии.

ЖУЙКОВ В.М.: Хорошо, спасибо, Генри Маркович, пожалуйста.

РЕЗНИК Г.М.: Я солидарен со многим, что сказал Альфред Эрнестович, но оттолкнуться хочу от этой части — что сделано? — и кратко прокомментировать. То, что сделано, вызывает у меня чувство отчаяния, потому что те изменения, которые мы, безусловно, все приветствуем в УК и УПК и которые сейчас внесены, — это обвинительный приговор нашему судейскому корпусу и нашим правоохранительным органам.

Вот иллюстрация. Сейчас мы говорим — как хорошо! Внесли в статью 108 УПК ограничения — нельзя предварительное заключение применять к лицам, которые осуждаются за налоговое преступление. Значит, сейчас уже дальше пошли, экономические... Вообще, с точки зрения канонов уголовного процесса это малость некорректно. Я возвращаюсь к той формулировке, которая была в 2002 году, когда мы писали закон. Смотрите, формула какая: предварительное заключение как мера пресечения применяется при невозможности применить другую меру пресечения. Что нужно еще для того, чтобы наши суды применяли предварительно заключение? Вот в этом смысле, конституционно-правовом, процессуально-правовом, который заложен. Что мы получали? Мы получали 92% удовлетворенных ходатайств, с которыми следователи шли в суд, и мы получали 98% продления сроков содержания под стражей, вопреки стандартам Европейского суда. Внесли в статью 108-ю сейчас изменение, что ни в коем случае нельзя рассматривать как обстоятельство, на которое можно ссылаться, оперативную справку о том, что человек скроется, ес-

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 99

ли не брать меры пресечения, то кошмар наступит. Но проверить это невозможно, поскольку указывалось особо цинично, что мы-де не можем представить вот эти конкретные данные по той причине, что сведения носят негласный характер.

Значит, 89-я статья есть в УПК, которая запрещает принимать оперативные данные. Категорический запрет! Она работала? Она не работала. Наши суды изобрели формулировки совершенно фантастические о том, что при избрании меры пресечения в заседаниях вообще, оказывается, нет оценки доказательств. Там просто доказательств нет. И в то же время формулировки, что представленным справкам у суда нет оснований не доверять.

Значит, сейчас ситуация такая: для наших правоохранителей посадка предпринимателей, возбуждение уголовных дел в отношении бизнесменов — это свой бизнес определенный, и это явный абсолютный шкурный интерес. А для вышестоящих — они должны иметь возможность в конкретных случаях с помощью уголовного закона управлять страной. Вот это ситуация, а суд, судейский корпус — у нас он вообще никаких препятствий абсолютно не сооружает на этом пути. Абсолютно никаких! Поэтому то, что сказал Альфред Эрнестович о том, что у нас реально сместилось все в принятии решений в правоохранительную структуру, это абсолютная правда.

Что с этим делать? Вы понимаете, что получается? Получается очень интересная ситуация. Почему я сказал как раз, что это обвинительный приговор судейской системе? Вот если будут вноситься такие изменения — это значит, видимо, у нравственного законодателя, скажем, или у президента, который хочет действительно хорошего... На что это направлено? Вообще устранить правоприменителей. Вот не дать возможности никакого маневра абсолютно. Потому что если появляется возможность какая-то для маневра, то она, соответственно, используется в сторону принятия репрессивных решений. Дорогие мои, это же невозможно просто. Есть же каноны определенные, понимаете, уголовно-правовые, уголовно-процессуальные, есть принцип индивидуализации наказания. Нам что, определенные санкции вводить? В уголовном процессе, естественно, альтернативные меры пресечения, не уйти от понятия обоснованности, законности и оценочных понятий. Значит, в ситуации, когда у нас судейский корпус фактически сейчас состоит из перепуганных кроликов, у нас же все превращается в противоположность.

Я могу сказать, что, поставленные в нормальные условия, большинство судей будут действовать абсолютно нормально, в соответствии с законом. Но ситуация такая, что они боятся просто выносить обоснованные решения, и это... Здесь сидит (мы давно знакомы) представитель Генеральной прокуратуры — можем поздравить Генеральную прокуратуру, и себя, и Следственный комитет с колоссальным успехом. С бóльшим успехом, между прочим, чем был при советской власти. Тогда на основании нормы закона одни и те же за-

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 100

дачи ставились перед оперативниками, следователями, прокурорами и судьями, потому что в законе было записано. Все они возбуждают дела, раскрывают преступления, изобличают виновных. Сейчас у нас разделение властей. О какой власти сейчас, извините меня, можно говорить? Поэтому, какие бы изменения в законы ни вносились (хотя, безусловно, то, что внесено, наверное, всеми нами приветствуется), без кардинального изменения ситуации в правоприменении, без действительного появления независимой судебной власти в стране все обречено.

И последнее, вы знаете, такое спорное, вернее, предпоследнее. Я считаю, что абсолютно преувеличены вот эти представления об абсолютной репрессивности сознания нашего населения. Я убежден, что очень многие дела о предпринимателях, которые рассматриваются в профессиональных судах, разваливались бы в судах присяжных. Глубоко убежден. Я просто провожу аналогию, потому что все конструкции вот эти сложные юридические. Вот очень интересно сказал докладчик, господин Субботин, что «когда предприниматель виновен перед законом, надо изменить закон». Дело в том, что виновность формальная перед законом не означает виновности в том понимании, какую устанавливают в суде присяжных. Я писал предисловие к речам выдающегося адвоката Андреевского. Прочитал внимательно все речи, там были защитительные речи по экономическим преступлениям. Вот он произносил их в суде присяжных и произносил в судах профессиональных с участием сословных представителей. Разница была такая: в суде присяжных присяжные постановляли оправдательный вердикт. Почему? Потому что там не было никакой вины, там был обоснованный риск, когда банкиры, предприниматели предпринимали меры для того, чтобы вывести из провала организацию, формально нарушая определенные требования. И в профессиональном суде — обвинительный вердикт. И Андреевский в одной из речей сказал так: «Я понимаю, глядя на вас, что я ничего не могу сделать, потому что вам нужно ссылаться на конкретную норму, и я думаю, что ты ни говори себе, но норма нарушена». То есть расширение подсудности судов присяжных просто необходимо.

И последнее, очень короткое предложение. Что сейчас происходит? Правильно совершенно говорили, что удаляется возможность привлечь к уголовной ответственности за преступление менее опасное, тут же появляется преступление более тяжкое. Что у нас сейчас на практике? Действительно, 171-я статья в основном, конечно, радостна для наших правоохранителей для выбивания денег. Но в общем для посадки ее бывает часто недостаточно. Этот разрыв колоссальный между возбуждением дел по 171-й и тем, что оказывается в суде. У меня совершенно конкретное предложение. Вот есть 201-я статья — злоупотребление полномочиями управленческими в коммерческих или иных организациях. Дела эти возбуждаются, если причиняется ущерб только самой

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 101

организации, только по заявлению руководителя и с согласия самой организации. Вот у меня предложение такое, что по мошенничеству и по присвоению, если только ущерб причиняется. Организация голосит: «Да никакого ущерба нет!» Нет, у нас же в УПК сейчас гражданский истец — это по выбору: хочет — идет, хочет — не идет. У нас же потерпевшие. И притягивают за уши потерпевших, которые говорят: «Нам никакого вреда не причинено». Я предлагаю внести в УК такое изменение, что по обвинению в мошенничестве и присвоении, когда вред причиняется только данной организации, либо контрагенту в сделке возбуждать дело только по заявлению самой организации. О многом хотелось сказать, но спасибо за терпение.

ЖУЙКОВ В.М.: Спасибо.

ЮРЬЕВ Е.Л.: Как по-вашему, возможен ли особый порядок производства по уголовным делам в отношении предпринимателей, то есть возбуждение уголовных дел с разрешения следственного органа или прокурора? Это будет работать?

РЕЗНИК Г.М.: Во-первых, отдельный кодекс уголовный для предпринимателей принимать, конечно, нельзя. Кодекс один, и если это преступление, то это должно рассматриваться по определенной судебной процедуре. В свое время вообще была норма, что только с согласия прокурора возбуждались уголовные дела. Может быть. Я не знаю, но как-то я не готов так отстаивать это, чтобы ввести предпринимателей в число спецсубъектов. Обязательно, чтобы адвокат, следователи, прокуроры и депутаты.

ЖАЛИНСКИЙ А.Э.: Я просто в порядке справки. Например, в Федеративной Республике Германии в соответствии со статьей 74 «д» Закона о правосудии все дела об экономических преступлениях расследуются только прокуратурой. Следователей вообще нет в нашем понимании, только прокуратурой рассматриваются и впоследствии только специальными судебными процессиями, в которых участвуют три профессиональных судьи и два шеффена, пять человек. Критерий состоит в том, что дела об экономических преступлениях — это те дела, в которых требуются особые профессиональные знания.

А что касается Уголовного кодекса об экономических преступлениях... Есть Польша — у них так. Немцы, правда, сейчас пытаются что-то сделать, у них огромное так называемое дополнительное законодательство, то есть огромное количество экономических преступлений находится вне действующего Уголовного кодекса. Они вот сейчас потихоньку пытаются его туда втянуть, вроде бы объединить это законодательство. Но тем не менее и сейчас основная часть идет не там. И специальные органы рассматривают это. Да, я специально это предлагал, когда-то писал об этом и говорил об этом.

НЕ ОПОЗНАНО: Но это вне уголовного закона?

ЖАЛИНСКИЙ А.Э.: Нет, почему? Это уголовный закон, самый обыкновенный. Ну, например, если вот по 74 «д», там идет мошенничество, о котором

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 102

ты говоришь, причем это золотое предложение с твоей стороны. Потом опять же по немецкому законодательству четыре или пять составов мошенничества. Причем профессиональные — это мошенничество, кредитное мошенничество, я сейчас не буду все перечислять. Я об этом законе даже писать никогда в жизни не хотел, потому что, если у нас его ввести, мы пересажаем друг друга за два дня. По нему, кстати, обвинительный приговор и канцлер Коль получил. Нам его просто нельзя применять. Еще целый ряд норм законодательства по банкротству, которые рассматриваются только специальными процессами в судах.

РЕЗНИК Г.М.: Ведь у нас же в этой главе преступления в сфере экономики объединены. И даже в одной статье. То же самое мошенничество, которое имеет отношение, собственно, к экономике и к экономике никакого отношения не имеет. Или кража личной собственности — собственность гражданина, которая не имеет никакого отношения к предпринимательской деятельности. У него похитили, да? Или просто кража, грабеж, разбой или мошенничество. И есть в сфере той деятельности, которая у нас называется экономической, с точки зрения Гражданского кодекса, с точки зрения практики арбитражных судов. Вот в связи с этим идея судов арбитражных, которые стремятся к расширению своей подведомственности. Можно им передать, чтобы они эти уголовные дела рассматривали? Я полушутя-полусерьезно предлагал. Они постоянно стремятся расширить свои полномочия. Вот можно им передать. Но это я говорю полушутя-полусерьезно, а если говорить не об отдельном уголовном кодексе, конечно, это случай неперспективный, это противоречит просто устройству нашей системы, это невозможно, это уже отдельный процессуальный кодекс. Но все же надо разграничить эти составы в этой главе. Раньше-то было как, в советские времена: состав преступления против личной собственности и состав преступления против социалистической собственности. А теперь это невозможно, потому что все формы собственности защищаются равным образом по Конституции. И поэтому взяли просто объединили в одну. Те же самые статьи в наименованиях переписали и объединили, только санкции изменились. А вот их бы разграничить в сфере предпринимательской деятельности, потому что там особенностей действительно очень много. И в диспозиции, и, конечно, санкции должны быть другими.

ЖУЙКОВ В.М.: Пожалуйста.

РАХМИЛОВИЧ А.В.: Хочу сказать два слова. Дело в том, что в новом законе, который был принят и подписан на днях, проведена идея такой селекции. Написано в части 1.1 статьи 108-й УПК: «Заменить словами "статьями 159, 160, 165, если эти преступления совершены в сфере предпринимательской деятельности"». Я хочу сказать, что законодатель уже сделал первый маленький шаг. Он же стал разделять одни и те же преступления, совершенные в сфере предпринимательской деятельности и иной экономической. Это пер-

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 103

вый шаг в том направлении, о котором мы говорим и в котором хотим двигаться.

ЖУЙКОВ В.М.: Это право, да? Поскольку у нас идея была сначала обсудить экономическую часть вопроса. Пожалуйста, Афонцев Сергей Александрович.

АФОНЦЕВ С. А.: Спасибо большое. Я хотел бы немного вернуться к тому, что говорил Михаил Александрович, и после конкретных предложений юриста опять немножко влить экономического цинизма. Я разовью те идеи, о которых сказал Михаил Александрович, и, может быть, добавлю в том плане, что на самом деле, судя по реакции окружающих, многие высказанные идеи были восприняты как нетривиальные и, может быть, достаточно радикальные. На самом деле в экономических исследованиях по тематике «экономика и право» есть и гораздо более радикальные варианты, которые подтверждаются результатами многолетнего исследования. Есть три важные темы, которые напрямую касаются нашего предмета. Это уровень принуждения к исполнению норм, инструменты к принуждению исполнения норм и информационная функция самого нарушения норм.

Первый вопрос связан с тем, какой уровень принуждения нужен. Есть норма, есть люди, которые ее нарушают, что с ними делать и для чего? В экономическом подходе принята такая аксиома, связанная с тем, что мы достигаем некоего баланса в сфере принуждения к исполнению нормы, связанной с тем, что у нас предельный выигрыш принуждения к исполнению должен быть равен предельным издержкам. Бессмысленно настаивать на исполнении нормы, если принуждение к ее исполнению приносит больше издержек, чем выгод. То есть мы можем настаивать на том, чтобы вообще не было уклонения от налогов, но тогда мы должны согласиться с тем, что наш ВВП упадет раз в пять. Потому что мы просто будем подавлять всех, кто мало-мальски отклоняется, пытается уклониться и невольно нарушает все эти инструкции и законы. Мы можем сократить уровень, но только методом подавления и изничтожения значительной части экономической активности. Всегда, когда мы максимизируем экономический эффект, мы должны понять — ужесточение принуждения, оно даст полезный эффект, даст приращение ВВП или нет? Если нет, то тогда, может быть, нужно и отказаться от этого и искать другие моменты. Я пока сейчас не говорю об отмене норм, это я скажу под конец. В любом случае мы говорим о том, что необходимо балансирование выгод и издержек в применении норм. Если издержки превышают выгоды, то дальнейшее настаивание на применении этой нормы в виде ужесточения не нужно.

Второй момент очень важный — касательно инструмента принуждения, и вот здесь мы выходим на вопрос, связанный с тем, уголовное это преследование или административное, посадки или штрафы. Общий вывод всех исследований, которые проводились, связан с тем, что за правонарушения, совер-

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 104

шенные лицами, занимающимися экономической деятельностью, оптимально наказывать с помощью принуждения этих людей к возмещению ущерба. Недоплатил налоги — возмести, заплати штраф. Построил финансовую пирамиду — возмести ущерб, если не можешь, это обременение тебе на будущие годы: зарабатывай, уплачивай штраф в счет недоплаченных платежей. Хитрый вопрос возникает с чиновниками: а как у них? Он выдал неправильно лицензию, кто-то заработал большие деньги, чиновник получил взятку. Формально-то он нанес ущерб в миллиард долларов, он не может возместить реально. Действует правило такое — обременение в счет будущих налогов, чтоб человек понимал, что он будет платить за это всю жизнь.

А вторая вещь очень важная — это запрет на профессию. Этот инструмент присутствует у нас, но, к сожалению, он применяется ровно так, как господа юристы говорят: «Четыре года условно за ущерб, превышающий региональный продукт среднего субъекта Российской Федерации». В данном случае речь идет о том, что одному чиновнику запрещают занимать соответствующую должность за тяжелые преступления, может быть, даже и пожизненно. Соответственно, человек, который смотрит на такого рода вещи, понимает, что он не сядет, он может откупиться. В данном случае ему даже не надо откупаться, посадки не будет. Но он просто лишает себя будущих доходов. По крайней мере, те исследования, которые существуют, показывают, что это достаточно мощный стимул. Потому что если вы просто откупились от посадки, через два года заняли тот же самый пост или более высокий, то вы отбили свой откупной платеж в несколько раз. Эффективность посадок, экономическая эффективность посадок резко отрицательна, потому что на самом деле это опять-таки циничный подход экономиста. Когда мы сажаем в тюрьму и лишаем возможности заниматься напрямую своей профессиональной деятельностью человека, который способен к предпринимательской деятельности или вообще к высокопрофессиональной деятельности, мы просто вычеркиваем из ВВП страны его продукт за время отсидки. Может быть, он сколотит там какие-то ящики или сошьет десяток роб. Но это то, что не идет ни в какое сравнение с тем вкладом, который он мог бы внести в ВВП страны. А его наказание — это лишение будущих доходов. В этой связи я всячески поддерживаю мысль, что в экономических преступлениях уголовного преследования не нужно. Не нужно никого сажать вообще. Нанес ущерб — плати, не можешь платить — будешь платить из будущих доходов. Сажать предпринимателей — это экономический нонсенс. Это не нужно никому.

И третья вещь, последняя, очень важная. На самом деле на что экономисты обращают внимание — информационная функция санкций. Если мы говорим об информационных функциях санкций, то тем более мы должны говорить об информационной функции деяния, за которое накладываются санк-

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 105

ции. Если мы видим, что некая норма, которая не имеет статуса абсолютного морального детерминатива — допустим, норма, связанная с нарушением правил проезда, с безбилетным проездом. Я не говорю о норме за изнасилование, за убийство — не знаю за что.

То есть существуют вещи, которые имеют моральный детерминатив, который не обсуждается, есть вещи, которые детерминируются только интересом: кто-то потерял деньги за счет того, что кто-то прошел без билета. Если мы наблюдаем массовое нарушение соответствующей нормы, то мы должны смотреть не на людей, которые нарушают эту норму, а на норму как таковую, потому что, если много людей нарушают эту норму, первое, что экономист заподозрит, — это то, что она нарушает экономическую логику. И как правило, когда мы начинаем рассматривать нормы с этой точки зрения, мы сразу понимаем, что в большинстве случаев так и есть.

Классический пример — налоги. Подоходный налог — «давайте вернемся к прогрессивной шкале, давайте наказывать тех, кто уклоняется». Опять-таки наказание разное, в зависимости от того, насколько уклонился. Историки это проделывали — если посмотреть в России все попытки в XX веке каким-то образом связать налогообложение с уровнем доходов, получаемым физическими лицами, то реально работающие ставки колеблются от 12 до 15%. Если вы выходите за этот предел, люди воспринимают это как сигнал к нарушению нормы. У некоторых юристов, может быть, возникнет сигнал о том, что норма-то есть, значит, того, кто ее нарушает, нужно в любом случае сажать в тюрьму. С точки зрения экономиста, это некий сигнал о том, что если мы будем повышать уровень обременений, то у нас либо растет non-compliance (несоблюдение нормы), либо мы возвращаемся к первой проблеме, что мы, для того чтобы обеспечивать compliance, должны давить экономических субъектов и резать наш ВВП. Соответственно, там, где речь идет не о морально-нравственных детерминативах, а об экономической эффективности, мы должны смотреть на то, что реально люди готовы выполнять при данном уровне правовой культуры, экономического развития и при входящих обстоятельствах, связанных с экономическими условиями, конъюнктурой, и так далее. Если люди в массовом порядке прыгают через турникеты и готовы попасть под электричку, нежели заплатить штраф, то это означает, что не нужно ужесточать штрафы и ставить больше контролеров, а нужно снизить плату за проезд. Спасибо большое. Вот это взгляд экономиста.

ЖУЙКОВ В.М.: Спасибо вам. Как я понял, самое кардинальное предложение у вас — вообще убрать уголовную ответственность за преступления в сфере экономической деятельности и заменить ее гражданской, да?

АФОНЦЕВ С.А.: Я не юрист, я понимаю, что здесь могут быть составы, которые действительно сложны и тяжелы. И может быть, какие-то вещи нужно оставлять. Но для большинства составов я бы предложил в принципе устра-

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 106

нить как таковое уголовное преследование и как минимум устранить санкции в виде лишения свободы. Спасибо.

ЖУЙКОВ В.М.: Спасибо. Представьтесь, пожалуйста.

АСТАНИН В.В.: Астанин, проректор Российской правовой академии Министерства юстиции Российской Федерации, доктор юридических наук. Здесь уже стало заметно в контексте выступлений, иногда в крайность бросаются, вплоть до отмены. Хотел бы на эту тему немного высказаться. Когда звучал основной доклад господина Субботина, то там один был тезис, который в презентации был представлен. Я сейчас не могу его повторить дословно, но смысл был в том, что гражданско-правовые подходы, цивилистические в регулировании предпринимательской деятельности подменяются уголовно-правовыми подходами. Может быть, это и так и мы это наблюдаем, но это не всегда так. И я хочу сказать, что уголовное законодательство тоже ведь страдает от несбалансированности норм, от внутренних противоречий и от противоречий, которые оно имеет с другими отраслями законодательства.

Я вам приведу конкретные примеры. У меня уже на десятилетия срок пошел, я специализируюсь на вопросах противодействия коррупции во всех формах и видах деятельности, и в теории, и на практике, и в образовательном, и в учебном процессе. Я должен вам сказать, что у нас сейчас есть конкуренция норм в 575-й статье[1] пресловутой о подарках служащим, допускающей возможность подарков служащим в размере 3000 рублей, и в статье о взяточничестве. Это одна конкуренция. Вторая: я с 2000 года изучаю проблемы, связанные с незаконным участием в предпринимательской деятельности (289-я статья[2]). Это когда чиновники имеют свой бизнес, не уходят с должности и ведут свой бизнес. И изучал статистику — в то время это был еще МАП, сейчас это Федеральная антимонопольная служба. Так вот, очень интересная статистика. Выявляют территориальные органы ФАС огромное количество фактов незаконного участия в предпринимательской деятельности госслужащих. Но меры реагирования не бывают уголовно-правовыми. Это бывает предупреждение, предостережение или даже вплоть до того, что предлагают устранить последствия, которые были нанесены в результате такого участия госслужащего в бизнесе.

И хотел пожелания высказать по поводу концепции. К сожалению, я, приехав сюда, не видел материалов, и, наверное, разработчикам нужно придать более публичный характер тем предложениям, которые сейчас разрабатываются. Это первое. И второе — давайте попробуем сделать эту концепцию многоцелевой. И ставить цель другую: изменение уголовного законодательства, и

---

1 Имеется в виду ст. 575 ГК РФ «Запрещение дарения». — *Ред.*

2 Имеется в виду ст. 289 УК РФ «Незаконное участие в предпринимательской деятельности». — *Ред.*

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 107

арбитражного, и антимонопольного, и объединять под эту цель многих специалистов. Спасибо за внимание.

ЖУЙКОВ В.М.: Андрей Геннадьевич, пожалуйста.

ФЕДОТОВ А.Г.: Я коллеге Афонцеву хочу вопрос задать. С тем, что он говорил, я во многом, если не во всем, согласен. Но у меня такой вопрос: когда вы говорили, что должны быть соотношения предельного выигрыша и предельных издержек, и говорите, что есть некие исследования, я хочу понять, это просто какие-то экспертные оценки или есть методики подсчета?

АФОНЦЕВ С.А.: Вы знаете, в экономике вообще нет такого метода, как экспертные оценки. Есть теоретические исследования, которые обосновывают такую логику, есть эмпирические исследования, которые на данных показывают, почему это работает. Если говорить о теоретической основе, условно говоря, если мы на рубль затрат на выполнение нормы получаем восемь копеек полезного эффекта, то это делать бессмысленно. Мы можем считать это через расходы на правоохранительную деятельность, мы можем это считать через собственно ужесточение санкций.

ФЕДОТОВ А.Г.: Мы посчитаем, сколько стоят правоохранительные органы. Но они-то занимаются всем.

АФОНЦЕВ С.А.: Давайте я вам ссылки на соответствующие работы дам, и вы просто сами посмотрите, как это делается. Потому что понятно, что методы, которые используют исследователи, они не всех устраивают и могут подвергаться критике. Просто я сейчас не уверен, что это всем интересно.

ЖУЙКОВ В.М.: Да, понятно. Спасибо большое.

АФОНЦЕВ С.А.: Классический пример — это когда смотрится и маржинальный эффект ужесточения наказания за какое-либо преступление. То есть до какого-то предела ужесточение наказания работает... Надо смотреть конкретные исследования и показывать.

ЖУЙКОВ В.М.: Этот вопрос не к экономисту. Владимир Иванович Радченко, пожалуйста.

РАДЧЕНКО В.И.: Уважаемые коллеги, конечно, надо сказать, что какая-то результативность есть той работы, которая проводилась в нашей группе. И я думаю, что, конечно, надо рассматривать вот тот документ — пакет изменений в УК РФ, который подписан Медведевым, как определенный, очень серьезный шаг вперед. Но в то же время, если мы остановимся на тех изменениях в Уголовном кодексе и в Уголовно-процессуальном кодексе, которые сегодня есть, мы опять получим то, что мы всегда получаем. Наша ситуация, я скажу, в криминалитете очень серьезная. И самое главное, что и общественный шум, и пожелание президента, и пожелание премьер-министра и так далее и так далее — это одно. А правоприменение и численность сидящего населения в местах лишения свободы — это другое. Почему я это говорю? Потому что, когда я писал статью 2 сентября, ее опубликовали в позапрошлом году в «Российской

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 108

газете», вот на тот момент сидело где-то 890 тысяч человек в местах лишения свободы — это в тюрьмах и в следственных изоляторах. С тех пор пошло что? Я просто отслеживаю. Два постановления Пленума Верховного Суда: одно по вопросу УДО, другое по проблемам ареста. Президент впервые в истории в своем президентском послании сказал... В первом послании 2008 года говорит: «Уважаемые коллеги, судьи... — я своими словами, естественно, — надо очень взвешенно и осторожно подходить и к избранию меры пресечения, и к назначению меры наказания в виде лишения свободы». Я вообще такого не помню, чтобы в Советском Союзе или в императорской России таким прямым, четким текстом, буквально телеграфным высказывалась политическая оценка ситуации. Я думаю, что президент не может вмешиваться в конкретные дела, но, вообще-то, право на политическую оценку у него есть — оценку той ситуации, которая складывается в сфере борьбы с преступностью. И перед этим стояло то, что необходима гуманизация наказания. Так вот, прошло время. Вчера смотрю бегущую строку на всю страну, понимаете ли, и заместитель генерального прокурора называет те же самые 890 тысяч.

Что получается? Шумим, братцы, шумим, воздух сотрясаем, видимость создается, парламент принимает. Потому что у нас сложился уникальный подход: как-то вот так изменить закон, чтобы ничего не поменять. Потому что, допустим, сейчас увеличили минимальные размеры ущерба по статье 171-й и по другим. А они что? Там до миллиона, по-моему, и до шести, если сейчас не ошибаюсь. А что получается? Получается, что, вообще-то, они же до этих пределов особенно и не судили, так что на судимость, в принципе, это не шибко повлияет. Все-таки есть целый ряд направлений, которые надо оставить. Единственное, что очень позитивно, — это по поводу резкого изменения в отношении предпринимателя. И дай бог, может быть, немножко меньше станет численность посаженных предпринимателей.

У нас вообще криминальная политика всего государства сориентирована на карательные подходы, а не на то, как должна строиться сама система, направленная не только на наказание, но и на социальную адаптацию лиц, которые отбывают наказание. Но это тема другая, я не буду на нее отвлекаться. Поэтому я думаю, что надо все-таки целый ряд проблем проработать в этом плане. Например, мне кажется, очень перспективная такая идея, потому что мы от экономических преступлений никуда не уйдем, но экономическое преступление экономическому преступлению рознь. Вы сами знаете, что могут быть и такие ситуации, как в Соединенных Штатах Америки, где гражданину дали пожизненное тюремное заключение за экономические преступления. Правда, до суда не арестовывали, это точно можно сказать — своими ножками притопал в суд и получил пожизненное тюремное заключение. Достаточно известное дело. Поэтому разные могут быть подходы...

НЕ ОПОЗНАНО: Он не был предпринимателем.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 109

РАДЧЕНКО В.И.: Как он не был предпринимателем? Ничего себе! Две пирамиды выстроил.

ФЕДОТОВ А.Г.: Глава компании.

РАДЧЕНКО В.И.: Глава компании.

НЕ ОПОЗНАНО: Это не предпринимательская деятельность на самом деле была. Это было совсем другое.

РАДЧЕНКО В.И.: Это почему? Потому что кризис случился. А не случился бы кризис, у него бы схема работала, и умер бы, и, может быть, наша бы газета «Коммерсантъ» опубликовала огромную статью «Гений ипотечного кредитования». Это как у нас получается? Тот случай, когда предпринимательский риск оказался неоправданным.

У меня есть конкретные предложения — все-таки подумать о проблеме преюдиции, административной преюдиции. Но поскольку мы сейчас в штыки встретили саму идею изменения в Административном кодексе... У нас, знаете, юрист, он когда что-нибудь скажет, то он уже говорит: «Палка вот с этого конца, а не с этого», и переубедить его уже невозможно. Поэтому министр поддержал, президент поддержал, многие партии поддержали, но все-таки забодали, кажется, идею административной преюдиции по тем мотивам, что нельзя второй раз судить за деяние, которое является административным, если с этого конца палки смотреть. А вот если с другого конца на эту палку посмотреть, можно сказать так, что у государства есть право первый раз за преступление не осудить, а предупредить в виде административного наказания. Может быть, сейчас уже вместо внесения в Административный кодекс этой предупредительной санкции, без которой невозможно наличие судимости, просто ее в Уголовный кодекс внести?

ЖУЙКОВ В.М.: А как было раньше? Применение мер общественного характера. Помните же, было? Прекращение с применением мер общественного воздействия, а теперь — мер административного воздействия.

РАДЧЕНКО В.И.: Что лицо, впервые совершившее преступление под такими-то и такими-то статьями, подлежит уголовной ответственности после вынесения ему административного предупреждения... Тогда давайте с другой стороны палки на эту тему подумаем. Потому что на некоторые преступления смотришь и... Буквально на днях у меня тут один депутат попросил совета, что можно сделать. Но там ничего не сделаешь — там пожизненное заключение плюс пожизненное заключение, по указу Ельцина. Там ничего не сделаешь. Я посмотрел на биографию: первая кража в 15 лет — судимость к двум годам лишения свободы, в 17 лет только вышел. Опять к двум годам лишения свободы. И тоже за кражу. Размер кражи небольшой. А потом одного убил, потом уже все, криминализировался как личность окончательно. Поэтому наша задача — людей от судимости уберечь, потому что бизнесмен с судимостью — это уже подмоченный бизнес на будущее. Это только Януковичу удалось вернуть-

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 110

ся. Не у каждого за спиной стоит такая мощная политическая система. И я думаю, что эту идею можно было бы использовать. И второе — я хочу сказать, что, может, нам поплотнее научиться работать с парламентом. Нам сейчас очень важно доносить эти идеи до широкой публики. Первая идея — не попробовать ли нам вернуться к административной преюдиции и вторая — нам необходимо информационное обеспечение нашей деятельности.

ЖУЙКОВ В.М.: Старженецкий, пожалуйста.

СТАРЖЕНЕЦКИЙ В.В.: Владислав Старженецкий, Высший Арбитражный Суд. У нас, конечно, немножко другой профиль работы, но тоже это бизнес. И в общем, хотя проблемы разные, очень много схожего, наверное и в методах решения этих проблем тоже. Поэтому я буду говорить как юрист и тоже чисто конкретные вещи, как можно ситуацию улучшить, в том числе с экономическими преступлениями. Слушая дискуссию коллег, было видно, что две проблемы в фокусе нашего внимания постоянно то всплывают, то немножко отходят, потом опять всплывают.

Первая проблема — это правоприменение, ее еще называли дисциплиной правоохраны и так далее и тому подобное. Проблема сама по себе совершенно не новая, она вытекает из того, что любой закон несовершенен, как бы мы его ни поменяли, он все равно будет содержать общие какие-то фразы, которые будут требовать развития, уточнения. И это очень мелкая, кропотливая, жутко скучная работа, но очень необходимая. И вот то, что сейчас происходит с мерой пресечения, то, что у нас заключение под стражей и залог так жестко президент соединил, то, что сейчас идет в Госдуме, то, что реализация имущества, которое в качестве вещдоков изымается только по решению суда, станет возможной с согласия собственника тоже, — как раз вот в этом направлении мы движемся. И там существует еще огромное количество таких мелких проблем, которые тоже нужно решать. Например, с множественностью обвинений и процессов, которые, казалось бы... Вот один есть эпизод, а из него делают несколько уголовных процессов, и потом этот предприниматель только и делает, что отбивается от правоохранительных органов. Это, наверное, тоже надо будет менять. И здесь два есть пути: или активная роль Верховного Суда, который пленумами будет закрывать эти мелкие дыры, или, что, видимо, сейчас более вероятно, — это изменение нашего законодательства, что сейчас и происходит. Повторюсь, здесь мы, конечно, никакой революции с вами не совершим. Проблема мелкая, но это очень нужно для общества. Вот, наверное, самый большой эффект, который может быть, — именно от продолжения этого совершенствования уголовно-процессуального законодательства нашего, Уголовного кодекса, вот эти мелкие пробелы и дыры закрывать.

Вторая проблема — это то, что связано с чувством безнаказанности чиновника, то, что можно изъять имущество, можно отобрать бизнес. И по большому счету ничего за это у нас в стране не будет. А почему так происходит? Вот я

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 111

вспоминаю, недавно, буквально на днях Европейский суд по правам человека вынес одно очень знаковое решение — дело Новикова против России, — когда у человека отобрали топливо по какому-то уголовному делу, потом это топливо МВД передало на хранение Минобороны, потом оно благополучно куда-то исчезло, уголовное дело было прекращено. И начинается абсолютный пинг-понг. Человек идет за возмещением вреда, арбитражные суды говорят: «Так дело же уголовное, давай в суды общей юрисдикции». А то, что связано с возмещением вреда, причиненного госорганами, это только Гражданский кодекс и абсолютно безнадежная ситуация, потому что в этом случае это как верблюд через угольное ушко должен пройти. Вы и вину должны доказать, и приговор суда, обвиняющий конкретного следователя, которых там сотни, тоже на руках иметь. И то, что, если будут касаться каких-то правомерных действий, если вдруг он что-то совершил правильно, но причинил огромный ущерб, то здесь тоже никогда ответственности никакой не будет.

Это то, с чем и мы бьемся, потому что мы тоже со своей стороны видим, что проблема огромная, что у государства должна быть ответственность за действия чиновников, за действия госорганов, в том числе и за их правомерные действия, потому что в данном случае государство свою социальную функцию должно выполнять. Но здесь, конечно, нужно менять и Гражданский кодекс, и нашу практику, расширять ее, потому что человек должен чувствовать себя защищенным. И в данном случае мы не чиновника должны защищать от бизнеса и от прочего, а именно предпринимателя, наверное.

И здесь вот есть еще одна такая запретная тема: а может ли быть вообще регресс к чиновнику, который все это причинил, у государства? Может ли потом государство прийти к чиновнику и истребовать у него все то, что вот он своими руками натворил? Тема абсолютно запретная. Вот ни одного прецедента мы за всю нашу историю существования арбитражных судов найти не смогли, потому что никто никогда с этим даже не идет, потому что считается, что это просто аморально — еще чиновника наказывать за то, что он сделал. Хотя нормы-то есть, их просто нужно развивать. Поэтому в качестве предложения: правоприменение укреплять, укреплять наш Уголовно-процессуальный кодекс и, конечно, думать над решением этой очень большой проблемы ответственности государства в том числе и за правомерные действия. Спасибо.

НИКИТИНСКИЙ Л.В.: Отвечаю на вопрос Владимира Ивановича, как информационное обеспечение придумать. Все, что здесь говорилось, безумно интересно и совершенно невозможно опубликовать в общей прессе, конечно. Есть специализированная пресса — там это возможно. Вот здесь прозвучала, например, совершенно блистательная идея Гришанкова, которую можно воплотить в заметку мгновенно, если подпишет, скажем, Яна Яковлева. Напишет и подпишет, потому что писать-то некогда и некому. Совершенно уникальная мысль — сравнить два дела. Вот 18 лет получил предприниматель за уклонение

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 112

от налога, и вот четыре года условно получил таможенник. Вот просто рядом две колоночки, все это будет блестящая, очень интересная публикация. Ни на что не повлияет: газеты не влияют ни на что, ничего не происходит, тоже надо быть к этому готовым.

На самом деле мне хотелось бы высказать несколько общих мыслей и сделать одно короткое сообщение, которое имеет прямое отношение к тому, что здесь говорится. Мне очень нравится экономический подход ко всей этой истории. Мне кажется, что с точки зрения экономического подхода... Ведь господствующим классом, если использовать марксистскую терминологию, в нашем обществе, в моем представлении, являются силовики или менты, короче говоря. Они — господствующий класс, они владеют всеми рычагами. А вы хотите у них отнять бизнес. Ничего себе! Вы понимаете, что вы затеяли? Надо отдавать себе в этом отчет совершенно четко. Вы хотите изменить власть. Но это сделать немножко легче, чем кажется, потому что в Конституции как раз не такой строй, а нормальный. Поэтому надо найти ту точку, за которую можно уцепиться. Этой точкой, на мой взгляд, является суд, конечно, не законодательные органы, потому что на то, что происходит в законодательстве, давно никто даже внимания не обращает — мало ли чего там понапишут. Можно применить, можно не применить. Захочет мент — он применит, не захочет — не применит. Не имеет никакого значения, что делается в Государственной Думе, в принципе. А в суде можно сделать некую перенастройку, не меняя законодательства, перенастройку сознания судей, и эта система очень вертикально управляема в этом смысле. И пока еще судьи, видимо, думают, что им в шутку сказали «давайте применяйте не так сурово». Они просто не поняли, что это серьезно. Там есть какие-то сигналы на уровне нюха, а не слов. Вот они еще не учуяли, что это действительно так. Речь о перенастройке судебной системы, на мой взгляд, а вот сообщение о том, что буквально на днях сейчас происходит.

Благодаря опять же Элле Памфиловой, которой сегодня здесь нет, мы сумели провести встречу нескольких очень влиятельных членов совета судей во главе с председателем Комиссии Совета судей по связям с общественностью Потапенко из Волгограда, председателем Липецкого суда и несколькими председателями судов. Мы провели их встречу с лидерами общественных организаций, в том числе с самыми «отвязными», такими как Беляев из «Сутяжника» Екатеринбурга, и «Агора», и Комитет против пыток Нижегородский, которых все время самих сажают. Убедили судей в том, что это договороспособные, нормальные люди, там присутствовала также Московская Хельсинкская группа и какие-то такие более лояльные люди. Судьям это понравилось, они немножко сначала пуганулись, но потом они прониклись, поняли, что в интересах судейского сообщества одной ногой опираться на гражданское общество, настоящее, не фальшивое. Мы их убедили в том, что «фальшак» под

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 113

ними провалится. Если вы хотите действительно опереться, надо иметь дело с правозащитниками, какие бы они ни были — такие-сякие. И вроде бы они это впитали, продвинутые судьи, которые к нам пришли на встречу.

Я не уверен в остальном, но 15 апреля будет на президиуме докладывать Элла Памфилова об этой встрече, я и Алексей Симонов. И пока конструируется следующая идея о создании под крылом Совета Памфиловой дискуссионного клуба. Это я услышал от судей и страшно был поражен. Уж от кого от кого, а от Потапенко я не ожидал такого. Парламент — не место для дискуссий, а оказывается, с судьями... Они говорят: «Давайте мы подискутируем». И под эти дискуссии выстраивается ряд программ, совершенно конкретных. В том числе мы на конец года запланировали одно мероприятие в Екатеринбурге, поскольку это главная арена рейдерства. И там есть Решетникова — председатель арбитражного суда, — которая тоже на эту встречу с большим интересом приехала и в ней участвовала, и там есть «Сутяжник». И мы планируем в Екатеринбурге рассмотреть тему об итогах — что с 90-й статьей УПК, за год отмониторить и там рассмотреть. И я думаю, что мы вполне можем действовать по модели, которую мы предполагаем, если у вас есть силы, средства для того, чтобы это сделать, а мы даем только площадку — дискуссионный клуб. Пожалуйста, готовьте, мы вас впишем. И если это удастся, это дальше все пойдет. Спасибо.

ЖУЙКОВ В.М.: Спасибо. Пожалуйста, Корочкин.

КОРОЧКИН В.Л.: Уважаемые коллеги, добрый день. Я представляю тут малый бизнес. И пришел послушать, что его ждет в плане всей этой декриминализации и изменений уголовного законодательства. Это организация «Опора России». Я не совсем хотел бы согласиться с коллегой, который выступал передо мной, что пресса ни на что не влияет. Пресса влияет, и достаточно сильно. И когда мы говорим о том, что пресса не влияет, мне кажется, это посыл пессимиста прежде всего. Я знаю у нас много случаев, когда с помощью прессы удавалось добиться за счет вынесения некоторых дел в публичную сферу пересмотра дел или отмены этих дел. И администрации регионов заставляли, и МВД заставляли, и ФСБ заставляли, и заставляли много. Поэтому когда коллеги говорили об увеличении публичности того, что сегодня вы хотите сделать, мне кажется, вам нужно использовать, действительно, общественные организации шире и привлекать нас в том числе. Потому что, пока я здесь сидел, мне позвонили уже три или четыре журналиста. Правда, не по этому поводу, по другим, но тем не менее эти контакты налаживаются, и налаживаются достаточно широко. И вот коллега из «Деловой России» может подтвердить, что вопросы придания публичности некоторым процессам у нас на сегодняшний день уже имеются. Общественные организации бизнеса — они уже не те, что были пять, шесть или семь, тем более 10 лет назад.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 114

Теперь с точки зрения проблем и чаяний непосредственно малого бизнеса. Мне кажется, что вам, уважаемые господа юристы, нужно обратить внимание на стыковку уголовного законодательства с административным и, может быть, даже с гражданским, потому что достаточно много случаев, когда фактура для уголовных дел подготавливается либо в рамках гражданских дел, либо административных. Это вот такая практика, которая сформирована в том числе для рейдерских захватов. Как здесь их разводить и как запретить какие-то такие действия, я не знаю. Мне кажется, это должно выработать профессиональное сообщество.

Мы, безусловно, однозначно поддерживаем, что в отношении бизнеса, нормального бизнеса, не офшорного, по крайней мере, можно и нужно отменять уголовные статьи, поскольку по определению малый и средний предприниматель не может нанести ущерба больше, чем у него выручка, чем объем производства. И за что его наказывать с помощью уголовных каких-то статей, совершенно непонятно. И притом я бы хотел сказать, что, конечно, нужно менять действующее законодательство хотя бы шагами мелкими. Вот я могу привести в пример Закон о милиции, когда убрали соответствующую статью из Закона о милиции, со ссылкой на которую они просто приходили на любое предприятие. Количество проверок на этом пути, количество контактов с милицией у малого бизнеса уменьшилось моментально. Но возникла другая тема, и вот тут я бы хотел обратиться к вам, присутствующим, с точки зрения осмысления того, что сейчас происходит с законодательством и наказаниями за нарушение интеллектуальной собственности, охраны интеллектуальных прав, потому что сейчас основной принцип работы МВД — это контрафакт. Убрать их с этой поляны невозможно, они возбуждают административные и уголовные дела по охране интеллектуальной собственности. Что-то есть. Насколько нарушение авторского права реально и представляет общественную опасность в том или другом случае — мне кажется, здесь нужно разобраться. И в связи с этим мне хотелось бы все-таки понять, существует ли шкала общественной опасности вообще, как это ранжировать, каким образом определить. Эта тема уже затрагивалась. Но я, как представитель естественных наук, который заканчивал медицинский вуз, хотел бы понять, существует ли в вашей науке какая-то шкала, где заканчивается предупреждение, где начинается административная ответственность, где начинается уголовная ответственность — хоть как-то проранжировать, чтобы было понятно, что вот это здесь, это здесь, это здесь, какими-то цифрами обозначить хоть как-то. Коллеги, надо попытаться, тогда станет легче жить всем.

Хотел бы еще раз в заключение обратить внимание с точки зрения интересов малого и среднего бизнеса на статьи, которые касаются охраны интеллектуальных прав. Если исправить соответствующие статьи в действующих кодексах, мы моментально избавим предпринимателя от контактов с МВД еще в

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 115

огромном количестве случаев. Как только они оттуда уйдут, сразу малые предприятия по всей стране вздохнут свободно.

ЖУЙКОВ В.М.: Спасибо. Да, пожалуйста.

ЯКОВЛЕВА Я.В.: Я бы хотела все-таки вернуться как-то на землю, потому что у нас много теорий, они все замечательные. Мы все понимаем, что мы говорим, и все очень здорово. Но предприниматели постоянно обращаются в общественные организации, которые мы создали, и говорят: «Помогите, что делать?» И я, например, постоянно над этим бьюсь — как конкретно помогать людям. И мне кажется, гораздо больше было бы пользы, если бы мы, например, взяли какое-то одно любое дело и рассмотрели бы его от начала до конца. Как захватывается собственность, кем захватывается, с помощью каких законов? Как суд себя ведет в отношении содействия правоохранителям? И я так понимаю, что Владислав Леонидович тоже постоянно сталкивается с конкретными случаями. И вот та система, которая сложилась у нас, что некуда абсолютно обращаться и отсутствует антикоррупционная какая-то, может быть, служба или еще что-то... То есть все возвращается, все жалобы возвращаются к тому, на кого жалуешься. Это отдельная тема, просто сейчас не хочу на этом останавливаться. Как мы можем в данном сообществе, которое образовалось и которое достаточно устойчиво, регулярно собирается, как мы можем в конкретном случае защищать конкретных людей? Я предлагаю об этом подумать, потому что из тех предпринимателей, которые обращаются, одни уже сидят, другие готовы уезжать. И когда сталкиваешься с этим, то это все гораздо страшнее кажется. И мне кажется, все-таки надо думать о конкретной защите тоже.

ЖУЙКОВ В.М.: Спасибо. Вы хотели, да? Юрьев.

ЮРЬЕВ Е.Л.: Два слова сказать. Ситуация плохая, и степень ее драматичности измеряема, качественно измеряема. Предприниматели покидают страну, вот сейчас СФР сделал на эту тему отчет, он лежит у первых лиц государства. Там просто подсчитано, сколько людей покинуло страну и какой капитал вывезли. Это люди, которые увезли с собой свою активность предпринимательскую, свой недополученный в России ВВП. Но даже те, кто не уезжают, они избирают определенную тактику. То есть это вторые паспорта, дети и семьи, куда-то увезенные. Конечно, шахты и основные фонды советского периода не вывезешь за границу, но можно какую-то стратегию балансирования выбрать. Чтобы это поменять, нужны очень сильные меры. То есть эта тактика малых шагов, она очень правильная, она очень нужная, но нужны очень сильные меры. И очень важно, что президент готов сейчас их сам предлагать, делать так называемые президентские «вносы»[1]. И по-моему, не готов даже остановиться сейчас на том, что он сделал.

---

[1] Имеется в виду внесение президентом законопроектов. — *Ред.*

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 116

Здесь что надо? Как мне кажется, такой сильной мерой могла быть экономическая амнистия в отношении предпринимателей по преступлениям в сфере экономики, совершенным за последние 10 лет. Такого порядка нужны меры, которые не столько влекут какое-то даже счетное следствие (сколько людей будет выпущено, не посажено или не будет посажено потом) — они меняют общественное мнение. И они такого порядка, что они могут обсуждаться с президентом. У нас был такой опыт, мы ходили к президенту, как «Деловая Россия», «Опора» там была уважаемая. И он очень быстро реагирует. В пятницу была предложена эта идея, которая сегодня обсуждалась, о невозможности совмещения применения статей о легализации с экономическими преступлениями вместе. И в понедельник он внес уже по итогам общения с представителями бизнеса соответствующее распоряжение. И вот вчера уже был подписан пакет законов.

И что предлагается практически? Готовится некий документ — концепция модернизации УК в сфере экономической деятельности. Надо, чтобы он был весомый. И если это поможет делу, я бы предложил, чтобы «Деловая Россия», заведомо, думаю, и «Опора», как представляющая десятки тысяч малых предпринимателей страны, подключились к этой работе, и поставили свои имена на этой концепции, и создали условия, чтобы она попала на первый стол или первые столы государства не в качестве только лишь экспертного материала, а в качестве материала, который подписан бизнесменами, основными организациями страны, представляющими бизнес. Спасибо.

ЖУЙКОВ В.М.: Кто еще желал выступить?

ФЕДОТОВ А.Г.: Я хочу обратиться к коллегам — неюристам, которые здесь очень правильно и интересно выступали, и призвать к сотрудничеству, чтобы это не выглядело так, что мы собрались и поговорили, о чем коллега Юрьев сказал. Я предлагаю это в какой-то формат перевести. Вот если вы видите проблемы, которые мы не видим или которые мы не озвучили, — вы же работаете, у вас есть опыт. Я не говорю о предложении Яны, потому что это отдельное дело, которое можно так или иначе решить. Это, строго говоря, не наш профиль: хотя я адвокат, но я сейчас не этим занимаюсь в этом зале. То есть это вопрос к адвокатам. А вот такие общие проблемы, и ваше видение, и то, что было сказано, — «чтобы он был весомый», если у вас есть какая-то статистика, то, что может дополнить, расширить формат, — давайте обменяемся контактами. И мы хотим с вами сотрудничать, но мы хотим, чтобы это было плодотворно, не только чтобы мы друг к другу вопросы задавали, но и искали вместе ответы. Спасибо.

ГЕФТЕР В.М.: Краткая реплика. Коллега Субботин упоминал пример с электричками и турникетами, через которые люди перепрыгивают. Значит, надо, по его логике, опускать цены на билеты. Мне вспомнилось, мы прошлой зимой с дочкой садились в автобус, в котором не было турникета — так он был

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 117

устроен. Я посчитал: 12 человек вошло на этой остановке в автобус. Сколько из них, как вы думаете, взяли билеты? Машинка стояла, где надо было брать. Два. Причем остальные 10 совсем не выглядели людьми пенсионного возраста, которым положен бесплатный проезд. Я это к чему? Надо учитывать в нашей работе уровень правовой культуры и общества в целом, и правовой культуры предпринимателей, потому что это наши люди в этой правовой культуре выдержаны. Поэтому в разработке концепций я бы порекомендовал авторам доклада обязательно отфиксировать, что такая либерализация уголовного законодательства ни в коем случае не означает, что государство лишается рычагов действовать там, где в экономической или околоэкономической сфере действительно происходит преступление. Я не юрист, я не знаю, налоговое преступление, оно экономическое или нет...

НЕ ОПОЗНАНО: Экономическое.

ГЕФТЕР В.М.: Коррупция — экономическое? Наверное, не всегда. Там, где предприниматель нарушает санитарные нормы производимой продукции. В общем, обязательно нужно отфиксировать, что есть сферы, где государство обязано действовать, защищая права и защищая интересы общества в той сфере, где действует предприниматель. Вот это, на мой взгляд, соответствующее место должно получить в концепции. Спасибо.

ЖУЙКОВ В.М.: Спасибо. Так кто, коллеги, еще желает выступить?

САВЮК Л.К.: Савюк Леонид Корнеевич. Прошедшие два дня присутствия на международной конференции заведения, где я работаю, лишний раз убеждают нас в том, что всесильные пороки, которые поразили нашу страну, не так просто вылечить. И переход на ручное, читай — указное, управление страной вместо законодательства и порождает вот эти вещи под названием «концепция модернизирования». Если мы заглянем на сайты, мы увидим, что там такие же концепции модернизирования указным законодательством предложено делать практически по всем отраслям законодательства. Пять концепций только по гражданскому праву и так далее. Спрашивается, сможет ли наш совокупный интеллект нечто дельное в этом системно-порочном состоянии общества предложить на перспективу? Я думаю, вопрос риторический.

Второе положение. Мне кажется, негоже одновременно делать концепции. Их можно делать, но тогда нам нужно как-то состыковывать наши предложения с цивилистами. Здесь есть экономисты, но экономисты — это еще не цивилисты, потому что экономика и право — это вещи хотя и близкие, но диаметрально противоположные. Право, оно публично в частности, больше всего, но гражданское право, оно частное. Давайте мы подумаем, что они в результате своих концепций предложат, с тем чтобы потом наше право и не под названием «модернизация» одной из его составляющих смогло обеспечить надлежащую охрану тех отношений, которые нам предложат цивилисты. Мы не знаем, что они нам предложат и в обязательственном праве, и в дру-

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 118

гих... Если бы это мы знали, так мы бы сделали и не так, а дали бы возможность вначале устояться этим новеллам, как это Наполеон делал в свое время: он сделал Гражданский кодекс, а потом, через 10 и более лет принял Уголовный, который уже охранял устоявшиеся общественные отношения, понимаете. А сегодня, может быть, что-то предложено цивилистами такое, что будут пробелы, дыры, противоречия в уголовном законодательстве даже после его модернизации в сфере экономических отношений, потому что там еще тоже не закончена эта модернизация.

И маленькая деталь — мне кажется, что все же нужно как-то побудить, спровоцировать или предложить бизнесу любого уровня самому немножко навести порядочек в своих рядах. И негоже устраивать пир во время чумы, понимаете. Я когда посмотрю на те бонусы, которые получают, так сказать, топы и тому подобные, и посмотрю на статистику, которой живет, так сказать, наше население, у меня это вызывает нериторические вопросы, в том числе и к бизнесу. Может быть, вашими институтами, которых у вас достаточно много, провести такую-то работу, чтобы быть нравственно ответственным в том бизнесе, который в основном-то...

ЖУЙКОВ В.М.: Спасибо вам. Кто еще хотел? Тамара Георгиевна, да? Пожалуйста.

МОРЩАКОВА Т.Г.: Я не знаю, у нас, наверное, мало времени, но буквально тезисно все-таки хотелось бы что-то сказать. Мне понятна та боль и эмоции, с которыми выступал Леонид Корнеевич. Но я думаю, что мы должны как-то, признав правильными его упреки, и призыв к ответственности за изменение системы, и призыв к ответственности бизнеса, выделить во всем этом массиве совершенно всеми осознанных необходимых преобразований, если хотите, свою профессиональную ответственность. Профессиональную ответственность тех людей, которые собрались сегодня здесь, можно охарактеризовать как совместную профессиональную ответственность юристов и экономистов, или бизнеса, в определенной сфере нормативных и правоприменительных разработок, а именно в области того, что происходит у нас при привлечении к ответственности за то, что по УК называется экономическими преступлениями. Не будем спорить сейчас о том, как бы это надо было называть и должно ли это существовать вообще. Никто не собирается, конечно, разрабатывая какие-то планы, изменения уголовного законодательства, вообще устранить всякую ответственность за правонарушения в сфере, в которой осуществляется предпринимательство. И мы действительно (и здесь прав, я считаю, как раз Леонид Корнеевич) это учитываем. Вот этим эта группа и отличается, что она не хочет заниматься только сферой совершенствования уголовно-правового запрета. Но она именно хочет учесть экономическую основу таких запретов и все, что дают для регулирования экономической и предпринимательской деятельности другие отрасли права. Мы с этого начали, в груп-

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 119

пе много цивилистов, поэтому как раз это тот аспект, который, может быть, и является импульсом для того, чтобы мы все вместе работали. Мы хотим учесть то, что позволяет нам отрегулировать, скажем так, цивилистическое законодательство в самом общем таком определении, и в то же время хотим выделить специальные задачи для охраны сферы экономической деятельности через уголовное право. Поэтому здесь эти пожелания, я думаю, они уже в самой изначальной идее этой концепции присутствовали. Мы от них не собираемся отступать.

Что хотелось бы все-таки плюс к этому сказать? Поскольку мы действительно ориентированы на совместную работу с экономистами и представителями бизнеса, то лично я для себя все время помечала какие-то вопросы, выводящие разработчиков всего этого мероприятия на такой совместный подход. Прежде всего, что мне кажется важным?

Конечно, мы должны говорить об экономическом обосновании уголовно-правовых норм, устанавливающих ответственность в сфере бизнеса. Это экономическое обоснование сегодня, мне показалось, стало более возможным, чем это мне казалось раньше на наших обсуждениях. Если у бизнеса действительно есть методики такого подсчета, мы охотно это берем. Если конкретные общественные организации, объединяющие предпринимателей, могут дать нам определенные примеры — я уже просила Яну Викторовну с этим нам помочь — того, как конкретное уголовное преследование, собственно, создает колоссальные экономические потери, не давая выгод в области даже наведения порядка. Я думаю, что это мы все должны учесть, мы должны эти примеры и в этом смысле даже разбор отдельных процессов дать в качестве части экономического обоснования нашей концепции, если мы ее так громко называем. И этот вывод, по-моему, дает нам еще какой-то дополнительный шанс для развития наших предложений. Очень важно на самом деле, если существует это.

Как я знаю, например, в администрировании налогов нам очень важно и при установлении уголовной ответственности учесть, чего стоить будут нам расходы на привлечение к ответственности, конечно, не обращаясь к исчислению, скажем, исходящему из имеющихся зарплат следственных работников и эмвэдэшных работников и так далее. Но я думаю, мы можем получить общее представление о тех издержках, которые необходимы для того, чтобы обеспечить уголовное наказание за что-то в сфере предпринимательской деятельности, в сравнении с тем, что конкретное привлечение к ответственности дает опять же в виде, так сказать, дополнительно полученного государством дохода, налога. Вчера говорили о собираемости налогов на конференции, на которой сегодня присутствуют все экономисты. Вот эти сравнения нам обязательно нужны в качестве дополнительного обоснования экономического нашей концепции.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 120

Я бы в связи с экономикой — я иногда под экономикой очень упрощенно понимаю расходы и затраты — обратила внимание еще на одну важную для нашей концепции вещь. Она, с моей точки зрения, важна, когда мы все время выдвигаем предложения о том, что, например, такие составы, как 171-я, 172-я, не должны существовать в том виде, в каком они существуют. И не только в этих составах, но и в других — Альфред Эрнестович вам назовет еще 10 или больше — присутствует понятие криминального дохода, которое часто используется даже как замена понятия ущерба, причиненного преступлением. Вот мне кажется, что во всех этих составах — и это нам надо особенно как-то педалировать в наших разработках — используется совершенно мнимое понятие ущерба, причиненного непонятно кому. И в связи с этим возникает и проблема мнимых потерпевших. Здесь вот мне показалась очень интересной идея, которая прозвучала в выступлении представителя арбитражного суда, который сказал о возможности регрессных исков, о возможности определения действительно конкретного ущерба потерпевшим. Я думаю, что не столько важна проблема регрессных исков (это только государство решит потом само), сколько важна проблема возмещения ущерба, причиненного, в частности, незаконными судебными решениями при привлечении к ответственности за экономические преступления, возмещения, которое должно обеспечиваться государством. Это идея, которая, собственно, лежит в основе непривлечения к материальной ответственности судей, потому что она гарантирует их независимость. Но подлинной гарантией независимости судей здесь является взятие государством на себя возмещения ущерба. Это в конечном счете исключает искусственное назначение потерпевших.

Я в нашем обсуждении увидела целые гроздья взаимосвязанных проблем, таких, как счет того, что требуется в качестве затрат, выгода, полученная от преследования, выгода государственная. Понятие ущерба, который на самом деле во многих случаях мнимый, назначение потерпевших, тоже мнимых абсолютно. И тогда у нас получается действительно целый комплекс вопросов и целый комплекс таких даже подлежащих расчетам последствий, которые могут быть убедительными для власти. Вот поэтому я все это говорю. Вот чтобы быть убедительными для власти, нужно это делать. Михаил Игнатьевич Гришанков сегодня еще раз полностью меня покорил, он прав стопроцентно. Мы должны ставить вопросы. Если мы их не ставим, никто не захочет задумываться над этими вопросами.

Есть еще одна проблема, которая возникла для меня сегодня как новый сюжет, но мне кажется, что она очень связана с нашей концепцией. Это вопрос о дифференциации в судопроизводстве для области уголовного преследования в сфере экономики. Да, нужна такая дифференциация, и, очевидно, не только в мерах таких чисто процессуальных, как создание специальных судов. И очевидно, не только в том, что, допустим, возбуждение дела будет находить-

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 121

ся под каким-то контролем. Я считаю, что здесь должна быть дифференциация во многих процессуальных институтах. И прежде всего, обратила бы внимание на такой процессуальный институт, как подследственность.

Практически что бы мы сейчас ни говорили, если мы возьмем расследование любых дел об экономических преступлениях, в них во всех участвует не просто какое-то силовое ведомство, к подследственности которого отнесено расследование этих дел, но вся совокупность этих ведомств, включая ФСБ. И это страшное, поверьте мне, как конституционалисту, нарушение Конституции, ее 47-й статьи. Нарушение скрытое, но имеющее определенную цель: оно необычайно увеличивает возможности силовых ведомств по уничтожению бизнеса. И именно поэтому, давая какие-то предложения в области развития уголовного законодательства, мы одновременно должны думать и о том, что необходимо сделать для того, чтобы это уголовное законодательство не осталось пустым звуком. Я согласна с Альфредом Эрнестовичем, что закон сам по себе, конечно, не действует. Он применяется теми, к компетенции которых это отнесено. Компетенция перестала быть определенной. Она раньше всегда была определенной, теперь она открывает двери любому силовому ведомству в сферу подавления бизнеса. Ясно, что у них у всех могут быть свои цели: и цели собственно ведомственные, и цели, формулируемые на более высоком уровне, как, может быть, цели власти вообще, в основном, конечно, как неправильно понятые цели публичной власти. И я думаю, что на этот аспект нам тоже, в дополнение ко всему, нужно будет обратить внимание.

Нет спора, конечно, с Генри Марковичем, о том, что мы не оздоровим правосудие без расширения компетенции суда присяжных. Может быть, теперь уже начать кричать об этом очень важно, потому что последние гвоздики в этот институт забиваются на наших глазах. И наверное (мимо этого тоже нельзя пройти), хотелось бы здесь иметь поддержку бизнеса, потому что от бизнесменов тоже приходится до сих пор слышать, что суд непрофессионалов им не годится. А он им годится, он им очень годится, потому что люди смотрят не просто на дурной закон. И вот то, о чем говорил Резник: в былые времена присяжные корректировали дурной закон, у нас дурных законов в сфере бизнеса больше, чем в какой-либо другой. И очень четко присяжные это корректируют. Хорошо, мы не хотим присяжных по делам об измене, шпионаже, массовых беспорядках, но бизнес здесь причем?

И последнее, может быть, что надо сказать, и вот Альфред Эрнестович тоже об этом, наверное, обязательно будет говорить и писать. Это вопросы общие, которые для сферы бизнеса чрезвычайно важны. Не все общие правила (и Общей части и Особенной) можно распространить на бизнес. И в этом смысле вот та самая дифференциация, о которой сегодня представители бизнеса говорили, должна быть нами предложена. Нельзя понятие «преступные группировки» распространять на сотрудников банка. Я привожу просто такой

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 122

очень понятный пример. Они связаны функцией, там нельзя найти преступную группировку.

НЕ ОПОЗНАНО: Организованная преступная группировка.

МОРЩАКОВА Т.Г.: Я сама читала такие уголовные дела, это не вымысел. И я думаю, что представители правоохранительных ведомств вполне владеют такой практикой и могли бы привести нам массу примеров. Так что идея дифференциации в области уголовной ответственности бизнеса на основе уголовного закона и на основе процессуальных норм, на основе процедур, включая нормы подследственности, она должна стать тоже составной частью того, что мы делаем. Спасибо.

ЖУЙКОВ В.М.: Коллеги, я думаю, что по регламенту мы близимся к завершению. Поэтому, прежде чем подвести итоги, я хочу спросить: кто желал бы?..

ЖАЛИНСКИЙ А.Э.: Я несколько слов хочу сказать. Я все-таки считаю, что мы должны сейчас технологизировать нашу работу. Кто-то должен добиваться согласия по этим вопросам. Мы не договоримся иначе. Потому что есть очень много юристов, видных и заметных, которые с вами или со мной никак не согласятся. Взять 174-ю и ответственность за самоотмыв этих денег, всегда за это выступал весьма уважаемый, покойный, к сожалению, Кудрявцев Владимир Николаевич. Всегда отстаивал эту позицию. Простите меня, я по этому поводу и тезисы эти написал, может быть, плохо я сказал. Во-первых, нам надо договориться в своем, так сказать, кругу о том, какие вещи мы все-таки считаем согласованными. Закон есть продукт дискурса — согласования. Первое. Второе — нам нужно договориться о том, что у нас уже написано или не написано и кто будет лоббировать эти вещи.

И третье. Я прошу прощения, но у нас с вами есть стилистические разногласия по этим вопросам. И они очень важны. И мы действительно должны действовать на первых порах хотя и системно, но в тех пределах, которые государство публично... Те же самые правоохранительные структуры — все-таки захотят это выполнить? Не захотят — не будут выполнять ни при каких обстоятельствах. Поэтому давайте сейчас разделим какие-то вещи. То, что писать о моделировании уголовного закона, какие издержки... Это можно сделать сходу. Уберите целый ряд таких вещей, скажем, ту же необходимость доказывания организованного преступного сообщества, и вы сразу сэкономите колоссальное количество времени. Снимите для начала, между прочим, маски с этих людей, которые осуществляют задержание. Это позор, в конце концов, для юстиции, которого никогда не было в Советском Союзе. Никогда не было. Это просто проявление трусости со стороны правоохранительных органов...

НЕ ОПОЗНАНО: Это средство устрашения.

НЕ ОПОЗНАНО: Это средство устрашения и облегчения работы.

ЖАЛИНСКИЙ А.Э.: Да какое это средство устрашения? Это не средство устрашения и не средство облегчения работы. От этого никто не устрашается.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 123

Вот понятие, вот, например, такой вопрос, по которому мы тоже должны достичь какого-то согласия. Я лично, как человек, имевший в своей карьере все звания милицейские, я не такой уж сильный теоретик в этом смысле. Я прекрасно понимаю, что, когда работник милиции идет более или менее открыто, он производит гораздо большее впечатление и больше работает на государство, чем они вот так вот бегают с закрытыми лицами в масках. Зачем это делается? Длительное время существования Советского Союза это проходило, а сейчас что с нами случилось? Чего мы испугались?

НЕ ОПОЗНАНО: Мы принимаем чужие правила.

ЖАЛИНСКИЙ А.Э.: Да нету чужих правил. На территории Европейского союза, например, вы ни одного полицейского в маске не увидите. За исключением, может быть, во Франции будет какой-то дурак с автоматом ходить. А нигде нет этого. И этим самым мы подрываем собственный авторитет. Вот такие вот вещи — нужно договариваться сначала, а потом их пробивать, потому что написать можно сколько угодно. Мы с вами можем сесть в понедельник-вторник, я вам покажу, где что написано о необходимости выделения хозяйственного права и институционального выделения, рассмотрения этих дел и так далее.

ЖУЙКОВ В.М.: Тогда я хотел бы поблагодарить всех вас за участие и Институт современного развития за предоставленную возможность сотрудничества.

Слайды
(приложение к стенограмме круглого стола «Декриминализация бизнеса»)

ПРОБЛЕМЫ ГОСУДАРСТВЕННОГО ВОЗДЕЙСТВИЯ НА ЭКОНОМИКУ

- Экономика и право: отсутствие основанной на консенсусе и праве модели взаимодействия государства и предпринимателей (власти и собственности).
- Использование государством права как инструмента для обслуживания любых интересов власти или лиц, имеющих доступ к власти.
- Подмена целей уголовно-правовой регламентации: охрана собственности подменяется репрессией в отношении предпринимателей, в том числе разовой, избирательной.
- Уголовное право и уголовная юстиция превращаются в инструмент уголовно-правового управления экономикой.

ИСКУССТВЕННАЯ КРИМИНАЛИЗАЦИЯ БИЗНЕСА

- Основанное на государственном усмотрении уголовно-правовое воздействие на экономику порождает иллюзию «смешанного» (легального и нелегального одновременно) характера предпринимательской деятель-

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 124

ности: неуголовные отрасли права признают ее легальной, а уголовным правом она квалифицируется как преступление.

- Искусственная криминализации бизнеса достигается путем принятия уголовных норм, противоречащих правовым принципам, нормам международного и иного применимого (неуголовного) права и толкованием, искажающим правовую норму.
- Возникает риск, что любой договор, сделка, трансакция будут квалифицированы как преступление.

ПОСЛЕДСТВИЯ ИСКУССТВЕННОЙ КРИМИНАЛИЗАЦИЯ БИЗНЕСА

- Предприниматель находится в зоне риска: опасность привлечения к уголовной ответственности за предпринимательскую деятельность.
- Экономический мотив искусственной криминализации — отъем собственности у предпринимателей, привлекаемых к уголовной ответственности.
- Реальный правопорядок агрессивен: предприниматель вынужден затрачивать существенные ресурсы для сохранения собственности и личной свободы.
- Уголовное право и уголовная юстиция становятся инструментами перераспределения собственности.
- Осуществление государством функции перераспределения собственности посредством уголовной репрессии (или ее угрозы) не позволяет создать эффективную экономику, а самому государству стать правовым.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 125

А.В. Наумов

Доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой уголовно-правовых дисциплин Юридического института Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации, член Научно-консультативного совета при Верховном Суде Российской Федерации

ИСТОРИЯ РОССИЙСКОГО УГОЛОВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ОБ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКУЮ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ

До Октябрьской (1917 г.) революции в России действовало Уложение о наказаниях уголовных и исправительных в редакции 1885 г. Последняя была вызвана кардинальными изменениями в общественно-политической жизни страны и призвана была отразить их в уголовном законодательстве (достаточно высокий уровень развития рыночной экономики и знаменитые реформы Александра II, в первую очередь отмена крепостного права и судебная реформа, давшие мощный импульс развитию капиталистических отношений в экономике). Нормы об ответственности за различные формы предпринимательства помещались в разделе VIII Уложения («О преступлениях и проступках против общественного благоустройства и благочиния»). Они входили составной частью в главы XII («О нарушении постановлений о кредите»), XIII («О нарушении уставов торговых») и XIV («О нарушении уставов фабричной, заводской и ремесленной промышленности»). Нормы эти (как и в целом Уложение) носили предельно бланкетный характер и были достаточно многочисленны. Основными, однако, следует признать нормы, выраженные в статьях 1152 (гл. XII), 1169 и 1197 (гл. XIII), 1346 (гл. XIV). Все остальные нормы можно рассматривать как своего рода дополнительные, конкретизирующие указанные статьи Уложения. Основное содержание этих норм заключалось в следующем: ст. 1152 устанавливала наказание за «открытие частного банка, без дозволения правительства или без соблюдения предписанных законом для сего правил»; ст. 1169 — за «производство торговли лицами, которые по закону не имеют на сие права»; ст. 1197 — за «открытие какого-либо торгового общества, товарищества или компании без разрешения правительства или без соблюдения предписанных законом для сего правил»; ст. 1346 предписывала наказание тем, «кто учредит завод, фабрику или мануфактуру, не имея по закону права на содержание таких заведений». На первый взгляд, может показаться, что указанные нормы являются «прообразом» уголовно-правовых норм нынешнего УК РФ об уголовной ответственности за незаконное предпринимательство (ст. 171) и незаконной банковской деятельности (ст. 172). Однако в действительности это совершенно не так.

Дело в том, что указанные нормы Уложения к уголовно-правовым запретам, не имели *никакого* отношения. Уложение все деяния, за которые устанав-

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 126

ливалась ответственность, подразделяло на *преступления* и *проступки*. Это предопределяло и содержание *санкций*, установленных за их совершение: за первые полагались наказания *уголовные*, за вторые — *исправительные*. Применительно к указанным деяниям в сфере предпринимательства исправительное наказание предусматривалось в виде «денежной пени» или «денежного взыскания», т.е. по-современному — штрафа, (например, за незаконное открытие частного банка виновные подвергались «денежному взысканию» на сумму не свыше 500 рублей; за незаконную торговлю — на сумму не свыше 300 рублей и за незаконное «промышленное» предпринимательство — на сумму от 50 до 500 рублей). Таким образом, санкции за совершение незаконного предпринимательства как такового (в любых его видах) и формально (в соответствии с буквой закона), и в особенности фактически (в современном правовом понимании) были типично *административно-правовыми* санкциями, и можно считать, что до Октябрьской революции 1917 г. в российском законодательстве уголовной ответственности за предпринимательскую деятельность (как таковую) не существовало.

Напротив, советское уголовное право с первых дней его существования, исходя из известных принципов уголовно-правовой политики в области хозяйственных преступлений, провозглашенных основоположником Коммунистической партии и Советского государства, стремилось к «удушению» любой частной инициативы и предпринимательства в сфере экономики. И одним из главных своих врагов наряду с вооруженной контрреволюцией советская власть объявила спекуляцию любыми товарами, подняв это деяние до уровня контрреволюционного преступления. Еще не прошло и трех недель после завоевания власти большевиками, как было принято специальное обращение СНК от 15 ноября 1917 г. «О борьбе со спекуляцией», в котором объявлялось, что все лица, виновные в ней, подлежат «немедленному аресту и заключению в тюрьмах». В постановлении СНК от 21 декабря 1917 г. перед только что созданной ВЧК (Всероссийская чрезвычайная комиссия по борьбе с контрреволюцией и саботажем) ставилась задача «беспощадной борьбы» и со спекуляцией. 22 июля 1918 г. СНК принимает специальный декрет «О спекуляции», в котором за это деяние устанавливаются строжайшие уголовно-правовые санкции (при отягчающих обстоятельствах — «лишение свободы на срок не менее 10 лет, соединенное с тягчайшими принудительными работами и конфискацией всего имущества»). И это было лишь началом. В дальнейшем в уголовное законодательство (как РСФСР и других союзных республик, так и общесоюзное) вносились десятки изменений (все под флагом усиления борьбы со спекуляцией). Как это ни странно, но борьба со спекуляцией продолжалась и в пору горбачевской перестройки. Указом Президиума Верховного Совета РСФСР от 27 февраля 1990 г. «Об усилении ответственности за злоупотребления в торговле и спекуляцию» за некоторые квалифицированные ее

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 127

виды было установлено наказание в виде лишения свободы на срок от пяти до десяти лет с конфискацией имущества (как отмечалось, такой же верхний порог этой уголовно-правовой санкции был установлен лишь однажды — в 1918 г.). При этом следует отметить, что и этот суровый закон подвергался критике со стороны практических работников правоохранительных органов. С их позиции он был плох, так как по-прежнему определял спекуляцию как скупку и перепродажу товаров и иных предметов с *целью* наживы, что, по их мнению, мешало эффективно бороться со спекуляцией. И в связи с тем, что доказать цель спекуляции не так уж и легко, этот признак предлагалось убрать из условий наказуемости данного преступления. Однако очевидно, что, как бы ни менялось содержание уголовного закона об ответственности за спекуляцию, проблема дефицита товаров как следствие сугубо плановой экономики, порождающее спекуляцию, не исчезало. Существование уголовного закона в борьбе со спекуляцией — индикатор экономического неблагополучия общества. Если есть такой закон, то, значит, есть и дефицит. Если нет дефицита, то никому не будет нужен и такой закон. Дальнейшие события в России подтверждают эту азбучную истину. Уголовно-правовой запрет в отношении спекуляции был фактически упразднен даже без последующей формальной его отмены — путем принятия Указа Президента России «О свободе торговли» от 29 января 1992 г.

Экономическая разруха как результат Гражданской войны вынудила Ленина отказаться от политики «военного коммунизма», отвергавшего существование любой частной инициативы и предпринимательской деятельности и перейти к НЭПу, т.е. к новой экономической политике, допускавшей частное предпринимательство, в том числе и в сфере торговли. При этом вождь вначале подчеркивал, что НЭП вводится «всерьез и надолго» (еле видимые следы этого можно обнаружить в первом советском Уголовном кодексе — УК РСФСР 1922 г.)[1]. Однако уже на XI съезде партии (март 1922 г.) заявил, что следует прекратить «отступление» в сторону капитализма. Почти сразу после смерти Ленина этот его «завет» был воплощен во втором советском Уголовном кодексе — УК РСФСР 1926 г. При оценке Особенной части этого Кодекса не может не заинтересовать конструирование в нем составов хозяйственных преступлений. Смысл соответствующих норм этого Кодекса сводился к одному — ужесточить уголовно-правовую борьбу с любыми формами предпринимательства и другими проявлениями частнособственничества, не вписывавшимися во все более огосударствляемую систему хозяйства (социалистического), вытеснив из нее экономическое наследие НЭПа. В соответствии с этим понятие о хозяйственных преступлениях резко менялось. Глава УК о хозяйственных преступлениях как таковых превращалась в одну из самых неболь-

[1] Ленин В.И. Полн. собр. соч. 5-е изд. М., 1970. Т. 34. С. 340.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 128

ших по количеству статей (меньше была лишь глава о нарушении правил отделения церкви от государства) глав Особенной части Кодекса. В нее входило только восемь статей, из которых только одна формулировала ответственность за хозяйственное (в современном понимании) преступление («неисполнение обязательств по договору»). Почти все остальные перешли в разряд особо для Союза ССР опасных преступлений против порядка управления. К ним были отнесены: массовый отказ от внесения налогов денежных или натуральных или от выполнения обязанностей; фальшивомонетничество и подделка билетов железнодорожного и водного транспорта; контрабанда; нарушение положений, регулирующих проведение в жизнь государственных монополий; нарушение правил о валютных операциях; неплатеж в установленный срок налогов или сборов по обязательному окладному страхованию; организованное по взаимному соглашению сокрытие или неверное показание о количестве подлежащих обложению или учету предметов; сокрытие наследственного имущества или имущества, переходящего по актам дарения, а равно искусственное уменьшение стоимости имущества в целях обхода законов о наследовании и дарении, а также закона о налогах с наследства и имущества; разработка недр земли с нарушением установленных правил; изготовление, хранение и покупка с целью сбыта, а равно самый сбыт в виде промысла продуктов, материалов и изделий, относительно которых имеется специальное запрещение или ограничение; нарушение акцизных правил или правил об особом патентном сборе; приготовление с целью сбыта вин, водок и вообще спиртных и спиртосодержащих веществ без надлежащего разрешения или свыше установленной законом крепости, а равно самый сбыт или незаконное хранение с целью сбыта таких напитков или веществ; изготовление и хранение самогона для сбыта, а равно торговля им в виде промысла; изготовление, хранение, ремонт и сбыт в виде промысла аппаратов, специально служащих для изготовления самогона; нарушение правил, регулирующих торговлю; хранение в торговом заведении неклейменых изделий из золота, серебра и платины и сбыт таковых; злостное повышение цен на товары путем скупки, сокрытия или невыпуска таковых на рынок. Часть чисто хозяйственных преступлений была отнесена к имущественным преступлениям (покупка заведомо краденого; изготовление и хранение с целью сбыта поддельного пробирного клейма, клеймение таковым изделий и слитков из золота, серебра и платины, наложение на изделия из иных металлов клейм и марок, имеющих сходство с пробирным клеймом, а равно сбыт указанных изделий; ростовщичество), а некоторые — к преступлениям против народного здравия, общественной безопасности и порядка (например, «сообщение заведомо ложных сведений в заявлениях, подаваемых в государственные учреждения или должностным лицам в установленных законом заявлениях при регистрации торгово-промышленных, жилищных и иных товариществ и обществ»). Положение о преступлениях

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 129

государственных 1927 г., в редакции которого была сформулирована глава УК о государственных (контрреволюционных) преступлениях, резко усиливала ответственность за такие, по сути дела, хозяйственные, преступления, как фальшивомонетничество (в качестве санкции за совершение которого безальтернативно предусматривался расстрел с конфискацией имущества), нарушение положений о монополии внешней торговли (предусматривалось лишение свободы со строгой изоляцией на срок до десяти лет с конфискацией всего или части имущества).

Таким образом, большинство обычных (в общепринятом понимании) хозяйственных преступлений «удостоились» со стороны законодателя перевода в разряд самых опасных после государственных или контрреволюционных преступлений (предусмотренных главой I Кодекса) — особо опасных для Союза ССР преступлений против порядка управления (в соответствии с постановлением ВЦИК и СНК от 6 июня 1927 г. «Об изменении Уголовного кодекса РСФСР редакции 1926 г.»). Согласно этому постановлению таковыми преступлениями признавались «те, совершенные без контрреволюционных целей, преступления против порядка управления, которые колеблют основы государственного управления и *хозяйственной мощи* (выделено нами. — *А.Н.*) Союза ССР и союзных республик». Таким образом хозяйственные преступления, посягающие на социалистическую систему хозяйства, «закономерно» превращались в разновидность особо опасных преступлений против порядка управления. Это вполне отвечало идеологическим основам строительства социалистической экономики, проводимой Коммунистической партией и разработанным в трудах основателя Советского государства В.И. Ленина. Так, в письме народному комиссару юстиции Д.И. Курскому (копия — членам Политбюро) вождь откровенно разъяснял; «Мы ничего "частного" не признаем, для нас все в области хозяйства есть публично-правовое, а не частное. Мы допускаем капитализм только государственный, а государство это — мы, как сказано выше. Отсюда — расширить применение государственного вмешательства в "частноправовые" отношения; расширить право государства отменять "частные" договоры; применять не corpus juris romani к "гражданским правоотношениям", а наше революционное правосознание; показывать систематически, упорно, настойчиво на ряде образцовых процессов, как это надо делать с умом и энергией; через партию шельмовать и выгонять тех членов ревтрибуналов и нарсудей, кои не учатся этому и не хотят понять этого»[1] (примечательно, что письмо сопровождалось припиской: «С особой просьбой: не размножать, только показывать под расписку, не дать разболтать, не проболтать перед врагами»[2]). Конспиративный характер приписки понятен. Как от-

[1] Ленин В.И. Полн. собр. соч. Т. 44. С. 398.
[2] Там же. С. 396.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 130

мечалось, хозяйственная разруха как следствие Гражданской войны вынудила большевиков перейти от политики военного коммунизма к новой экономической политике (НЭП): заменить продразверстку продналогом, допустить в определенных пределах свободу торговли и мелкого производства, привлечь иностранный капитал для возрождения промышленности. Был даже принят Декрет о концессиях. «Задачей его было примирить господ иностранных капиталистов. И понятно, что когда хочешь примирить их, то говоришь не так, как перед партийным собранием»[1]. НЭП был для большевиков вынужденной и временной мерой. И задача уголовного законодательства в сфере борьбы с хозяйственными преступлениями и заключалась в предельном ограничении частной инициативы в экономике, а затем и «выкорчевывании» из нее всяких «следов» НЭПа, что и было заложено в УК РСФСР 1926 г., а затем последовательно развито в многочисленных его изменениях и дополнениях. Достаточно сказать, что за период действия этого Кодекса (до 1 января 1961 г.) в него было внесено более 40 изменений (в том числе и на основании общесоюзных уголовных законов) в статьи об ответственности за хозяйственные преступления (с учетом их законодательного «зачисления» в преступления против порядка управления), чаще всего связанных с новой редакцией норм об ответственности за их совершение, направленной на расширение пределов соответствующих уголовно-правовых запретов и непременное ужесточение их уголовно-правовых санкций.

Последний советский Уголовный кодекс (УК РСФСР) был принят в 1960 г. (вступил в действие с 1 января 1961 г.). Разрабатывался и принимался он в годы так называемой хрущевской оттепели. В целом этот Кодекс (как и предшествовавшие ему Основы уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик 1958 г.) явился значительным шагом вперед в направлении демократизации уголовной политики, знаменуя собой отказ от самого тяжкого наследия сталинизма в этой сфере (что выразилось, например, в отказе от применения уголовного закона по аналогии, резкого сокращения — с 25 до 15 лет — длительности такого наказания, как лишение свободы). Однако в сфере борьбы с хозяйственными преступлениями, и в особенности с любыми проявлениями частного предпринимательства, все осталось по-прежнему. Удушение малейших попыток частника проявить инициативу в хозяйственной деятельности являлось для советской власти принципом, которым она не могла поступиться. На пятом десятке существования советской власти для упрочения социалистических основ ее экономики в ст.153 УК 1960 г. была сформулирована норма об уголовной ответственности за частнопредпринимательскую деятельность и коммерческое посредничество. Под первой понималась такая «деятельность с использованием государственных, коопе-

[1] Ленин В.И. Полн. собр. соч. Т. 42. С. 55.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 131

ративных или иных общественных форм» (ч. 1 ст. 153 УК). Она могла осуществляться при производстве товаров, строительстве или оказании услуг в сфере бытового, культурного и иного обслуживания населения с использованием либо под прикрытием государственных или общественных форм для получения прав, льгот и преимуществ, предоставляемых социалистическим предприятиям и организациям (наем рабочей силы, получение сырья, материалов и оборудования, а также льгот по налоговому обложению, реализации продукции и т.д.). Частнопредпринимательская деятельность осуществлялась в сфере производства материальных ценностей (в промышленности, в сельском хозяйстве), в торговле, на транспорте, в системе бытового и культурного обслуживания населения, в области здравоохранения и иных областях государственной и общественной жизни. Норма об ответственности за такое преступление не была «мертвой» и применялась достаточно широко. Чаще всего за ее нарушение осуждались лица, создававшие при социалистических предприятиях различные мастерские, подсобные цеха по выпуску дефицитной продукции. Справедливости ради следует отметить, что при этом на скамье подсудимых чаще всего оказывались лица с подлинно предпринимательской жилкой, умелые организаторы производства, предприимчивость которых, однако, не вписывалась в рамки жестко централизованной системы. Легальные формы производства, как в промышленности, так и в сельском хозяйстве, делали ненужной эту предприимчивость, и, как следствие этого, предпринимательский талант этих лиц приумножал развитие теневой экономики.

Типично социалистическим уголовно-правовым запретом был и запрет «коммерческого посредничества, осуществляемого частными лицами» (ч. 2 ст. 153 УК). С позиции «классической» политической экономии социализма считалось, что любое коммерческое посредничество используется лицом, его совершившим, для получения нетрудового дохода (такая деятельность не признавалась трудовой). Это превращало деятельность посредника в лишенную общественно полезного характера и делало ее преступлением. Такое понимание проблемы приводило к тому, что государственная торговля (вместе с торговлей, разрешаемой потребительской кооперацией) не справлялась с решением, например, задачи снабжения населения продуктами сельского хозяйства. Овощи и фрукты, выращиваемые тружениками села, гибли, однако государство не шло на допущение в торгово-посредническую деятельность «частника», видя в этом едва ли не возврат к капитализму. Переход России к рыночным отношениям в экономике сделал указанные уголовно-правовые запреты ненужными, и они достаточно быстро были отменены (Законом РСФСР от 5 декабря 1991 г.).

Насколько уголовный закон и его доктринальное и судебное толкование могли использоваться в качестве удушения любой эффективной хозяйствен-

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 132

но-предпринимательской деятельности, можно наглядно проиллюстрировать на примере нашумевших в свое время уголовных дел в отношении Хинта и Худенко.

Согласно распространенному в судебной практике (и до сих пор поддерживаемому уголовно-правовой наукой) толкованию понятия хищения под ним понималось и так называемое хищение в пользу третьих лиц. Жертвами такого толкования стали энергичные, предприимчивые хозяйственные руководители (отдельные председатели колхозов, директора совхозов и иных предприятий), которые в нарушение ведомственных инструкций часть получаемых доходов использовали на дополнительную заработную плату колхозников и рабочих. Деньги эти были действительно заработаны последними. Однако размеры таких выплат суммировались, а их присвоение вменялось в вину хозяйственным руководителям как хищение социалистического имущества. Последние приговаривались к длительным срокам лишения свободы даже в случае, если сами никаких сумм не получали. В середине 80-х гг. XX в. Верховный Суд СССР отказался от такого понимания хищения[1], но сколько сломанных судеб стояло за сложившейся практикой.

Приговором судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Эстонской ССР от 19 декабря 1983 г. к 15 годам лишения свободы был осужден И.А. Хинт — доктор технических наук, лауреат Ленинской премии, директор специального конструкторско-технологического бюро (СКТБ) «Дезинтегратор». Другие руководители этого СКТБ, Х.Я. Тяхисте, Я.А. Кыдар и И.Р. Плоом, также были осуждены к длительным срокам лишения свободы. Всем им вменялось в вину хищение государственного и общественного имущества в особо крупных размерах, должностные злоупотребления и целый ряд других опасных преступлений. В основу обвинения были положены такие фактические обстоятельства дела, как продажа выпускаемых СКТБ биодисператоров по сниженным ценам и даже выдача их бесплатно, начисление премий и т.д. Все суммы по этим эпизодам суммировались, признавались причинением имущественного ущерба и квалифицировались как хищения, взятки и другие преступления.

13 ноября 1981 г., когда при возвращении из Москвы Хинт вышел из поезда, чтобы передать лекарство больной жене (рак), он был арестован как опасный преступник. Необходимость избрания такой меры пресечения в отношении 67-летнего больного Хинта, которому еще не было предъявлено никакого обвинения, обосновывалось тем, что, находясь на свободе, он

---

[1] См., например: Постановление Пленума Верховного Суда СССР от 24 декабря 1987 г. «О внесении изменений в Постановление Пленума Верховного Суда СССР от 21 июля 1985 г. "О практике применения судами законодательства по делам о приписках и других искажениях отчетности о выполнении планов"» // БВС СССР. 1988. № 1.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 133

может скрыться от следствия и встать на путь его запутывания. Надуманность этих мотивов была очевидной, так как Хинт, известный ученый, постоянно проживал в г. Таллине с тяжело больной женой. Никакими данными о том, что он может скрыться, следователи не располагали. Арестованный без достаточных оснований, Хинт до направления дела в суд содержался под стражей более года. При этом следователям было известно, что Хинт давно страдает тяжелыми сердечно-сосудистыми заболеваниями, в связи с чем еще до возбуждения уголовного дела несколько раз помещался в больницу, в том числе и в реанимационное отделение, а во время следствия дважды лежал в тюремной больнице. Однако неоднократные его просьбы об изменении избранной в отношении него меры пресечения на подписку о невыезде оставались без удовлетворения. Вскоре после ареста Хинта умерла его жена. Следователи, ведущие его дело, не только не предоставили Хинту возможность попрощаться с покойной, но и не сообщили ему об этом.

В апреле 1989 г. по протесту генерального прокурора СССР дело Хинта и других рассмотрел Пленум ВС СССР. Тщательно исследуя обстоятельства дела, Пленум заслушал представителя гражданского истца, который заявил, что «Дезинтегратор» ущерба не понес, и отказался от иска. Представитель гражданского истца сообщил также, что после ареста Хинта прибыль кооператива резко упала и в настоящее время составляет 1 млн руб. вместо получаемых ранее 8 млн.

Пленум констатировал, что при обвинении Хинта и других руководителей СКТБ был игнорирован правовой статус СКТБ «Дезинтегратор», которое в соответствии с его уставом и положением о нем являлось кооперативной организацией, обладающей широкой хозяйственной самостоятельностью, действующей на принципах полного хозрасчета, самофинансирования и самоокупаемости. В основу обвинения Хинта и других в незаконном начислении и выплате работникам кооператива премий по итогам работы за 1979 и 1980 гг. было положено типовое положение о премировании работников системы республиканского объединения «Эстколхозстрой», утвержденное в 1973 г., предусматривавшее возможность выдачи премий в пределах месячного оклада. Несмотря на то что это типичное положение в части размера премий противоречило другим нормативным актам, органы следствия и суд не выяснили эти противоречия и не установили, что данное типовое положение давно утратило силу.

Кроме этого, Пленум констатировал, что все инкриминируемые Хинту и другим руководителям СКТБ действия контролировались организациями-учредителями в лице их уполномоченных. В связи с этим Пленум пришел к выводу, что действия Хинта и других вместе с ним осужденных, связанные с распределением продукции и распоряжением денежными средствами, осуще-

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 134

ствлялись в интересах кооператива, лишены корыстного характера и не образуют состава уголовно наказуемого деяния.

Пленум единогласно принял решение о посмертной реабилитации И.А. Хинта (Хинт, отбывая наказание, умер в сентябре 1985 г.), а также о полной реабилитации Х.Я. Тяхисте, Я.А. Кыдара и И.Р. Плоома. Пленум поставил вопрос об отмене в установленном порядке решений о лишении И.А. Хинта ордена Трудового Красного Знамени, званий лауреата Ленинской премии, заслуженного деятеля науки Эстонской ССР, почетной грамоты Президиума Верховного Совета Эстонской ССР. Вынесено частное определение в адрес генерального прокурора СССР о нарушениях законности, допущенных в ходе расследования данного дела[1].

Другим показательным примером удушающей всякое предпринимательство роли уголовного судопроизводства может служить не менее известное дело И.Н. Худенко. Талантливый экономист, которого впоследствии А. Сахаров назовет предтечей перестройки, пытался создать систему хозяйствования, которая позволила бы государству сберечь миллионы. Он организовал совхозы без административно-управленческого персонала. И не только пытался, но и успел претворить свои идеи на практике. В качестве итога своей деятельности приговором Алма-Атинского городского суда он был осужден к длительным срокам лишения свободы и на втором году своего заключения скончался. В чем же заключался с точки зрения следствия и суда его криминал?

И.Н. Худенко, долгие годы работая в системе сельского хозяйства, убедился в изначальной порочности административно-командной системы, сковывавшей инициативу земледельца, опутывавшей его инструкциями, лишенными элементарного здравого смысла. В 1960 г. с позволения высоких инстанций он получил разрешение на проведение социально-экономического эксперимента, в основу которого была положена идея безнарядно-звеньевой системы организации и оплаты труда в совхозах. Через некоторое время Худенко стал директором совхоза «Илийский» в Алма-Атинской области. Реорганизацию хозяйства новый директор начал с того, что подсчитал, что для производства зерна и кормов нужно не 830 (как это было) работников (в том числе 132 управленца), а 67 механизаторов и два специалиста: экономист-бухгалтер-директор и главный агроном. Из 227 тракторов он предложил оставить 55, а вместо 112 автомашин — 12. Расчеты Худенко полностью оправдались на практике. Следуя им, совхоз в 1963 г. дал зерна в три раза больше, чем за предыдущий сезон. Это произошло за счет фантастически выросшей производительности труда. Конеч-

[1] См.: Наумов А.В. Обретение свободы (правовая хроника перестроечных лет). М., 1992. С.103–104.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 135

но же командно-административная система по-своему «справедливо» восприняла этот эксперимент как посягательство на ее (системы) существование. Поэтому Министерство сельского хозяйства республики «закрыло» этот эксперимент (что будет делать министерство и зачем оно будет нужно, если вдруг такие эксперименты затеят в каждом совхозе?): хозяйство разгромили, людей разогнали, а И.Н. Худенко и его ближайших помощников уволили.

После увольнения они пытались через суд получить заработанные ими деньги. Но так как сумма была довольно значительная — 64 тыс. руб., мимо этого не могли пройти следствие и прокурорский надзор. Документы, представленные истцами, были признаны подложными, а сам Худенко, а также М.В. Ли и В.В. Филатов были обвинены в покушении на хищение государственных средств, а также в выявленных следствием должностных злоупотреблениях во время проведения ими эксперимента в совхозе «Илийский» и осуждены к длительным срокам лишения свободы. Через много лет Худенко был посмертно реабилитирован[1].

При анализе этих уголовных дел может возникнуть вопрос: к чему эти воспоминания, что это дает в современных, так изменившихся условиях? Все дело, однако, заключается в том, что действующий УК РФ 1996 г. узаконил то понятие хищения, которого формально не существовало в советском уголовном законодательстве и только его доктринальное и судебное толкование давало правоохранительным органам и суду средство борьбы с малейшим отступлением от принципов централизованной экономики. В примечании 1 к ст.158 УК РФ («Кража») предписывается: «Под хищением в статьях настоящего Кодекса понимаются совершенные с корыстной целью противоправное безвозмездное изъятие и (или) обращение чужого имущества в пользу виновного или других лиц...» Хорошо, конечно, что Верховный Суд СССР в перестроечные годы изменил свою позицию по этому вопросу и реабилитировал (хотя и посмертно) осужденных (Хинта и Худенко). В настоящее время он не смог бы этого сделать, так как такое толкование понятия хищения теперь освящено «буквой» самого уголовного закона. Очевидно, что законодателю следовало бы ограничить подобное толкование, например указав, что под другими лицами следует понимать близких родственников (т.е. примерно так, как это сделано в примечании к ст.316 УК РФ об освобождении от ответственности за укрывательство преступлений).

---

[1] См.: Известия. 1989. 27 дек.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 136

Субботин М.А.

Кандидат экономических наук, старший научный сотрудник ИМЭМО РАН, член экспертных советов Комитета по природным ресурсам и природопользованию и Комитета по экономической политике Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации

ЭКОНОМИЧЕСКИЙ УЩЕРБ ОТ ИСКУССТВЕННОЙ КРИМИНАЛИЗАЦИИ БИЗНЕСА: ОБЗОР СОВРЕМЕННЫХ ТЕНДЕНЦИЙ

Необходимо осознать масштабы административного, силового и коррупционного воздействия на бизнес и катастрофические последствия такого комплексного удара по экономике страны, по ее настоящему и будущему. При этом все три составляющие — «искусственная», «криминализация», «бизнес» — необходимо оценить и вместе, и порознь: их негативные и даже опасные социально-экономические последствия должны быть понятны каждому. Включая и прямые экономические эффекты, и косвенные, которые находят свое выражение прежде всего в демотивации честного ведения делового оборота на основе вековых базовых цивилистических постулатов (воля, интерес, презумпция добросовестности и т.п.).

Инвестиционный климат

В послании президента было сказано: «Наше уголовное законодательство, как и практика его применения, должно стать более современным. Уголовное наказание — как на уровне закона, так и на стадии его применения судами — должно быть адекватным совершенному преступлению и, соответственно, лучше защищать интересы общества и интересы потерпевшего».

По свидетельству министра экономического развития Российской Федерации Эльвиры Набиуллиной, результаты опросов по теме «Где желают работать студенты после окончания вузов» свидетельствуют о том, что мало кто стремится создать свой инновационный бизнес, зато на первых строчках — работа в крупнейших государственных энергетических компаниях. Министр подчеркнула: «Мир не стоит на месте. Обостряется конкуренция за все виды ресурсов, включая самый главный — человеческий капитал. В нашей стране уже растет поколение людей, за которое нам придется серьезно конкурировать с другими странами. Они более мобильны, более, если можно так сказать, интернациональны. Придется объяснять будущим предпринимателям, почему они должны размещать свои производства именно в России, здесь создавать центры прибыли и компетенции».

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 137

Экономические потери страны от дефектов ее законодательной системы и правоприменительной практики можно условно разделить на индивидуальные и общие. В случае с индивидуальными потерями можно говорить о том, сколько уже потеряла страна, если среди сотен тысяч осужденных предпринимателей есть хотя бы один условный «Билл Гейтс». В общем случае речь идет о том, что отечественный бизнес в массовом порядке покидает страну, создавая целые диаспоры в разных странах, а иностранный — опасается размещать здесь свой капитал. Как в случае с надписью на скамейке: «Только что окрашено!» На нее не сядет никто, кроме самых неряшливых или рассеянных.

Рейтинги, связанные с верховенством права и защитой прав собственности, позволяют понять причины двух взаимосвязанных процессов: неприход капитала в страну и уход капитала из страны. Как принято определять, сколько инвесторов не сели на российскую «скамейку»? Для этого ведущими исследовательскими центрами проводятся различные международные опросы и составляются соответствующие страновые рейтинги.

Те из них, что проводятся из года в год, позволяют оценить не только текущее положение той или иной страны в мире согласно выбранным критериям (сочетание внутренних и внешних факторов в конкретный год), но и усилия этой страны по совершенствованию своей социально-экономической системы — ее политических, административных, правовых и иных институтов, т.е. улучшается или ухудшается ситуация из года в год, чтобы увидеть развитие ситуации во времени.

В международных рейтингах индексы деловой и инвестиционной привлекательности России в подавляющем большинстве случаев находятся на низком уровне, не соответствующем запросам страны и ее надеждам на модернизацию. В частности, в недавнем рейтинге конкурентоспособности национальных инновационных систем Россия заняла 38-е место из 50 возможных. Лидеры списка — США, Швеция, Швейцария и Сингапур. Россия пропустила вперед и прибалтийские страны, и Чехию, и даже Турцию.

Годом раньше в своем ежегодном аналитическом отчете «Индекс экономической свободы — 2008» эксперты Heritage Foundation пришли к выводу, что в России нет свободы экономики и предпринимательства: наша страна в этом рейтинге 165 стран мира заняла 134-ю позицию, попав в последнюю, пятую группу, куда входят «наименее свободные» страны. Степень свободы экономики рассчитывалась по среднему арифметическому 10 разных показателей — свобода бизнеса, торговли, финансового сектора, инвестиций, труда, монетарная и фискальная свободы, а также гарантии прав собственности, размер бюрократического аппарата и степень защиты от коррупции. Не случайно в одном из последних докладов «ОПОРА России» говорится, что Россия едва ли не единственная страна, в которой за последние 10 лет инновационная система не только не развивалась, но и деградировала.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 138

Впрочем, инвестиционный климат любой страны невозможно оценить, прибегая лишь к одному или небольшому числу таких рейтингов. Чем шире их охват, тем более полное представление можно составить об инвестиционном климате страны. Но самые разные рейтинги, которые составляют авторитетные международные институты, сообщают о России мало утешительного. Конечно, это не повод для самобичевания, однако, вместо того чтобы делать акцент на подчас излишней политизации некоторых рейтингов или подвергать сомнению качество их методик, политическим элитам и экспертному сообществу стоит отнестись к этим тревожным сигналам предельно серьезно[1].

В частности, из-за экономического спада в США и Европе компании этих регионов начали рассматривать крупные или богатые нефтью развивающиеся страны как возможное перспективное направление для развития своего бизнеса. Однако для экономических систем таких государств характерны слабая защита прав собственности, слабая регуляторная база и слабая правовая защита. В число стран с наиболее высоким уровнем риска для бизнеса попали Мьянма, Сомали, Северная Корея, Республика Конго и Туркменистан. Наилучшие условия для иностранных инвесторов, по мнению аналитиков, в Норвегии, Финляндии, Люксембурге, Исландии и Новой Зеландии.

Страны — экспортеры нефти в недавнем исследовании Maplecroft были выделены в отдельную, особо рискованную группу. И даже в ней Россия по степени риска для зарубежных инвестиций оказалась на 20-м месте (притом что ее ВВП вырастет в этом году на 4%, по прогнозу МВФ), Ирак оказался на 13-м месте (+ 7,3% ВВП), Ангола — на 14-м месте (+ 7,1%), а Нигерия — на 19-м месте (+ 7% ВВП). Более того, Россия по уровню рисков, который в стране видят инвесторы, не только сопоставима с Нигерией, Ираком и Анголой, но и зачастую проигрывает соседям по СНГ.

---

[1] Особое значение для объективного анализа ситуации, складывающейся в корпоративной среде, имеют опросы предпринимателей и авторитетные рейтинги, такие, в частности, как Индекс качества и эффективности государственной власти (Freedom House, с 1997 г.), Индекс верховенства закона (Институт Всемирного банка, с 1996 г.), Индекс эффективности работы правительства (Институт Всемирного банка, с 1996 г.), Индекс восприятия коррупции (Transparency International, с 1995 г.), Индекс открытости госслужб и управления госсобственностью (Center for Public Integrity, с 2003 г.), Индекс развития антикоррупционных механизмов и верховенства закона (Center for Public Integrity, с 2003 г.), Индекс непрозрачности (Kutzman Group, с 2001 г.), Индекс непрозрачности законодательства (Kutzman Group, с 2001 г.), Индекс непрозрачности госрегулирования бизнеса (Kutzman Group, с 2001 г.), Индекс экономической свободы (Heritage Foundation, с 1995 г.), Индекс роли государства в экономике (Heritage Foundation, с 1995 г.), Индекс инвестиционного климата и ограничения прав иностранных инвесторов (Heritage Foundation, с 1995 г.), Индекс свободы предпринимательства (Heritage Foundation, с 1995 г.), Индекс защищенности прав собственности (Heritage Foundation, с 1995 г.), Индекс качества нормативно-правового регулирования (Институт Всемирного банка, с 1996 г.), Индекс глобальной конкурентоспособности (World Economic Forum, с 1979 г.), Индекс конкурентоспособности частного бизнеса World Economic Forum, с 1979 г.), Индекс конкурентоспособности национальной экономики (Institute for Management Development, с1989 г.).

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 139

К сожалению, в нашей стране сохраняется недооценка опасности сложившегося положения — насколько нынешнее законодательство и правоприменение в России не соответствуют элементарным рыночным условиям, не только в массовом сознании, но и в значительной мере даже в профессиональной юридической среде.

Ориентация на государственные инвестиции себя не оправдывает, поэтому решение проблемы масштабного инвестирования надо проводить с помощью привлечения частного капитала, как отечественного, так и иностранного. Более того, в качестве одного из существенных рисков для инвесторов эксперты называют госкорпорации, получающие в России все большее распространение и подрывающие равные условия для конкуренции на рынке.

Модернизация невозможна без инноваций, инновации невозможны без международного сотрудничества, сотрудничество невозможно без притока иностранного капитала, а ему в России нужен «комфортный режим», т.е. не хуже, чем у ее соседей — конкурентов за привлечение капитала. Объем иностранных инвестиций напрямую связан с уровнем риска потери вложенных средств.

Глобальный финансово-экономический кризис подверг структуры корпоративного управления в российских компаниях серьезному испытанию. Миноритарные акционеры и иностранные инвесторы, пишет Frankfurter Allgemeine Zeitung, всегда были в России чем-то вроде «пострадавшей стороны». Чисто формально в России есть основа для грамотного и эффективного управления компаниями — это так называемое Corporate Governance (корпоративное управление). Однако на практике этот свод правил не используется, хотя в последние годы и наметились изменения к лучшему — не в последнюю очередь благодаря увеличившемуся участию российских компаний на международных рынках капитала.

Наблюдается поверхностное соблюдение правил Corporate Governance на практике: например, по данным рейтингового агентства Standard & Poor's, в конце прошлого года лишь 26 российских компаний придерживались рекомендаций Кодекса корпоративного управления. Кроме того, в России не получило широкого распространения составление балансов в соответствии с международными стандартами IFRS или US-GAAP. Помехой тому является желание скрыть имущественные отношения, поскольку акционеры, владеющие акциями не напрямую, не хотят заявлять о себе. Это свидетельство страха предпринимателей перед коррупционерами и рейдерами, которые часто действуют в одной связке.

Рейдерство — посягательство на чужую собственность

Криминализация экономической деятельности во многом питает коррупцию, которая в свою очередь является средством для осуществления рейдер-

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 140

ских захватов и разложения государственного аппарата. Президент Медведев уже предложил ужесточить наказание за рейдерство, вплоть до тюремного. Болезнь рейдерства дала метастазы по всей стране, за такие действия нужно сажать в тюрьму. «Действительно, сейчас это зло существует не только в столицах, оно существует в обычных провинциальных городах, и это показывает, что эта болезнь дала уже метастазы», — сказал Медведев, комментируя на встрече с руководством и представителями ТПП выступление руководителя палаты Евгения Примакова, который отметил, что «рейдерство ушло вглубь страны, в провинцию».

А заместитель председателя Совета Федерации Светлана Орлова заявила президенту, что «в схеме захвата участвуют, как правило, работники госорганов», а также адвокаты, нотариусы, риелторы, оценщики, арбитражные управляющие: «Это делается на очень профессиональной основе, поэтому мы сейчас создаем совместную группу (с участием представителей Администрации Президента и Контрольного управления Президента) и готовим пакет законов, в том числе поправки в УК, УПК, КоАП, закон о банкротстве и закон о конкуренции».

«Практика расследования уголовных дел о рейдерстве показывает, что почти во всех случаях помощь рейдерам оказывают чиновники органов государственной власти и местного самоуправления, — подтверждает глава Следственного комитета при прокуратуре (СКП) Александр Бастрыкин. — По многим уголовным делам следователи видят по сути своей неправосудные судебные решения, в которых право собственности на захваченное имущество признается за рейдерами. Нередко сотрудники правоохранительных органов тоже оказывают "помощь" захватчикам — изымают носители информации с реестрами акционеров, а в них потом вносят изменения. В помощь рейдерам возбуждаются заказные уголовные дела. Не гнушаются участием в рейдерских захватах и представители выборных органов». При этом глава СКП отметил, что «опасные способы рейдерских захватов имущества в настоящее время вообще не подпадают под уголовно-правовые запреты».

В прошлом году уменьшили число проверок для предприятий, а в этом смягчили наказание для подозреваемых в так называемых экономических преступлениях. И все равно, по оценкам, всего 10–16% заведенных милиционерами уголовных дел по экономическим статьям заканчиваются судебным решением — остальные 84–90% экономических дел либо не раскрываются, либо не доходят до суда, либо разваливаются уже в ходе судебного процесса. Президент Д. Медведев надеется, что предлагаемые им меры по развитию альтернативных мер пресечения позволят «хотя бы частично заблокировать возможность для коррумпированных сотрудников правоохранительных органов использовать "посадки" в тюрьму в рейдерских целях»: «Мы все знаем, таких примеров достаточно. Сажают сначала в "зиндан" по

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 141

наводке конкурента, а потом выпускают оттуда за "бабки"... Этот беспредел пора завершать».

Однако ситуация продолжает ухудшаться: «экономические» дела по-прежнему фабрикуются только для того, чтобы сделать их предметом торга между сотрудниками правоохранительных органов и подследственными. При этом давление на предпринимателей не всегда оказывается по инициативе самих сотрудников правоохранительных органов: заказные обвинения используются другими предпринимателями для недобросовестной конкуренции. По данным Минэкономразвития, органы прокуратуры в 2009 году получили 37 000 обращений о проведении внеплановых проверок предпринимательских структур, но половину из них отказались санкционировать, поскольку для проверки не было законных оснований, в том числе в Москве количество отказов составило 77%.

Эксперты из Российского союза промышленников и предпринимателей (РСПП), опросив более 1200 бизнесменов по всей России, пришли к заключению, что бизнес оттеснен властью на периферию экономической и политической жизни и ему уготована незавидная роль «дойной коровы» (см. график 1).

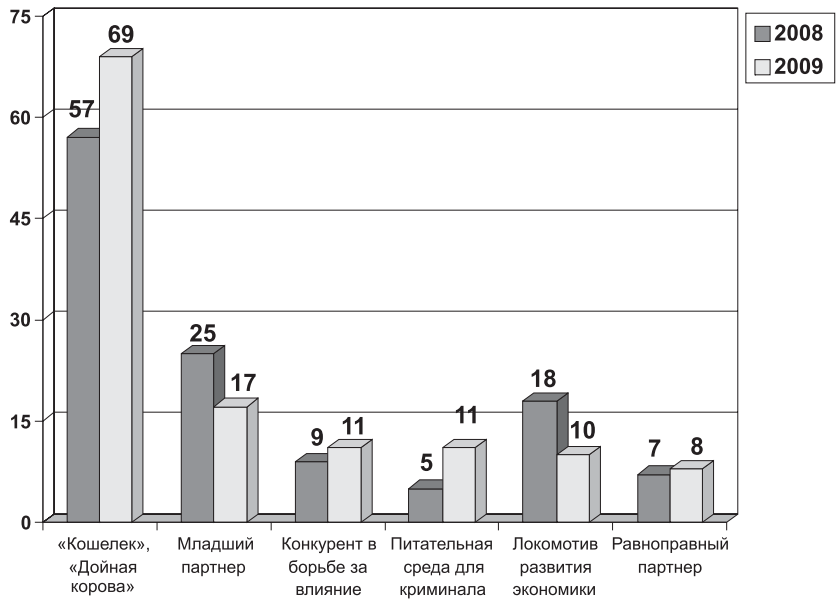


График. 1. *Как, по мнению бизнесменов, к ним относится власть, в %*

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 142

В последнее время предпосылок для рейдерства в России становится меньше. Причин тому несколько:

- повышение правовой грамотности российских бизнесменов, осознание, что необходимо проводить антирейдерские мероприятия;
- демонстрация властными структурами того, что государство больше не намерено мириться с рейдерством;
- снижение доходности рейдерских операций — наиболее «простые» для недружественного поглощения предприятия уже подверглись рейдерским атакам...

Коррупция и ее негативные последствия

Коррупция — один из социально-политических факторов странового риска, высокий уровень коррупции снижает конкурентоспособность страны на мировой арене. Обычно выделяют несколько групп причин коррупции, среди которых:

- слабые возможности по борьбе с коррупцией из-за неадекватности российского законодательства и низкой эффективности правоохранительной системы;
- кризисная ситуация в экономике, где господствуют неопределенность прав собственности, рентоориентированное поведение и монополизм;
- особенности национального менталитета и состояние общественной морали.

Свои критерии отнесения конкретных преступлений к разряду коррупционных разработала к концу прошлого года и Генпрокуратура России:

- совершение преступления специальными субъектами: должностными лицами органов власти и управления, правоохранительных органов, судебной системы, вооруженных сил, госслужащими и управленцами;
- связь деяния со служебным положением субъекта, отступлением от его прямых прав и обязанностей либо злоупотреблений ими;
- обязательное наличие у субъекта корыстного мотива (деяние связано с получением им имущественных прав и выгод).

По данным ФАС, растет число дел об ограничении конкуренции. Нарушители действуют все более изощренно, нарушений становится все больше и 53 % из них совершаются непосредственно органами власти (см. график 2). Самые популярные «бюрократические» составы правонарушений — это введение ограничений для создания бизнеса или для свободного перемещения товаров, указания о первоочередных поставках, необоснованные требования к товарам и самим бизнесменам и т.п.

Коррупция — общий термин, обозначающий использование своего положения в обществе в личных целях. Согласно неоинституциональному подходу

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 143

к определению коррупции под коррупцией понимается разновидность оппортунистического поведения чиновника, возникающая вследствие высокого уровня асимметрии информации между гражданами (принципалами) и чиновниками (агентами). Такой подход позволяет включить в анализ фактор институциональной среды, обусловливающий структуру трансакционных издержек сторон и позволяющий идентифицировать механизмы сдерживания коррупции.

Экономические потери от коррупции огромны. По приблизительным подсчетам ученых Гарвардского университета, коррупция увеличивает стоимость товаров и услуг на 5–15%. Потери от коррупции в сфере государственных заказов и закупок составляют примерно 30% всех бюджетных затрат по этим статьям. По оценкам российских правоохранительных органов, коммерческие структуры в отдельных отраслях промышленности (нефть, газ, редкие металлы) тратят до 50% прибыли на подкуп должностных лиц. По самым скромным подсчетам, суммарные потери от коррупции в нашей стране составляют не менее 20 млрд долларов в год (существуют оценки, по которым потери от коррупции составляют около 70 млрд долларов в год).

По оценкам РСПП, в каждой третьей компании проверяющие требуют избыточное число документов, многие чиновники теперь даже не выдумывают поводов для вымогательства, а действуют в открытую. По словам бизнесме-

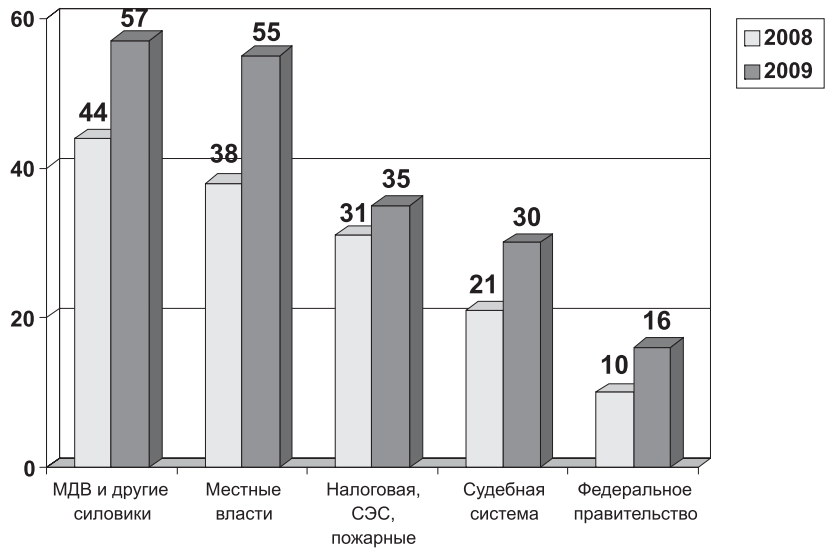


График. 2. Какие органы власти наиболее коррумпированы, в %

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 144

нов, за год более чем вдвое выросло число прямых или косвенных намеков на оплату «услуг» чиновников. На такой беспредел жалуются 30% бизнесменов. При этом труднее стало в целом пройти проверку без претензий со стороны проверяющих. Это получилось лишь у 13% опрошенных коммерсантов. Пару лет назад их доля была в два раза больше. Остальные были вынуждены платить: либо штрафы, либо мзду.

Бизнес несет потери, но принимает эти правила игры до тех пор, пока у него остается возможность получать прибыль. В условиях экономического кризиса положение усугубилось: если в 2008 году большинство (45%) предпринимателей верили, что для успешной работы нужно соблюдать закон, то в 2009-м на первое место (69%) вышло мнение, что нужно соблюдать «правила игры». При этом для «решения проблем» предприниматели стали обращаться в криминальные структуры (рост с 3 до 11%), а роль суда упала с 80 до 66%.

Коррупция тесно переплетается с теневой экономикой. Сама деятельность коррумпированных чиновников является одной из главных составляющих теневой экономики, поскольку их доходы, будучи полностью нелегальными, нигде не учитываются. Теневая экономика одновременно является и питающей средой для коррупции, поскольку предприниматели теневой сферы вынуждены использовать незаконные услуги чиновников. Тем самым они снижают конкурентоспособность предприятий легального сектора, стимулируя их к уходу в теневой сектор.

Коррупция искажает экономическую и финансовую среду ведения бизнеса, уменьшает эффективность государственного управления и бизнеса, стимулы к инвестициям, сдерживает экономическое и политическое развитие, порождает социальное неравенство, а также вносит определенную нестабильность в политический процесс. Например, в начале 80-х годов коррупция в сочетании с неумелым управлением экономикой привела к неплатежеспособности такую богатую нефтью страну, как Венесуэла.

Коррупции подвержены и богатые и бедные страны, с демократическими и недемократическими институтами. Известно, что коррупция сыграла ключевую роль в изменениях в правительстве Японии, в реорганизации политической системы Италии, коллапсе правительственной власти, закона и порядка в Заире. В тех случаях, когда проводились успешные операции против коррупции, например операция «Чистые руки» в Италии, удавалось повысить эффективность использования государственных средств примерно на 20%.

Всемирный банк подразделяет коррупцию на две разновидности: административную и так называемый захват государства. «Захват государства» подразумевает действия компаний (как частных, так и государственных), неких групп или отдельных личностей, направленные на обеспечение льготами, преимуществами отдельных фирм, отраслей или узкого круга лиц путем оказания влияния на законы, указы и иные элементы государственной политики.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 145

В итоге государство действует не в общих интересах, а в частных. Административная коррупция, имеющая те же цели и правила, означает «намеренное внесение искажений в процесс исполнения законов и правил». Данный вид коррупции измеряют в доле средств дохода, которые тратят на взятки компании. В частности, в Восточной Европе фирмы ежегодно тратят в среднем 2,2% дохода на неофициальные платежи чиновникам, а в России — 2,8%.

Существует довольно распространенное мнение, что коррупцию можно победить с помощью сильного государства, диктатуры. Однако дело обстоит ровно наоборот. Большинство исследователей коррупции считают, что одной из причин ее распространения является «излишнее» государственное вмешательство в экономику, т.е. различные ограничения, регулирующие и контролирующие правила, накладываемые на свободных экономических агентов. Более того, парадоксально, но факт: при крайне жесткой и мало экономически обоснованной регламентации коррупция может играть даже позитивную роль, способствуя преодолению излишних административных барьеров. Которые, впрочем, как правило, ради этого и создаются...

Недавно Генпрокуратура направила в организацию Совета Европы «Группа стран против коррупции» («Греко») отчет об исполнении 26 рекомендаций, выданных ей европейскими экспертами в декабре 2008 года. Из отчета следует, что Россия исполнила полностью только12 рекомендаций, восемь выполнены частично, шесть не исполнены.

Предрассудки и декриминализация бизнеса

Становление предпринимательства в современной России происходило в сложных экономических и правовых условиях. Важным отличительным признаком этого периода был конфликтный характер взаимоотношений государства и предпринимателей, обусловленный их деятельностью в несовершенном правовом поле, когда массив законодательства был основан на понимании экономики как плановой, основанной исключительно на государственной собственности и защищаемой государством от участия в ней частной собственности, защищаемой в том числе путем прямой уголовной репрессии.

Даже после того, как государство на законодательном уровне признало право частной собственности, включая право вести на ее основе предпринимательскую деятельность, общая идея «криминальности» частного бизнеса продолжила свое существование как в государственном, так и в обыденном сознании. Такое атавистическое негативное отношение к частному предпринимательству было подкреплено и тем, что формирование рыночных институтов подчас опережало формирование соответствующего законодательства,

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 146

выводя тем самым обычные предпринимательские действия за формальные рамки, определяемые законом.

Декриминализация бизнеса необходима для преодоления предубеждения против частной собственности вообще и сформированного в массовом сознании в ходе реформ 1990–2000-х годов представления о предпринимательстве как о полукриминальной или даже криминальной деятельности, наносящей вред государству и обществу, а о самих предпринимателях — как о людях низкой морали и занимающихся деятельностью, находящейся на грани или за гранью закона.

Не зависящий от государства, неподконтрольный частный капитал продолжает вызывать опасение в обществе и у госструктур. В результате последовательно формируются механизмы зависимости бизнеса от должностных лиц, в том числе посредством незаконных рычагов давления. То есть криминализируются сами методы реализации власти. Такой механизм в наиболее очевидной форме действует в сфере налогообложения, где искусственно созданы условия для нарушения закона. Ведь в такой ситуации очень легко оказывать давление на предпринимателей: поскольку они не доплачивают налоги в госбюджет, то, соответственно, не имеют правовой защищенности и выводятся в криминальную сферу. Существуют и другие многочисленные способы выведения бизнеса за рамки закона. А в результате остро встает проблема защиты собственности и личной свободы предпринимателя.

Массовые нарушения законодательства — это своего рода форма забастовки предпринимателей, т.е. форма протеста против неразумных мер госрегулирования. Подобные массовые нарушения должны вести к изменению законодательства без промедления и автоматическому пересмотру ранее возбужденных дел. Иначе можно пересажать всех тех, кто вне зависимости от своих личных качеств обеспечивает развитие экономики, платит налоги и создает рабочие места.

В постсоветских обществах, как правило, не любят богатых, успешных, с трудом признают частную собственность. Бизнесмены воспринимаются едва ли не как враги народа, и эта психологическая традиция делает бизнес опасно зависимым от политической конъюнктуры. Конкретные бизнесмены, как и конкретные представители других профессий, могут не вызывать большой симпатии. Но нужно твердо усвоить, что именно предприниматель — кормилец: все остальные могут быть умными, сильными, замечательными, но не они организуют производственный процесс, который приносит деньги. А деньги он приносит потому, что предприниматель раньше и лучше всех понял, что людям надо: какие товары, какие услуги.

Как иронично отмечал классик современного неоинституционализма О. Уильямсон, в социальных институтах нуждаются ограниченно разумные существа небезупречной нравственности. Значительная часть институтов —

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 147

традиций, обычаев, правовых норм — призвана уменьшить негативные последствия ограниченной рациональности (отражает факт ограниченности человеческого интеллекта и признания того, что знания человека всегда неполны) и оппортунистического поведения (формы нарушения взятых на себя обязательств, например уклонение от условий контракта). При отсутствии проблем ограниченной рациональности и оппортунистического поведения потребность во многих институтах попросту отпала бы.

На Западе давно сформировались базовые принципы взаимоотношений власти и собственников и как аксиома воспринято: нельзя трогать собственность, собственность — священна. Законность и позитивный психологический настрой в обществе в отношении предпринимательства — это реальные механизмы защиты бизнес-сферы. Хотя потребность в защищенности законом, в верховенстве права является универсальным интересом всех граждан, независимо от их материального положения.

Вместе с тем имидж предпринимательства в целом, как и имидж любой конкретной компании, — это часть капитализации бизнеса, а преодоление негативного образа тоже стоит денег. Поэтому отношение государства к бизнесу, оценки высших должностных лиц в СМИ не только создают (или не создают) благоприятную атмосферу для экономического развития страны, для расширения деятельности компаний, но и сказываются на их инвестиционных возможностях и тем самым либо способствуют инвестиционной деятельности, либо ее сдерживают.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 148

Л.М. Григорьев

Президент фонда «Институт энергетики и финансов», декан факультета менеджмента Международного университета в Москве, член Группы «СИГМА»

А.А. Курдин

Аспирант экономического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова, эксперт фонда «Институт энергетики и финансов»

УГОЛОВНОЕ ПРЕСЛЕДОВАНИЕ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ ПРЕСТУПНОСТИ И ЭКОНОМИЧЕСКАЯ АКТИВНОСТЬ

Активные дискуссии о необходимости декриминализации бизнеса в России нуждаются в подкреплении более детальным экономическим анализом. Системной проблемой является, в какой степени мы имеем дело собственно с преступностью, а в какой — с чрезмерной активностью правоохранительных органов, выполняющих свои внутренние ведомственные установки. Мы надеемся на лучшее и порядочность правоохранительной системы, но в любом случае оказываемся перед проблемой несовершенства этой системы и законодательства. Масштабы воздействия правоохранительной системы на условия ведения бизнеса в стране существенно превышают простое обеспечение выполнения набора формальных норм и правил. Важно учитывать представления бизнес-сообщества о правилах работы системы и соответствующие ожидания бизнесменов, которые определяют принимаемые бизнесом решения. Микрорешения бизнеса транслируются в конечном итоге в эффективность хозяйствования, инновационность и прогресс национальной экономики.

Одной из наиболее острых проблем страны в этом контексте является модернизация уголовного законодательства и правоприменения. На сегодняшний день существуют разработки, посвященные несовершенствам уголовно-правовой системы России в сфере экономики, в частности работа Института проблем правоприменения (Санкт-Петербург)[1], которая снабжена серьезным анализом статистических материалов. В то же время интерес представляет не только выявление проблем законодательства и правоприменения, но и анализ экономических последствий существующей ситуации.

Анализ борьбы с преступностью в экономической сфере требует выделения объекта рассмотрения. В настоящее время понятие экономической преступности не определено однозначно, что порождает нечеткость в определении

---

[1] См.: Волков В.В., Панеях Э.Л., Титаев К.Д. Произвольная активность правоохранительных органов в сфере борьбы с экономической преступностью. Анализ статистики. СПб.: ИПП ЕУ СПб., 2010.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 149

границ объекта. В соответствии с Уголовным кодексом РФ к разделу преступлений в сфере экономики (разд. VIII) отнесен широкий круг преступлений против собственности (гл. 21 УК РФ), в том числе грабеж, разбой, кражи всех видов, непосредственно преступления в сфере экономической деятельности (гл. 22 УК РФ), в том числе незаконное предпринимательство, легализация доходов, уклонение от налогов и т.п., а также преступления против интересов службы в частных организациях (гл. 23 УК РФ). Такое понимание экономических преступлений представляется слишком широким.

В то же время рассмотрение экономической преступности исключительно в пределах главы 22 УК РФ не позволяет включить в анализ такие преступления, как, например, различные виды хищений (мошенничество, присвоение или растрата).

Более близким по масштабу представляется понятие «корпоративная преступность», подразумевающее преступные действия со стороны руководителей предприятия и его служащих в связи с их профессиональной деятельностью. Как правило, корпоративная преступность не связана с насилием. Подробно этот феномен исследован в работе М. Клайнарда и П. Йигера «Корпоративная преступность»[1]. Действительно, большинство статей главы 22 УК РФ так или иначе связаны с предпринимательской деятельностью. В то же время к корпоративной преступности можно частично отнести мошенничества, хищения, кражи, подкуп госслужащих и т.д.

С корпоративной преступностью соседствует по смыслу понятие «беловоротничковая преступность» (введено Э. Сазерлендом в 1939 г., подробно рассмотрено в одноименной работе 1949 г.[2]), к которой относятся преступления, совершаемые бизнесменами и квалифицированными специалистами[3] и связанные с их служебными обязанностями. В указанных работах, опирающихся на опыт США, большое внимание уделялось оценке роли, масштабов и последствий экономической преступности и корректировке отношения к ней со стороны общественности и правоохранительных органов. В российских условиях, характеризующихся неустойчивостью системы защиты прав собственности, особую важность приобретает корректность работы правоохранительной и судебной системы при преследовании экономической преступности. В нашей статье мы обратимся именно к проблеме законодательства и правоприменения в отношении экономической преступности.

Отметим, что в российской статистике — как в статистике МВД, так и в данных Росстата — предусматривается существование особой категории для отражения экономической преступности: «преступления экономической

---

1 См.: Clinard M., Yeager P. Corporate Crime. N. Y.: Free Press, 1980; L.: Collier MacMillan Publishers, 1980; New Brunswick: Transaction Publishers, 2006.
2 См.: Sutherland E. White Collar Crime. N.Y.: Holt Rinehart and Winston, 1949.
3 См.: Sutherland E. White-Collar Criminality // American Sociological Review. 1940. Vol. 5, N 1. P. 2.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 150

направленности» у МВД и «преступления в сфере экономики» у Росстата. В обоих случаях учитываются не только преступления в сфере экономической деятельности согласно главе 22 УК РФ, но и частично преступления из других глав: хищения (кража, мошенничество, присвоение или растрата), взяточничество. Такой подход представляется вполне обоснованным, хотя существует и проблема в связи с неполным соответствием классификаций друг другу.

Для примерной оценки структуры и масштабов трансакционных издержек, связанных с особенностями уголовного преследования в России, рассмотрим статистику процесса расследования и передачи в суд дел по распространенным преступлениям экономического характера. Здесь наш анализ будет близок к анализу, проводимому в работе В. Волкова и др.[1]

Рассмотрим соотношение зарегистрированных преступлений и переданных в суд дел по некоторым статьям УК РФ, соответствующим экономическим преступлениям (см. графики 1, 2).

Выясняется, что по статье «Мошенничество» (ст. 159, рассматриваются только преступления экономической направленности, следуя классификации МВД) правоохранительные органы в последние годы направляли в суд лишь около 70% возбужденных дел, причем эта доля оставалась почти неизменной в течение 2003–2008 гг.

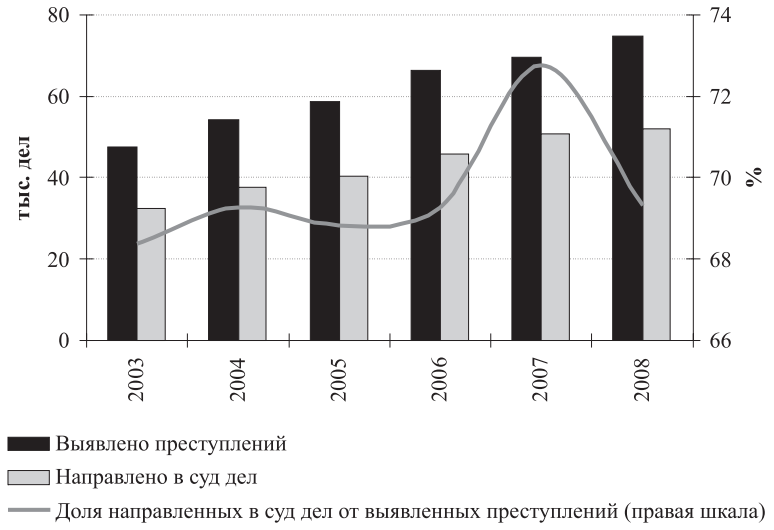
Значительная часть дел по статье «Мошенничество» (рассматриваемой в целом, а не только в пределах экономической направленности) не заканчивается судебным приговором. Так, в 2009 г. были прекращены дела по 21,5% лиц, привлеченных по ст. 159 УК[2]. Вместе с тем прекращение основывалось, как правило, не на реабилитирующих обстоятельствах (отсутствие состава преступления, непричастность и т.п.), а на деятельном раскаянии или примирении с потерпевшим (почти 90% случаев, преимущественно по первой и второй, более «легким», частям статьи). Поэтому нельзя утверждать, что дело «разваливается» в суде за отсутствием доказательств — стороны скорее пытаются урегулировать его с минимальными репутационными и иными издержками. Доля оправдательных приговоров по рассматриваемой статье составляет в среднем лишь 0,6% (0,2% для частей 1 и 2), хотя для части 3, предусматривающей мошенничество в крупном размере или с использованием служебного положения, доля оправданий достигает 1,8%, для части 4 (особо крупный размер или действия организованной группы) — 2,9%. Таким образом, обвинительный уклон существенно заметнее для более «легких» частей статьи. 30,3% наказаний по ст. 159 УК РФ в 2009 г. составили реальные сроки,

---

1 См.: Волков В.В., Панеях Э.Л., Титаев К.Д. Указ. соч.

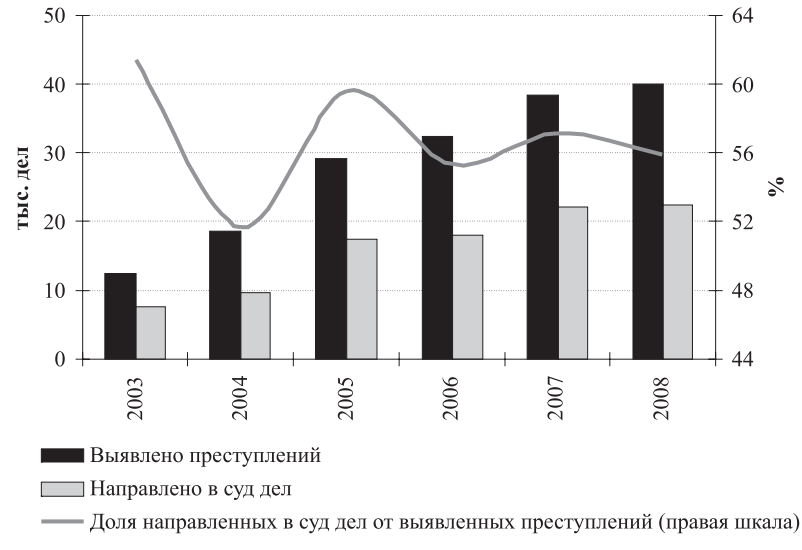
2 Здесь и далее информация о приговорах и прекращении дел за 2009 г. основана на данных Судебного департамента при Верховном Суде РФ «Статистические сведения о состоянии судимости в России за 2009 г.» (http://www.cdep.ru/index.php?id=5&item=316), без учета сложения наказаний.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 151



Источник: МВД РФ (URL: http://www.mvd.ru/stats).

График 1. *Мошенничество экономической направленности (по квалификации МВД): число возбужденных и доведенных до суда дел*



Источник: МВД РФ (URL: http://www.mvd.ru/stats).

График 2. *Преступления в сфере экономической деятельности (гл. 22 УК РФ, без учета подделки денег и ценных бумаг): число возбужденных и доведенных до суда дел*

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 15:20 Page 152

43% — условные, 15,2% — штрафы. По мере возрастания тяжести мошенничества (соответственно номеру части ст. 159) вполне ожидаемо уменьшается доля наказаний, не связанных с лишением свободы. В то же время при мошенничестве в крупном размере или с использованием служебного положения (ч. 3. ст. 159) всего 26,6% наказаний составили реальные сроки, что ниже, чем в среднем по статье, зато очень часто, в 62% приговоров, наказание в виде лишения свободы назначается условно.

По статье «Присвоение или растрата» (ст. 160 УК РФ, с учетом исключительно преступлений экономической направленности) доля дел, доходящих до суда, составляет 85–90%. Специфика преступления обусловливает более высокую раскрываемость: «хищение чужого имущество, вверенного виновному» автоматически предполагает незначительные трудности в обнаружении преступника.

В целом по данной статье в судах прекращается производство в отношении 20% привлеченных лиц (данные 2009 г.), при этом более чем в 90% таких случаев речь идет о примирении сторон либо о деятельном раскаянии, как и в случае с мошенничеством, опять-таки преимущественно по более «легким» частям 1 и 2. Для частей 3 и 4, предусматривающих более крупные размеры похищенного, использование служебного положения или действия организованной группы, случаи прекращения дел практически отсутствуют, зато доля оправдательных приговоров достигает 1,4–1,5% от всех приговоров (по первым двум частям — 0,1–0,2%). 10,4% приговоров предусматривают реальные сроки лишения свободы, 57,8% — условное назначение наказания, 17% — штрафы. Так же, как и в случае мошенничества, по мере возрастания тяжести преступления сокращается доля назначенных наказаний, не связанных с лишением свободы.

Рассматривая преступления в сфере экономической деятельности (глава 22 УК РФ), мы исключили фальшивомонетничество (ст. 186) в силу специфики раскрываемости этих преступлений: из общего количества зарегистрированных преступлений раскрывается менее 10%.

Согласно статистике преступлений в сфере экономики (гл. 22 УК РФ, без ст. 186, с учетом только преступлений экономической направленности по классификации МВД), до суда в последние годы доходило лишь 55–60% дел. Особенно невелик этот показатель среди преступлений по статье «Незаконное предпринимательство» (37,9% в 2008 г.), статьям о незаконном банкротстве (16,8% в 2008 г.), статьям об уклонении от налогов (25,3% в 2008 г.).

Довольно высока доля дел, прекращенных в суде, по статьям главы 22 в целом. Так, по налоговым статьям в 2009 г. она составила от 20,6% (по организациям) до 34,9% (по физическим лицам) привлеченных лиц, по незаконному предпринимательству — 18,4%, преимущественно в связи с деятельным раскаянием, хотя по некоторым статьям этот показатель существенно ниже (по

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 153

контрабанде — 2,4%). При этом доля оправдательных приговоров по основным статьям из данной главы не превышает 3%.

Наказания по статьям главы 22 преимущественно не связаны с лишением свободы, по крайней мере с реальными сроками. Так, по статье «Незаконное предпринимательство» реальное лишение свободы в 2009 г. было предусмотрено лишь в 5,6% приговоров, назначение наказания условно — в 28,8%, штрафы — в 60,5% случаев, по налоговым статьям 3,9% приговоров содержали реальные сроки, 50,8% — условное наказание, 41,7% — штрафы. Лишь по контрабанде доля реальных сроков среди назначенных наказаний довольно высока, составив 27,5%.

Описанная выше ситуация в сфере уголовного преследования экономических преступлений представляется не вполне оптимальной с точки зрения общественного благосостояния. Существуют возможности для ее модификации.

Функционирование системы защиты прав собственности в целом и системы уголовного преследования экономической преступности в частности всегда сопряжены с трансакционными издержками. Следуя методологии нобелевского лауреата 2009 года О. Уильямсона, можно выделить издержки *ex ante* и *ex post*, т.е. до и после момента операции. Для случая уголовного преследования исходным критическим моментом является вынесение судебного решения по соответствующему делу. В данной ситуации происходит перераспределение прав, осуществляемое судом, который принимает решение об изменениях прав собственности и свободы (личной свободы и свободы вести деловые операции) подсудимого и других заинтересованных сторон или сохранении статус-кво.

К издержкам общества *ex ante* можно отнести следующее.

1. *Общественные издержки, связанные с обеспечением работы системы правоохранительных и судебных органов*. Этот вид трансакционных издержек является неотъемлемым атрибутом защиты прав собственности. Можно утверждать, что именно эти издержки должны занимать наибольшее место в структуре затрат общества на поддержку прав собственности. Это возможно в случае, если указанные системы адекватно выполняют свои функции и не наносят существенного побочного ущерба экономической активности.

2. *Издержки, связанные с реорганизацией деятельности предпринимателей.* Недостаточная эффективность работы правоохранительной и судебной системы обусловливает возникновение значительного бремени издержек у предпринимателей и общества в целом, зачастую не принимаемых во внимание как при исследованиях, так и при принятии политических решений. В случае уголовного преследования речь идет о потерях вследствие осуществления уголовного производства. То есть в нормальных условиях любые судебные дела не должны нарушать течение деловой активности. Де-юре уголовное производство до ре-

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 154

шения суда не должно приводить к изменениям в правах собственности и свободы, но де-факто в нынешних условиях оно влечет за собой ряд существенных издержек для конкретного предпринимателя и общества в целом.

Фактически может произойти приостановка или реорганизация бизнес-процессов на предприятии. Это означает не только потери предпринимателя (которые потом, разумеется, не будут учтены, к примеру, при назначении штрафа), но и потери общества. Предприятие встроено в определенные цепочки добавления стоимости, переключение на ряде рынков может быть сопряжено со значительными потерями контрагентов. В итоге это может привести и к потерям для конечных потребителей. Вдобавок предприниматель несет репутационные издержки, и это также может вызвать потери не только у него, но и у контрагентов — к примеру, за счет необходимости создания дополнительных гарантий вследствие возросших рисков. В практическом плане речь идет о сокращении инвестирования, потерях доступа к кредитованию, нарушении договорных и неформальных отношений с партнерами в бизнес-среде (которые могут испытывать недоверие к «партнеру под ударом»), попытках вывести средства или консолидировать их для защиты,

В то же время предприниматель может не ожидать пассивно судебного решения в попытках продолжить обычную деятельность, а избрать альтернативную стратегию, не дожидаясь начала уголовного преследования, даже если его деятельность абсолютно законна. В частности, он может сознательно снизить активность (в том числе отказаться от всех рискованных операций), полностью или частично перевести бизнес в теневой сектор или вывести активы за границу.

Наконец, одним из вариантов альтернативной стратегии является прекращение производства за взятку. Издержки этих явлений для конкретного предпринимателя и общества сведены в табл. 1. Предприниматель может принимать решение и в смешанных стратегиях, в этом случае издержки будут сочетаться в некоторой пропорции.

Таблица 1 показывает связь между индивидуальными издержками бизнеса при ведении дел в свою защиту и издержками общества. Важно отличать неизбежные издержки, которые возникают при правомерном рассмотрении дел при нормальной судебной практике, отсутствии коррупции в правоохранительной и судебной системе. Потери бизнеса при его обоснованном преследовании являются одновременно общественными издержками — вложениями в поддержание эффективной правовой среды, которые обеспечивают в идеальном случае эффективность вложений капитала и бизнеса в экономике в целом. Иное дело — издержки при чрезмерной жестокости закона, неудачной (не соответствующей реалиям страны) кодировке преступлений, неправомерных действиях (или коррупции) в правоохранительной и судебной системе. В этих случаях издержки общества возрастают, но не компенсируются укрепле-

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 15:20 Page 155

нием режима. Напротив — мы можем говорить о системных избыточных издержках ex ante.

Таблица 1. Издержки ex ante предпринимателя и общества от уголовного преследования экономической преступности, связанные с реструктуризацией деятельности предприятий

Стратегия предпринимателя	Издержки предпринимателя	Издержки общества
Пассивная стратегия	Приостановка бизнес-процессов, репутационные потери	Издержки переключения на другие предприятия и адаптации
Взятка	Сумма взятки	Повышение уровня коррупции и административных барьеров
Снижение активности, перестройка деятельности	Издержки от субоптимального выбора бизнес-стратегии	Снижение общего уровня экономической активности
Переход в теневой сектор	Ограничение легальных возможностей, репутационные потери	Сокращение налогооблагаемой базы, развитие теневой экономики
Вывод активов за границу	Изменение и усложнение организационной структуры, адаптация к зарубежным требованиям	Сокращение налогооблагаемой базы, возможно, внутреннего спроса и инвестиций

«Рациональное ожидание» необоснованных конфликтов бизнеса с правоохранительной системой вынуждает бизнесменов проводить защитные мероприятия для сохранения бизнеса или доходов. Угроза гибели бизнеса (фирмы) путем отъема бизнеса (рейдерство с использованием судебных дел), осуждения или принуждения к продаже активов становится частью системных проблем делового климата. Практически это ведет к снижению инвестирования в национальную экономику, отвлечению средств на потребление коррупционеров (взятки или вынужденная уступка долей собственности), прочее.

3. *Издержки, связанные с привлечением третьих лиц* к производству: свидетелей, присяжных и т.п.

К издержкам *ex post* можно отнести следующие виды затрат.

1. *Затраты на исполнение наказаний*, т.е. затраты на обеспечение деятельности службы исполнения наказаний.

2. *Издержки от неправильных решений* (наказание добросовестных предпринимателей и продолжение деятельности недобросовестными предпринимателями). Эти издержки влекут за собой искажение стимулов в экономической системе, провоцируют оппортунистическое поведение и потерю доверия к формальным институтам.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 156

3. *Издержки, связанные с исключением производительных сил из хозяйственной деятельности.* Даже в случае принятия верного решения судом недобросовестный предприниматель или сотрудник оказывается занятым не в своей профессиональной сфере, где его труд был бы наиболее эффективен. Кроме этого, эффективность труда подрывается отсутствием стимулов, что естественным образом свойственно принудительной занятости.

Важно отметить, что все эти издержки — как ex ante, так и ex post — в ряде случаев оказываются вполне оправданными с точки зрения общественного благосостояния, обеспечивая производство правопорядка и поддержку устойчивых прав собственности.

В то же время важнейшей целью государства является минимизация таких издержек. В случае России существуют серьезные основания утверждать, что в данном направлении есть еще значительный резерв для повышения эффективности.

Значительная доля дел, не доведенных до суда (30% по мошенничеству, 45% по преступлениям в сфере экономической деятельности), т.е. не приведших к какому бы то ни было результату, говорит о том, что существенная часть трансакционных издержек ex ante не связана с общественными выгодами, т.е. представляет собой чистые потери общества.

Интерес также представляет сохранение постоянной пропорции между возбужденными и доведенными до суда делами год от года. Это заставляет сделать предположение о наличии структурного препятствия, формирующего дополнительные издержки ex ante. Оно может скрываться либо в стимулах к необоснованному возбуждению уголовных дел, либо в существовании непреодолимых препятствий в ходе расследования, вызванных или правовыми барьерами, или опять же искаженными стимулами внутри правоохранительной системы.

Указанные закономерности заставляют задуматься о структурном реформировании сложившейся системы в целях минимизации так называемых потерь «мертвого груза».

Высокая доля прекращений экономических дел на судебной стадии обусловлена, как оказалось, деятельным раскаянием или примирением с потерпевшими. Следовательно, в этом случае, несмотря на прекращение, экономический результат дела присутствует и говорить о необоснованном ведении судебного преследования нельзя. В то же время возникает вопрос, почему такие дела, которые де-факто заканчиваются возмещением убытков и/или выплатой неустойки, нельзя провести в рамках гражданско-правовых отношений. По крайней мере, это означало бы меньшие репутационные издержки. Поэтому в этой области также вполне вероятно существование узких мест, препятствующих осуществлению защиты прав собственности в рамках гражданского права.

Низкая доля оправдательных приговоров характерна для российской судебной системы в целом, а не только для экономических преступлений. Но

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 157

рассмотрение данного явления — так называемого обвинительного уклона правосудия — выходит за пределы этой работы. Здесь отметим лишь, что возрастание доли оправданий по мере повышения тяжести преступления, в частности размеров присвоенного, также позволяет предположить существование искажений, приводящих к реализации обвинительного уклона преимущественно в отношении более легких преступлений. Такая ситуация в свою очередь может исказить стимулы экономических агентов и способствовать активизации преступного поведения.

Согласно методологии новой институциональной экономической теории, при рассмотрении перспектив развития институтов, возможностей их реформирования следует не пытаться достичь идеального состояния, а сопоставлять осуществимые альтернативы с учетом их выгод и издержек. Здесь мы рассмотрим некоторые обобщенные решения, которые могут повлиять на сумму и распределение трансакционных издержек. Разумеется, приведенный в табл. 2 список не является исчерпывающим, кроме того, указанные решения могут быть взаимодополняемыми.

Таблица 2. Возможные меры по совершенствованию уголовного преследования экономических преступлений с точки зрения трансакционных издержек

	Общественные издержки
Существующая ситуация	Высокие издержки *ex ante*, связанные с реорганизацией бизнеса и цепочек добавления стоимости, существенные издержки *ex post*, связанные с исключением ресурсов из хозяйственной деятельности при реальном лишении свободы
Сужение круга уголовно наказуемых деяний	Снижение издержек *ex ante* вследствие меньшего количества возбужденных дел, возрастание издержек вследствие повышения вероятности преступного поведения
Преимущественное использование наказаний в виде штрафов	Снижение издержек *ex post* от исключения ресурсов, возрастание издержек возможного продолжения недобросовестной деятельности мошенником на свободе
Усиление контроля над правоприменением	Возрастание издержек *ex ante* на содержание правоохранительных органов, снижение издержек *ex ante*, связанных с реорганизацией бизнеса, снижение издержек *ex post* от неправильных решений

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 158

Л.М. Григорьев
Президент фонда «Институт энергетики и финансов», декан факультета менеджмента Международного университета в Москве, член Группы «СИГМА»

А.А. Курдин
Аспирант экономического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова, эксперт фонда «Институт энергетики и финансов»

И.А. Новиков
Управляющий партнер юридической фирмы «Новиков и советники» (Алма-Ата, Республика Казахстан)

ЗАЩИТА ПРАВ СОБСТВЕННОСТИ И ПОТОКИ КАПИТАЛА

Важным фактором, воздействующим на проблему защиты прав собственности, становится глобализация рынков капитала. При существующем в мире либеральном режиме притока и оттока капиталовложений государствам приходится вступать между собой в конкуренцию за инвесторов. Одним из основных параметров международной конкурентоспособности в этой сфере является низкий уровень страновых рисков, в первую очередь риска экспроприации активов.

Проблему трансграничных потоков капитала усугубляет наличие офшоров с заведомо более привлекательными условиями ведения деловых операций и защиты активов. Слабая защита прав собственности становится мощным стимулом для вывода прямых активов за границу и снижения налогооблагаемой базы в пределах страны.

В простейшем виде офшор для стран с хорошей защитой прав собственности — это лишь налоговая гавань. Но для стран с неустойчивыми правами собственности офшор становится способом защиты капитала от экспроприации.

Размещение активов в зарубежной юрисдикции было свойственно России начиная с 1990-х гг. в связи с особенностями процесса приватизации и существованием угрозы пересмотра ее итогов с использованием различных механизмов. Но со временем это родимое пятно российской приватизации не исчезло.

Актуальность для России этой проблематики очевидна: в 2009 г. в первой пятерке стран — источников иностранных инвестиций в российскую экономику находились Люксембург, Нидерланды и Кипр. Таблицы 1 и 2 дают картину потоков капитала из России и в Россию, а также накопленных зарубежных инвестиций.

Лидирующая роль офшоров (в первую очередь Кипра) в трансграничных потоках капитала в Россию и из нее, очевидно, сохраняется с 90-х гг. до сих пор. Это лидерство становится еще более очевидным при добавлении к группе офшоров, установленных списком Министерства финансов РФ, еще нескольких юрисдикций: Нидерландов, Люксембурга, Швейцарии.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 159

Таблица 1. Потоки и запасы иностранных инвестиций России, 2009 г. (млрд долларов США)

	Из России		В Россию	
	Инвестиции 2009	**Накопленные инвестиции**	**Инвестиции 2009**	**Накопленные инвестиции**
Офшоры*	9,19	23,31	11,34	63,72
Нидерланды	10,72	12,89	11,64	48,62
Люксембург	0,42	1,25	11,72	37,16
Швейцария	34,88	6,58	3,59	4,68
Всего	55,20	44,02	38,29	154,18
Остальные	27,70	21,06	43,64	114,05
Доля офшоров*, Нидерландов, Люксембурга, Швейцарии, % от суммы по всем странам	66,58	67,64	46,74	57,48

Источник: ФСГС РФ.

* Список офшорных зон взят из Приказа № 108н Министерства финансов РФ от 13 ноября 2007 г.

Таблица 2. Потоки и запасы прямых иностранных инвестиций России, 2009 г., (млрд долларов США)

	Из России		В Россию	
	Инвестиции 2009	**Накопленные инвестиции**	**Инвестиции 2009**	**Накопленные инвестиции**
Офшоры*	4,55	15,77	5,25	42,00
Нидерланды	10,02	12,40	1,44	29,07
Люксембург	0,00	0,48	0,10	1,18
Швейцария	0,59	2,06	0,34	2,07
Всего	15,16	30,71	7,13	74,32
Остальные	2,29	13,92	8,77	34,70
Доля офшоров*, Нидерландов, Люксембурга, Швейцарии, % от суммы по всем странам	86,88	68,80	44,84	68,17

Источник: ФСГС РФ.

* Список офшорных зон взят из Приказа № 108н Министерства финансов РФ от 13 ноября 2007 г.

Нидерланды — это классический пример того, как государство с высокой степенью контроля бизнеса и высокими налогами конкурирует с офшорами, более того, консультирует граждан по организации деятельности за рубежом. В то же время благодаря существованию широкой сети двусторонних соглашений по налоговым вопросам с разными странами, а также наличию в рамках голландской юрисдикции территорий с режимом облегченного налогообложения (в частности, Антильских островов) страна может предоставлять

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 160

льготные условия для организации холдингов, владеющих предприятиями в третьих странах.

Люксембург, не являясь офшором в узком смысле этого слова, также предоставляет ряд возможностей для снижения налогообложения холдингов и реализации иных корпоративных схем оптимизации. Швейцария концентрирует преимущественно инвестиции, проходящие в российской статистике по разряду «прочие», т.е. разнообразные кредиты и вклады, что легко объяснимо высоким развитием финансовой индустрии и особенностями регулирования, в том числе уровнем охраны банковской тайны.

Лидерство одних и тех же юрисдикций по потокам капитала в обоих направлениях заставляет ставить вопрос о том, что де-факто это международное движение капиталов является искусственным, а не подчиняется объективным рыночным законам (выгодность вложений и пр.). На самом деле ведущие позиции указанных стран в списке основных инвестиционных партнеров России по обоим направлениям еще раз подчеркивают важность правовых характеристик рынка капитала. Движение потоков капитала обусловлено не только и не столько наличием сравнительных преимуществ по стоимости рабочей силы, или доступности природных ресурсов, или даже уровню налогов, а механизмом взаимоотношений государства и бизнеса.

Государство способно предложить низкие налоги при условии сомнительной репутации данной юрисдикции и при дополнительных издержках на усложнение и интернационализацию структуры компании — таков случай офшоров. Альтернативой является более высокий уровень налогов при положительной репутации юрисдикции, которая связана также и с высоким уровнем защиты прав собственности.

Формирование за границей — необязательно в офшорах — юридических лиц (обычно фондов), контролирующих российский бизнес, становится не только способом ухода от налогов, но и частным механизмом защиты прав собственности. Уязвимость собственника в этом случае сокращается не только за счет территориального расположения в другой юрисдикции, но и за счет сокрытия реального распределения прав собственности.

Глобальный кризис подчеркнул существующие проблемы непрозрачности мировой финансовой системы и стал поводом для кампании по активизации контроля над офшорными схемами. В условиях международного давления на налоговые гавани и приемлемой для бизнеса налоговой политики в России у предпринимателей могут возникнуть стимулы к частичному отказу от вывода активов за границу. Ключевым фактором принятия решения при этом становится защищенность прав собственности в России.

В этой связи большую важность приобретают меры по снижению риска экспроприации активов и бизнеса в целом посредством необоснованного уго-

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 161

ловного преследования, в том числе и за счет смягчения и гармонизации законодательства и модернизации подходов в правоприменении.

Существует и другой аспект проблемы вывода капиталов за рубеж. Очевидно, что преимущества офшоров используются для увода и легализации средств, добытых преступным путем, в том числе чиновниками (казнокрадство, коррупция, отъем собственности путем передачи долей в офшорных компаниях, создания приватных фондов и трастов). Эти средства либо не вернутся в Россию вообще, либо вернутся в качестве инвестиций, кредитов, впрочем, скорее всего, в виде спекулятивных денег и уйдут обратно с первой угрозой кризиса, усугубляя тем самым проблемы страны.

Вопрос стоит о том, каким образом, в дополнение к экономическим методам, которые должны иметь приоритет, можно бороться с этим явлением. Следует установить в отношении чиновников требование по декларированию имущества и активов за пределами страны. Особой строкой в такой декларации должны идти обязательная отчетность о наличии счетов в зарубежных банках, банковские детали (реквизиты), информация о движении средств по счету, а также сведения о наличии за рубежом недвижимости, корпораций, трастов, фондов, бенефициаром которых являются чиновник или его родственники, с указанием управляющего этих фондов и обслуживающего банка. В любом случае источники происхождения средств должны быть подтверждены и опубликованы в виде заявления по специальной форме. Подача отчетности и заявлений должна быть ежегодной и пожизненной, в том числе после ухода на пенсию. За сокрытие данной информации должна быть установлена уголовная ответственность.

В принципе, именно на борьбу с этим явлением изначально должны быть направлены статьи 174 и 174.1 УК РФ о легализации (отмывании) преступно нажитых средств.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 162

А.Г. Федотов
Кандидат юридических наук, адвокат Одинцовской городской коллегии адвокатов

НЕКОТОРЫЕ ДИСКУССИОННЫЕ ПРОБЛЕМЫ УГОЛОВНОГО ПРАВА

1. Предварительные замечания

Приступив к разработке концепции и начав с попыток разрешения общеизвестных проблем, связанных с негативными аспектами применения уголовного закона относящегося к сфере экономики, рабочая группа очень быстро столкнулась с множеством вопросов, не относящихся исключительно к узкой сфере концепции и представляющих собой неразрешенные и даже неразработанные проблемы не только теории уголовного права, но и общей теории права. Неразрешенность этих проблем и отсутствие по ним общепринятого или преобладающего мнения, а иногда и просто достаточного для формирования обоснованной позиции исследовательского материала привели к тому, что концепция была сформулирована достаточно компактно, так как стандартный для такого рода работ принцип консенсуса участников рабочей группы не позволил включить в нее целый ряд важных положений, которые не всем представлялись верными, или не вызывающими принципиальных возражений, или достаточно разработанными.

Это стало еще одним свидетельством обоснованности мнения ряда специалистов, которые оценивают нынешнее общее состояние уголовного права как кризис, а состояние теории уголовного права — как отстающее от реалий современности, так как исследования даже весьма наглядных и острых проблем уголовного законодательства и его применения порой находятся только в стадии постановки проблемы, а теория продолжает предлагать решения, вектор которых направлен не в будущее, а в прошлое. И в этом смысле мы оказываемся отброшенными назад, поскольку, по справедливому замечанию А.Э. Жалинского, для уголовного права, как ни для какой другой отрасли, необходимо время для вызревания уголовно-правовой мысли, а любое действенное (не «бумажное») реформирование уголовного закона непременно должно быть основано на социальном консенсусе по тому или иному вопросу, что также требует времени для формулирования и согласования.

Участие в рабочей группе судей, которые не одно десятилетие входили в руководство высших судов страны, позволило группе более масштабно взглянуть на исследуемые проблемы, увидеть те разрывы и даже провалы в реальном правопорядке, которые возникают между текстом уголовного закона, его применением и пенитенциарными и социально-экономическими послед-

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 163

ствиями такого применения. В частности, стала очевидна невозможность «локального» изменения состояния путем модернизации уголовного законодательства только в экономической сфере, без реального изменения уголовной политики государства в целом. При имеющемся общем состоянии уголовной политики (об общей направленности которой более всего свидетельствует тот факт, что в местах лишения свободы находится около одного процента населения страны) какие-либо «оазисы» (для предпринимателей или какого-то другого социального слоя) едва ли могут реально появиться в общей атмосфере крайне репрессивной уголовной политики, дополнительно ужесточаемой в рассматриваемом случае в связи с наличием имущественного интереса в переделе собственности и, соответственно, в максимально возможной по времени изоляции бывшего собственника.

По весьма точному определению Т.Г. Морщаковой, мы пришли к пониманию того, что существует потребность в новом уголовном праве. И эту потребность ощущают уже не только юристы, но и общество в целом, не говоря уже о профессиональных экономистах, которые давно оценивают состояние уголовной регламентации экономики в нашей стране как неудовлетворительное.

Таким образом, мы должны двигаться к созданию нового уголовного права, которое было бы подготовлено новыми серьезными исследованиями по теории уголовного права и общей теории права, основанными на отказе от идеи ничем не ограниченного права государства использовать «дубину» уголовного права по любому своему усмотрению, и которое в перспективе может завершиться принятием нового Уголовного кодекса.

2. О предмете уголовного права

Всякое исследование по той или иной проблематике уголовного права неизбежно сталкивается с проблемой, отсутствие единства мнений по которой среди специалистов не только уголовного права, но и других отраслей права не просто ведет к дефектам уголовно-правовой регламентации, но и разрушительно для всей системы права, создает неприемлемые и неустранимые противоречия в реально складывающемся правопорядке. Это касается в первую очередь понимания в теории уголовного права предмета уголовного права. Речь идет именно о понимании предмета, а не о спорах о его дефинициях. Наиболее распространенное в настоящее время (унаследованное из социалистического прошлого) понимание предмета уголовного права основано прежде всего на методологических и теоретических воззрениях о том, что предмет каждой отрасли должен определяться как некоторый тип общественных отношений, особые характеристики и атрибуты которого и позволяют определить их как предмет конкретной отрасли права, а саму отрасль считать самостоя-

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 164

тельной, имеющей свой особый предмет. Такой подход используется в определении предмета большинства отраслей права и в советской и постсоветской общей и отраслевой теории права представляет собой в некотором смысле традиционную модель определения предмета отрасли права.

Поскольку уголовное право охраняет очень разнообразные общественные отношения, оказывается, что предмет уголовного права, определяемый по традиционной модели, постоянно «разваливается», так как оказывается «составлен» из слишком разнородных охраняемых отношений. В связи с этим в теории уголовного права даже сформировался некоторый «комплекс» предмета уголовного права, когда исследователи, использующие традиционную модель определения предмета отрасли права, неизбежно относят к предмету уголовного права общественные отношения, регулируемые иными отраслями и потому являющиеся их предметом в любом случае «до» уголовного права. Однако применительно к уголовному праву первоочередное значение имеет не полнота или неполнота научной аргументации или непротиворечивость, а тот практический результат, к которому ведет «дублирование» уголовным правом «чужого» предмета другой отрасли права. Законодатель, поддерживаемый сторонниками традиционных воззрений на предмет уголовного права, полагает, что в установлении уголовно-правовой регламентации он не связан ничем, кроме разово понимаемой целесообразности (политической, экономической, иной, верно или неверно понимаемой). Это основная «уголовно-правовая идея», которая сложилась еще в социалистический период страны и которая продолжает определять уголовную политику государства и сейчас. В этой, как сейчас модно выражаться, парадигме уголовное право используется как инструмент, в том числе инструмент «управления» экономикой, причем управления прямого, устраняющего всякое влияние на правоотношение его субъектов, чьи действия и воля заменяются волей государства (вернее — лиц, выступающих от имени государства).

Наиболее очевидным последствием основанной на таком подходе уголовной политики является «смешение» легальных действий и преступных деяний, поскольку одни и те же отношения объявляются одновременно предметом как неуголовной отрасли, так и уголовного права. Такой подход к уголовно-правовой регламентации общественных отношений ведет к тому, что легальные, способствующие жизнедеятельности общества отношения подавляются путем угрозы уголовной репрессии или реального применения таковой. Другой проблемой, связанной с традиционным пониманием предмета уголовного права, является дублирование санкций уголовного права и других отраслей права, при котором создается искусственная конкуренция норм, в традициях нашего правопорядка (которые в этой части, заметим, едва ли соответствуют принципам права) неизменно разрешаемая в пользу применения нормы уголовного закона.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 165

Как правило, основным аргументом специалистов, отказывающихся признавать такое необоснованное и подавляющее воздействие уголовного права на легальные отношения, является то, что уголовный закон не содержит норм, из которых следует, что легальное правоотношение может влечь за собой уголовное преследование. Действительно, следует признать, что текст уголовного закона, как правило, не содержит таких норм (хотя в единичных случаях это имеет место). Однако действительная норма такова, как она применяется к реальному правоотношению, а не как она описана текстом закона. Иное представление — это свойственный нашему профессиональному правосознанию безмерный позитивизм (если не сказать — юридический кретинизм), предлагающий текст закона рассматривать как единственную правовую реальность, вне зависимости от того, как он реализуется. Однако если реализация текста закона (правоприменение) такова, что de facto складывается стандарт, создающий свою норму, явно отклоняющуюся от текста закона, то заявления о том, что «текст закона хорош», постепенно начинают превращаться в заклинания вокруг «священного текста» при реально происходящем вокруг подавлении легальных правоотношений официальными толкователями этого текста.

В связи с этим при подготовке концепции в порядке дискуссии было предложено отказаться от традиционной модели определения предмета уголовного права и исходить из понимания уголовного права как отрасли, охраняющей не какой-то самостоятельный тип правоотношений, а весь правопорядок в целом путем установления границ легального правопорядка, за пределами которых правоотношение превращается в свою противоположность — преступное деяние и в пределы которых уголовное право не должно вторгаться, поскольку не может напрямую регулировать правоотношения, лежащие в границах легального правопорядка. Регулятивная функция уголовного права должна состоять не в регулировании «изнутри» конкретных отношений или типов отношений, регулируемых иными отраслями права и только охраняемых (и то в некоторых случаях) уголовным правом, а в определении того, что в данном правопорядке находится в легальном поле и потому является охраняемым (в том числе и уголовным правом), а что находится за пределами легального правопорядка и потому является объектом подавления посредством уголовной репрессии. При этом, устанавливая границу легального правопорядка, уголовное право должно выносить за эту границу отношения, принципиально недопустимые в этом правопорядке, запрещенные как таковые по своему характеру (убийство, иные насильственные преступления, кража, преступления в сфере оборота наркотиков и т.д.), а не просто любое и всякое правонарушение, деяние, нарушившее какую-то процедуру или по своему характеру дозволенное (легальное), но влекущее за собой например, существенный имущественный ущерб.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 166

Если исходить из такого понимания предмета уголовного права, то становится очевидно, что за границей легального правопорядка не могут оказываться отношения, признаваемые легальными неуголовным законом (хотя это юридическая банальность, но в сегодняшних реалиях нашего правопорядка она, к сожалению, актуальна). Кроме того, видение такой границы правопорядка показывает, что искусственное смещение (законодателем или правоприменителем) границы легального правопорядка, что называется, «внутрь» означает не что иное, как подавление посредством уголовной репрессии отношений легальных, в том числе (что актуально для концепции) экономических отношений, за счет которых (в самом прямом, денежном смысле) живет страна, включая и законодателя, и правоприменителей.

Уголовное право не может охранять легальный правопорядок путем его подавления (неважно, на основании текста закона или его толкования). Действуя субсидиарно по отношению к регулятивным отраслям права, уголовное право не может дублировать их предмет регулирования. При этом границы легального правопорядка охраняются, образно говоря, не сплошным фронтом, а «пограничными заставами», расположенными на наиболее важных точках границы. Такое понимание, безусловно не являясь дефиницией или тем более единственно возможным пониманием предмета уголовного права, тем не менее представляется заслуживающим внимания, поскольку позволяет устранить (или не воспроизводить) традиционные для нашей страны дефекты уголовно-правовой регламентации и применения уголовного закона.

Предлагается отказаться от идеи «уголовно-правового регулирования» легальных общественных отношений вообще и в сфере экономики в частности (если, конечно, не полагать «регулированием» выборочную уголовную репрессию субъектов хозяйственной деятельности). Допущение «уголовно-правового регулирования экономики» основано на инерции профессионального правосознания, сформировавшегося в социалистический период, когда государство было единственным дееспособным (в экономическом смысле) субъектом хозяйственной деятельности, который других субъектов экономической деятельности преследовал и подавлял, в том числе в порядке уголовной репрессии. Такое государство ушло в историю, однако идея свободного и безраздельного государственного регулирования экономики, включающего в том числе и уголовную репрессию, осталась и сегодня находит свое выражение как в уголовном законе, так и в практике его применения. Инерция правосознания прослеживается даже в наименовании раздела VIII УК («Преступления в сфере экономики») и главы 22 УК («Преступления в сфере экономической деятельности»). Нужно признать, что такие наименования возможны только при наличии общей идеи, что уголовное право борется с преступными деяниями внутри экономики, с экономикой, тогда как в рамках недеформирован-

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 167

ного профессионального правосознания следует исходить из того, что уголовное право должно бороться не с экономикой, а за экономику, защищать ее, а не подавлять, руководствуясь изначально порочной идеей, что «внутри экономики» есть преступления, что экономическая деятельность может осуществляться путем преступлений.

Сегодня государство конкретные экономические отношения регулировать не должно и не имеет права: в стране, на конституционном уровне признавшей право частной собственности и свободу предпринимательства, эти отношения регулирует не государство (тем более посредством уголовного права) и даже и не гражданское законодательство напрямую, а сами участники этих отношений. Никаким проводником «экономической политики» государства уголовное право не должно и не может быть. Если, конечно, мы говорим о правовом государстве, а не о тоталитарном и репрессивном. Право предпринимательской деятельности — это конституционное право, ограничение которого государством неконституционно, а ограничение посредством уголовного права, по сути, является тем случаем, когда нарушение Конституции возводится в закон.

Уголовное право применительно к правовой регламентации экономических отношений должно не регулировать эти отношения, а обозначать ту нелегальную территорию, где приносящая имущественную выгоду деятельность уже не является по своей сути легальным предпринимательством (торговля наркотиками, людьми и пр.), а также определять те конкретные, четко сформулированные составы, которые устанавливают уголовную ответственность за действия, имеющие видимость предпринимательской деятельности, на деле не являясь таковой, и направленные на приобретение имущественной выгоды за счет других лиц без правовых оснований (например, преднамеренное банкротство, злоупотребление при эмиссии ценных бумаг и т.д.).

«Свобода» уголовной регламентации экономических отношений в правовом государстве недопустима. В таком государстве экономические отношения по определению не могут быть объектом уголовной репрессии. Поэтому при обсуждении оснований криминализации или декриминализации имущественных преступлений речь идет не просто о том, «можно» или «нельзя» включать или не включать в УК тот или иной состав, а о том, что если такой состав в уголовном законе есть — то это одно государство, а если нет — то совершенно другое. Выбор того или иного варианта уголовной регламентации (или нерегламентации) отношений, связанных с экономической деятельностью, — это не выбор между той или иной научной концепцией или потребностями правоприменительной практики, а выбор того, является ли (или становится ли) страна цивилизованным правовым государством или она представляет собой государство, перед уголовной юстицией которого стоит задача уголовной репрессии участников экономических отношений, осуществляющих свое конституционное право предпринимательской деятельности.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 168

Заключая, следует сказать, что, оценивая то или иное понимание предмета уголовного права, необходимо учитывать, что главное здесь не теоретические споры и научная правота или неправота, а то, какую цену платят страна и общество за следование законодательной и правоприменительной практики традиционному пониманию предмета уголовного права.

3. Об «общественной опасности» как основании криминализации

Как известно, при определении того, можно ли относить то или иное правонарушение к категории преступлений, этот вопрос традиционно для советского и российского уголовного права разрешается путем установления наличия или отсутствия так называемой общественной опасности деяния и ее степени, требующей или не требующей уголовной реакции со стороны государства. Однако в связи с тем, что уголовное право охраняет крайне разнородные отношения, критерий общественной опасности оказывается атрибутом, который «объединяет» (как мы полагаем, крайне умозрительно, если объединяет вообще) столь различные деяния — от убийства до клеветы, от браконьерства до изготовления ядерного оружия и т.д., что общественная опасность, как критерий, который может объединять эти деяния, приобретает крайне абстрактный (практически — растяжимый до бесконечности) характер.

Ситуация здесь является настолько острой, что уже от представителей общественности слышатся настоятельные требования к юристам наконец четко определить, что же такое общественная опасность, являющаяся основанием для установления в отношении данного вида деяний уголовной ответственности, а также каковы критерии, позволяющие установить такую общественную опасность, ее характер и степень. Однако, как мы понимаем, у юридической науки сегодня нет ответов на эти вопросы, поскольку такой краеугольный для теории нашего уголовного права постулат, как общественная опасность, которая является основанием придания тому или иному деянию статуса преступления, к сожалению, давно уже превратилась в неопровержимую презумпцию (если не фикцию), наличие или отсутствие которой определяется исключительно на основании экспертной оценки, т.е. субъективного взгляда того или иного специалиста. И если общественная опасность «классических» преступлений (насильственные преступления, кража и т.п.) может основываться на презумпции, то в отношении сравнительно «новых» преступлений (прежде всего преступлений «в сфере экономики» — незаконного предпринимательства, нарушения антимонопольных правили и т.д.) такая презумпция общественной опасности, требующей уголовного подавления, представляется крайне спорной, скорее — недопустимой.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 169

Таким образом, крайняя абстрактность, неопределенность и субъективность такого критерия определения криминальности отношения, как общественная опасность, порождает необходимость если и не отказаться вовсе от данного основания криминализации отношений, то выработать новые, более четкие критерии, которые позволяли бы относить деяние к категории преступных и требующих уголовной репрессии, в отличие от иных деяний (включая неуголовные правонарушения), борьба с которыми не требует подавления средствами уголовного права.

В этой связи необходимо понимание того, что криминализация деяния оправдана только тогда, когда уголовная репрессия в отношении деяния, объявленного государством преступлением, приносит положительный эффект для общества. Конечно, такой критерий первоначально кажется еще более абстрактным, чем понятие общественной опасности. Однако эта абстрактность будет убывать по мере того, как мы будем пытаться давать ответы на вопросы о задачах и возможностях уголовного права. Если мы зададимся вопросом о том, каковы *реальные* (а не провозглашаемые или добываемые путем доктринального анализа) возможности уголовного права в осуществлении им своей основной задачи — охраны легальных общественных отношений, то мы неизбежно приходим к тому, что единственным реальным способом охраны правопорядка уголовным правом является изъятие (полное или частичное) субъекта преступления из легального правопорядка, поскольку иной способ защиты уголовным правом охраняемых общественных отношений представляет собой скорее научную или ненаучную абстракцию (или даже иллюзию), чем реальность.

Как представляется, такой подход, когда признается, что уголовное право борется не с преступлением (которое всегда представляет собой факт прошлого, изменить которое невозможно), а с преступником и именно способом, недоступным для других отраслей права и представляющим собой изоляцию правопорядка от преступника, позволяет уменьшить абстрактность такого основания криминализации, как «общественная опасность деяния», путем определения того, является ли лицо, совершившее деяние, подпадающее под признаки состава преступления, настоящим преступником — преступной личностью, которая непременно должна быть изъята из правопорядка, поскольку без такого изъятия легальный правопорядок будет неизбежно и постоянно подвергаться опасности. В этой связи весьма показательным представляется опыт некоторых европейских стран, где уголовной репрессии подвергается не просто лицо, совершившее деяние, формально описанное уголовным законом, а только то лицо, которое, совершив такое деяние, вместе с тем представляет собой криминального индивида, который, находясь внутри легального правопорядка, тем самым создает для него постоянную опасность, неустранимую иным способом, нежели изъятие правонарушителя из этого правопорядка

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 170

(например, путем лишения или ограничения свободы, запрета заниматься определенной деятельностью).

Таким образом, перенесение акцента с преступления на преступника позволяет существенно уточнить критерий общественной опасности и ввести в процесс определения того, требуется или нет объявлять данный тип отношений преступлением, дополнительный критерий, заключающийся в том, что не должны рассматриваться в качестве преступлений правонарушения, характер которых не свидетельствует о том, что субъект такого правонарушения должен быть непременно изъят из легального правопорядка. И поскольку характеристики субъекта правонарушения не требуют непременно изъятия такого деликвента из легального правопорядка, постольку в качестве дополнительного критерия криминализации (декриминализации) следует рассматривать соотношение уголовной санкции и санкции иной отрасли, применимой к данному правоотношению с тем или иным эффектом (или отсутствием такового), что не только является одной из проблем, связанных с действием принципа non bis in idem, но и ставит задачу разграничения частного (неуголовного) и публичного (уголовного) деликта.

4. О частном (неуголовном) и публичном (уголовном) деликте

Разграничение частного и публичного деликта является очень старой проблемой, которая тем не менее сохраняет актуальность и поныне, в особенности применительно к уголовному праву, где разграничение преступлений и иных правонарушений, которые не могут быть отнесены к преступным деяниям, составляет краеугольную проблему уголовного права, которая, к сожалению, в российской теории уголовного права пребывает в основном в «латентном» состоянии, de facto признавая право государства объявить преступным любое правонарушение. Однако эта проблема не может игнорироваться до бесконечности, поскольку нынешнее состояние российского уголовного законодательства свидетельствует о неединичном наличии составов преступлений, которые описывают правоотношения, регулируемые иными отраслями права, и представляют собой случаи уголовной ответственности за деликт, отнесение которого к категории уголовных как минимум требует дополнительных серьезных обоснований. Тем самым нарушаются (или предположительно нарушаются) принципы межотраслевой специализации, обоснованности криминализации, экономии уголовной репрессии, а также принцип non bis in idem.

Поскольку декларация того, что публичный деликт есть там, где нарушен публичный интерес, весьма мало продвигает в направлении решения задачи,

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 171

постольку, чтобы приблизиться к пониманию проблемы разграничения частного и публичного деликта, вероятно, следует исходить из того, что публичный деликт может возникать только там, где санкция, установленная за деликт частный, оказывается недостаточна или непригодна для устранения последствий деликта. Иной подход означал бы не только удвоение юридической ответственности, нарушение принципа экономии уголовной репрессии, но и в некотором смысле представлял бы собой «юридический произвол». Тем самым если мы исходим из того, что придание деликту статуса публичного (уголовного) должно иметь рациональную основу и достижимую цель, то мы неизбежно приходим к тому, что отнесение деликта к разряду публичного имеет смысл и обосновано только в том случае, если санкция публичного деликта позволяет исправить такие последствия деликта, которые неспособна исправить санкция деликта частного. И соответственно, именно такие, неисправимые посредством санкции частного деликта, последствия и должны являться основанием для законодательного объявления данного деликта публичным (уголовным).

В этой связи важным является определение того, какого рода правонарушения традиционно и бесспорно относятся законодателем к разряду преступных, с установлением соответствующей санкции. Принятие тезиса, согласно которому уголовное право охраняет не конкретные или даже не «отраслевые» правоотношения, а правопорядок в целом, регулируемый всеми неуголовными отраслями права, которые весьма различны по своей специфике, помогает прийти к пониманию того, что охранительная функция уголовного права реализуется весьма дифференцированно, в зависимости от того, какого рода отношения уголовным правом охраняются. Можно обозначить следующие отличные друг от друга охраняемые уголовным правом общественные отношения (права):

1) конституционные права и свободы (их объекты), которые по своей природе «нерегулируемы» (жизнь, здоровье, свобода личности), прямо охраняются уголовным правом путем установления уголовных санкций за соответствующие уголовные деяния;
2) отношения, которые регулируются неуголовным законом, однако в силу значимости этих отношений охраняются не этим неуголовным законом («отраслевая санкция» в котором отсутствует), а прямым установлением уголовной санкции (например, отношения, связанные с выборами и иными способами организации государственной власти);
3) отношения, которые регулируются неуголовным законом, имеющим свою собственную «отраслевую санкцию» за правонарушение, в том случае, если «отраслевое правонарушение» вышло за свои рамки, поскольку:
   а) причинило вред нерегулируемым правам и свободам;
   б) причинило вред неограниченному кругу лиц;

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 172

в) причиненный вред объективно (а не в связи с имущественным или иным состоянием правонарушителя) невозместим (вред здоровью, экологии и т.д.);

г) совершено способом, требующим изъятия субъекта из правопорядка (например, нарушение права собственности посредством кражи).

Такой взгляд обнаруживает отсутствие какой-то единой «схемы», которая бы соблюдалась при установлении уголовной санкции и, соответственно, при отнесении правонарушения к категории преступных. Поэтому, применяя метод исключения, можно сказать, что при выделении атрибутов частного (неуголовного) деликта следует руководствоваться наличием собственной отраслевой (неуголовной) санкции за это правонарушение и теми характеристиками правонарушения, которые свидетельствуют об отсутствии необходимости изолировать правопорядок от субъекта правонарушения. При отнесении же правонарушения к публичному (уголовному) деликту следует учитывать такие атрибуты, как нерегулируемость охраняемых благ (объектов), причинение объективно невозместимого вреда, причинение вреда неограниченному кругу лиц, а также характеристики правонарушения (вернее — правонарушителя), свидетельствующие о необходимости изъятия правонарушителя из правопорядка.

Таким образом, мы приходим к установлению следующих двух основных атрибутов уголовного деликта: деликт должен наносить объективно невосполнимый вред, не позволяющий восстановить положение, нарушенное деликтом, и характер действий деликвента должен свидетельствовать о необходимости его изъятия из легального правопорядка, поскольку его дальнейшее нахождение внутри правопорядка создает для последнего неприемлемые риски. Если же деликт лишен этих атрибутов, то криминализация этого правонарушения представляется необоснованной, а с позиций принципов права — недопустимой, поскольку, если мы исходим из того, что правонарушитель в результате правонарушения не становится субъектом права, полностью пораженным в правах, постольку объявление его преступником (что неизбежно влечет за собой «усечение» его юридического статуса до степени невозможности реального участия в легальном правопорядке) должно иметь под собой необходимость и неизбежность именно такой санкции («юридической изоляции» правонарушителя, полной или частичной).

В этой связи можно предложить следующий взгляд на допустимые границы криминализации правонарушений в сфере экономики. С точки зрения уголовного запрета экономические отношения могут быть разделены на две группы общественных отношений:

1) отношения, экономически доходные, но принципиально запрещенные, представляющие собой «преступный бизнес» (например, хищения, торговля оружием, наркотиками, поддельной и вредной продукцией, содержание притонов и т.п.);

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 173

2) предпринимательская и иная незапрещенная хозяйственная деятельность, вредный эффект которой может проявляться в следующих формах;
   а) нарушение тех или иных установленных государством процедур;
   б) нарушение фискальных требований;
   в) применение в предпринимательской деятельности насилия или обмана в той или иной форме (принуждение к сделке, сообщение ложных сведений, подделка документов и пр.);
   г) нанесение вреда жизни и (или) здоровью конкретных лиц либо неограниченного круга лица;
   д) нанесение материального или иного не связанного с жизнью и здоровьем ущерба конкретным лицам;
   е) нанесение материального или иного не связанного с жизнью и здоровьем ущерба неограниченному (или неопределенному) кругу лиц.

Отношения первой группы (1) должны, безусловно, криминализовываться и влечь за собой жесткую и эффективную уголовную репрессию. Отношения, относящиеся ко второй группе (2), на наш взгляд, принципиально не могут включаться в сферу уголовной репрессии, за исключением отношений, указанных в подпунктах (2)(в) и 2(г), в той мере, в которой эти отношения являются преступлениями сами по себе, безотносительно к тому, совершены ли они в порядке предпринимательской или любой другой деятельности. Уголовная ответственность для иных отношений второй группы может быть установлена лишь в исключительных случаях, а именно в случае (2)(е), при условии, что ущерб, нанесенный такими действиями, по своему характеру (а не по уровню имущественного положения нарушителя) не может быть возмещен материально или иным образом.

Все иные входящие в группу (2) отношения, за которые действующим законодательством установлена уголовная ответственность, криминализованы быть не могут (или должны быть декриминализованы с установлением в необходимых случаях иной, неуголовной ответственности).

5. О противоправности в уголовном праве

Эта, казалось бы, сугубо теоретическая проблема на самом деле является одной из самых болевых точек нынешнего уголовного правоприменения, которое, оказавшись в условиях изменившейся правовой системы, как выясняется, не изменилось — и прежде всего в понимании того, что есть право, а что есть неправо. И эта проблема не исчерпывается тематикой так называемой бланкетности, когда реальное и полное содержание уголовной нормы определяется не только на основании статей УК, но и норм, содержащихся в иных нормативных актах, которые часто не имеют законодательного уровня, при-

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 174

меняясь тем не менее в качестве источника нормы (или составной части нормы), определяющей уголовную ответственность. Если путь к разрешению трудностей, связанных с бланкетностью, в общих чертах более или менее просматривается (четкое, развернутое и неабстрактное формулирование уголовных норм, запрет применять нормативные акты, не имеющие статуса закона, и т.д.), то другая часть этой проблемы не просто остается в тени, а, строго говоря, вообще мало осознана даже на уровне профессионального правосознания. Поясним, о чем идет речь.

Поиски уголовным правоприменителем нормы, на основании которой должно быть установлено наличие или отсутствие противоправности деяния, далеко не в каждом случае может завершиться отысканием *текста закона* (или иного правового акта), как источника, содержащего искомую (применимую) норму. И происходит это главным образом потому, что в громадном числе случаев (в особенности связанных с ведением экономической деятельности) источником (или, чтобы не вдаваться здесь в теоретические споры, «источником») права, устанавливающим норму для данного правоотношения, является не закон, а договор.

Взгляд на договор как источник права, порождающий норму для участников правоотношения, наверное, еще со времен Савиньи, который при построении своей «системы» отнес договор к юридическим фактам, находится в основном за пределами внимания континентальной правовой науки, хотя для юриста, чье правосознание сформировано, например, в рамках англосаксонского права, вряд ли будет каким-то откровением утверждение, что договор является источником права, посредством которого стороны устанавливают право (норму) для правоотношения, участниками которого они являются[1]. И дело здесь не в дискуссии о том, можно ли считать договор источником права, а в том, что в значительном числе случаев иное, кроме договора, «вместилище» нормы (правила, определяющего юридически значимые права и обязанности) отсутствует (и, заметим, имеющийся в гражданском законодательстве массив императивных норм в этом смысле ситуацию принципиально не меняет).

Таким образом, мы приходим к пониманию того, на чем, как на базе, основано расширительное и безосновательное применение уголовной репрессии в нашей стране. Оно основано главным образом на преобладании абсолютно позитивистского профессионального правосознания, когда правом признается только текст закона (или шире — нормативного акта), а все, что лежит вне этого текста, правом не считается. И уж тем более не признается правом то право, которое участники правоотношения установили для себя

---

[1] Так, В. Ансон в своей пережившей не один десяток изданий книге «Law of Contracts» пишет: «В известном смысле стороны в договоре устанавливают сами для себя право». См.: Ансон В. Договорное право. М.: Юридическая литература, 1984. С. 13.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 175

посредством договора. Однако такое правопонимание и правоприменение не только разрушает изнутри систему права, но и создает, как принято выражаться, институциональную (и добавим — разрушительную для экономики) ловушку: в подавляющем большинстве случаев экономическая активность облекается в форму договора, положения которого не просто признаются государством в качестве юридически обязывающих, создающих *норму* для этого правоотношения, но и охраняются государством *в качестве права* (а не в качестве чего-либо еще), в том числе посредством суда. Непризнание уголовной юстицией этого частного права (заметим — именно *полноценного* права, а не *тоже* права) выводит все и любые экономические отношения в зону риска — риска не только непризнания правовой силы правил, установленных для себя субъектами правоотношения, но и риска подвергнуться уголовной репрессии, основанной на игнорировании правовой (легальной) природы таких правил, такого частного права.

Однако у частного права нет другого метода регулирования имущественных отношений, так как описать в тексте закона все модели правоотношений, которые складываются в имущественной сфере, попросту невозможно. И у государства нет иного эффективного способа правового регулирования этих отношений, кроме того, чтобы отнести их к области действия частного права, т.е. такого права, где права и обязанности, обязательные для соблюдения правила, модель правоотношения, норму для данного правоотношения устанавливают сами субъекты правоотношения, а не государство, как в других (публичных) отраслях права. Частное право и является таковым именно потому, что государство дозволяет субъектам правоотношения самим установить для себя право. И делает это, в том числе предоставляя в распоряжение субъектов частного права гражданское законодательство, которое, будучи в своем основном объеме наполнено диспозитивными нормами, помимо этого восполняется общим положением о том, что стороны могут заключить договор, как предусмотренный, так и не предусмотренный законом или иными правовыми актами (п. 2 ст. 421 ГК РФ), и такой не предусмотренный законом договор будет порождать правоотношение, которое будет не только считаться легальным (законным), но и иметь юридическую, в том числе судебную защиту.

Таким образом, основополагающим для гражданского (частного) права является то, что договор порождает для данного правоотношения юридически обязательные правила, и, даже если такие правила закону не известны (но не нарушают его), они порождают норму (во всяком случае — порождают правила, выполняющие функцию нормы). В этом, собственно, и состоит основной метод регулирования частного права — государство предоставляет субъектам права своеобразный «конструктор» из которого участники правоотношения сами творят для себя право, в том числе из «деталей», которых законодатель-

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 176

ство не содержит. И другого права для каждого данного договорного правоотношения попросту *нет* (не считая, конечно императивных норм закона, которые при юридически грамотно составленном договоре остаются мертвыми). И поскольку другого права для данного правоотношения нет, игнорирование этого права является уничтожением права вообще, от кого бы это ни исходило — от участника правоотношения или сторонних субъектов (включая и само государство, которое, признав юридический и судебно защищаемый характер частного права, тем самым провозгласило свой отказ от вторжения в частное право за пределами императивных норм).

Поскольку изменение исключительно позитивистского правосознания лиц, занимающихся профессиональным применением уголовного права, представляется задачей не только трудной, но и требующей весьма длительного (возможно, даже исторически длительного) времени, постольку наиболее очевидным способом исключить уголовную репрессию, основанную на отказе устанавливать противоправность деяния с учетом действия частного права, является введение в уголовный закон нормы о том, что наличие между лицом, обвиняемым в совершении преступления, и лицом, полагающим себя потерпевшим (или привлеченным в дело в качестве такового), договора исключает преступность (противоправность) действий, рассматриваемых правоприменителем в качестве объективной стороны состава преступления (если, конечно, эти действия не затрагивают третьих лиц).

6. О предмете хищения

Вопрос о предмете хищения, как это представляется на первый взгляд, является давно разрешенным и даже школярским. Однако при более детальном рассмотрении выясняется, что эта проблема теорией современного российского уголовного права не только не разрешена, но и существенным образом искажена и выступает одним из главных оснований расширительного толкования хищения и, соответственно, необоснованной уголовной репрессии.

Современное российское уголовное право исходит из того, что уголовные нормы о хищениях направлены не только на защиту права собственности, но и любого имущества вообще. Понятие хищения, сформулированное в приложении к статье 158 УК, определяет в качестве предмета хищения именно имущество. Правоприменительная практика толкует понятие «имущество» крайне расширительно, понимая под этим не только вещи, но и имущественные права, иные «активы». Между тем такая трактовка является очевидным отходом от классической модели хищения. Подтверждением того, что определение объекта хищения через крайне широкую категорию имущества, выходит за рамки хищения и не используется цивилизованными правопорядками, являются не только

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 177

соответствующие нормы уголовного законодательства зарубежных стран (§ 242 УК ФРГ, § 127 УК Австрии, § 137 УК Швейцарии), которые определяют в качестве предмета хищения исключительно вещи, причем только движимые, но даже и уголовное законодательство дореволюционной России, которым предмет хищения определялся как «чужие вещи, деньги или иное движимое имущество» (статьи 1644, 1665 Уложения о наказаниях уголовных и исправительных).

При этом среди специалистов по уголовному праву существуют очевидно неверные представления и толкования по данному вопросу. Так, например, утверждается, что под термином «движимое имущество», якобы понимаются не только индивидуально определенные вещи, но и любое иное имущество, не являющееся недвижимостью. Между тем, это совершенно не так, и, чтобы в этом убедиться, достаточно прочитать п. 2 ст. 130 ГК РФ, который устанавливает: «*Вещи*, не относящиеся к недвижимости, включая деньги и ценные бумаги, признаются движимым имуществом». Таким образом, в юридическом смысле, вещь и движимое имущество — это синонимы. Никакие иные объекты гражданских прав, к вещам не относящиеся, движимым имуществом не являются, не являются объектом права собственности и не могут являться предметом хищения.

Однако нынешним российским уголовным правом понимание предмета хищения как индивидуально определенной движимой вещи напрочь утрачено. При этом представление об этой проблеме настолько искажено, что можно даже слышать мнения о том, что и дореволюционная российская теория уголовного права якобы исходила из того, что предметом хищения может быть не только вещь, но и имущество вообще. В подтверждение этого ссылаются, например, на мнение И.Я. Фойницкого, который якобы полагал, что предметом хищения может быть любое имущество. Чтобы доказать, что этот уважаемый правовед придерживался совершенно противоположных воззрений, мы вынуждены привести обширную цитату. И.Я. Фойницкий писал (курсив мой): «Имущественное хищение есть умышленный противозаконный, с целью присвоения, захват чужого движимого имущества из чужого владения. Характеристический признак деяний этой группы тот, что при них нарушение права собственности на вещь соединяется с нарушением владения ею, и *все такие деяния направляются против вещей*, находящихся в чужом владении. Похищение и означает изъятие чужой *движимой вещи* из чужого владения с намерением присвоить ее... Наше положительное право стоит на верном пути, зная общее понятие имущественного похищения, которое обнимает кражу, грабеж, разбой, мошенничество (1626 Ул.) и святотатство (219 Улож.); *во всех этих случаях по мысли закона предметом посягательства должно быть имущество в смысле определенной телесной вещи, так что корыстные посягательства против имущества безотносительно к данной телесной вещи*, напр., в сфере отношений по договорам, выделяются из похищения и из них создаются особые

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 178

рубрики преступных деяний... Предмет похищения составляет чужое движимое имущество, находящееся в чужом владении и переходящее во владение виновного... *имущество как объект похищения должно быть вещественным, телесным предметом внешнего мира*, занимающим какое-нибудь место в пространстве и доступным нашим внешним чувствам. От имущества в этом смысле нужно отличать: а) отвлеченные идеи об имуществе, напр. идею о праве собственности; б) имущество как совокупность предметов обладания данного лица, безотносительно к отдельным вещам, его составляющим; так похищением не будет подрыв кредита торговца, понижение на бирже курсов и т.п. <...> Так предметом похищения не могут быть права авторской собственности, права по привилегиям на изобретения в области наук, искусств и т.п.; самовольное осуществление таких прав составляет самостоятельный проступок нарушения авторского права... Но, конечно, отдельные вещественные предметы, изготовленные в силу осуществления этих прав (напечатанная книга, приготовленная по привилегии машина), могут быть предметами общего похищения»[1].

Это высказывание И.Я. Фойницкого отвечает на многие вопросы, связанные с предметом хищения и кому-то кажущиеся «новыми» и «современными», а на деле оказывающиеся теми, на которые теорией уголовного права уже более ста лет назад были даны ответы: предметом хищения может быть только индивидуально определенная движимая вещь (а не имущество вообще), иные посягательства на иное имущество, не являющееся движимой вещью (включая недвижимость[2], интеллектуальную собственность и иные, кроме вещей, объекты гражданских прав — ст. 128 ГК РФ), могут подлежать уголовному запрету с помощью специальных составов, сформулированных не по модели хищения. Процитированный текст не только свидетельствует о том, что современным российским уголовным правом напрочь утрачено классическое (и верное) понимание того, что есть хищение и что может и не может быть предметом хищения, но и подвигает нас к пониманию того, что нашей теории уголовного права уже пора вернуться к наследию выдающихся российских юристов и отказаться от ошибочных идей и опасных иллюзий, которыми наше уголовное право обросло за последние почти сто лет. Мы наконец должны перестать пользоваться «велосипедом», изобретенным в социалистический период страны и активно модернизированным под новые нужды в последнее время. Страны германской правовой семьи (к которой принадлежим и мы) обозначают предмет кражи не как «имущество», а как вещь. И дело здесь не в

---

1 Фойницкий И.Я. Уголовное право. Посягательства личные и имущественные. 5-е изд. СПб.: Типография М. М. Стасюлевича, 1907. // Правовая база «Гарант».

2 Конечно, за исключением той недвижимости, которая отнесена к таковой исключительно в силу закона, без учета неразрывной связи с землей (самолеты, суда, космические объекты, которые имеют правовой режим недвижимости согласно абз. 2 п. 1 ст. 130 ГК РФ).

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 179

абстрактных теоретических спорах: если в обозначении предмета хищения вещь заменяется «имуществом», то в сложившихся традициях нашего правоприменения это становится основной нормативной базой, неизбежно порождающей безосновательную уголовную репрессию за «хищения активов», «хищения путем договоров» и иные «хищения» любого иного «имущества», что бы под этим ни понимал конкретный правоприменитель.

Не только в теории, но и в российском уголовном законодательстве существует идея о «хищениях» любого имущества (а то и любого объекта гражданских прав). На возможность «хищения прав» прямо указывает статья о мошенничестве (ст. 159 УК РФ). Причем эта норма даже не уточняет, что речь идет именно об имущественном праве. Тем самым формально к объекту мошенничества отнесено любое посягательство на любое право. Таким образом, законодатель исходит из возможности «хищения прав», что само по себе опровергает саму идею права (субъективного права), которое не может быть обретено на антиправовом основании. Однако попытки исключить из статьи о мошенничестве указание на приобретение прав (причем, повторим, любых, а не только имущественных) встречает самое серьезное сопротивление в профессиональной среде. Основным аргументом при этом является утверждение о том, что иначе мы «оставляем без охраны права».

Чтобы понять основательность такой аргументации, следует задаться вопросом: а о каких, собственно, правах идет речь? Если все же исходить из тезиса о том, что речь идет о корыстном, имущественном преступлении, следует предполагать, что имеются в виду имущественные права. То есть состав мошенничества направлен против посягательств на имущественные права. Однако имущественные права — это не аморфная абстракция, их вполне можно классифицировать или хотя бы перечислить. И если мы это делаем, а не рассматриваем их как «черный ящик» (что, к сожалению, происходит в нашем уголовном праве слишком часто), то мы видим, что имущественные права существуют вещные, обязательственные, преимущественные, исключительные и даже неимущественные, связанные с имущественными. И кроме того, мы видим, что эти права (именно права, а не объекты этих прав) фактически и юридически непригодны к тому, чтобы ими можно было завладеть посредством мошенничества. И непригодны по самым разным причинам. Например, большинство этих прав (обязательственные) существуют между двумя или несколькими лицами (участниками обязательства) и никакие действия третьих лиц по завладению этим правом без юридического участия сторон обязательства невозможны, соответственно право своего обладателя поменять не может. Мы конечно же здесь не имеем в виду невозможность подлога или подделки документа, мы имеем в виду, что посредством таких «мошеннических действий» обязательственное право просто не возникает, самое большее — порождается видимость таких прав. Но «видимость» прав — это не право, и присвоение этой «видимости» не ведет к ут-

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 180

рате права правообладателем. Это свидетельствует о сущностной порочности идеи о возможности мошеннического присвоения права вообще — поскольку субъективное право не является объектом материального мира, постольку невозможно разделение правообладателя и его субъективного права и, соответственно, невозможно приобретение этого права «похитителем».

Невозможность «похищения» таких вещных прав, как право залога, пожизненное наследуемое владение и сервитут, видимо, доказывания не требует. Про исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности нет смысла вести речь, поскольку они находятся за пределами рассматриваемой аргументации, так как охраняются ст. 146, 147, 180 УК РФ (кстати, заметим в скобках, что охраняемые этими статьями объекты значительно расходятся с перечнем исключительных прав, установленных гражданским законодательством, что ничуть не ввергает специалистов по уголовному праву в сколь-нибудь заметное беспокойство в связи с «пробелами» в охране прав).

В результате выясняется, что абсолютные или исключительные имущественные права вполне «покрываются» уже имеющимися составами преступлений, а обязательственные права по своей природе вообще «некражепригодны» и не могут быть объектом, присвоение которого возможно «путем обмана» и помимо воли участников такого обязательства, в связи с чем никакое субъективное право у предполагаемого деликвента попросту не возникает (и, соответственно, не приобретается).

Так какие же имущественные права «останутся без охраны» в случае изменения нормы о мошенничестве? Права на бездокументарные акции? Нет, так как имеется ст. 185.2 УК РФ («Нарушение порядка учета прав на ценные бумаги»). Права участников обществ с ограниченной ответственностью и других юридических лиц? Однако имеется ст. 170.1 УК РФ («Фальсификация единого государственного реестра юридических лиц, реестра владельцев ценных бумаг или системы депозитарного учета»). Права на недвижимость? Но ведь эти права также основаны на государственной регистрации и «обман» потерпевших невозможен без участия регистрирующего органа, а если был «обманут» регистрирующий орган, то это основание к отмене регистрации (что заметим, представляет собой способ охраны значительно более эффективный, чем уголовное преследование). Таким образом, прежде чем категорически возражать против исключения из ст. 159 УК РФ указания на приобретение прав, следует сначала отыскать реальные (а не умозрительные или даже несуществующие) имущественные права, которые в этом случае якобы останутся без охраны. А если таковые будут отысканы — установить их уголовную охрану путем введения специального состава преступления.

Исходя из изложенного предлагается вернуться к классической модели хищения, свойственной развитым правопорядкам, основанным на частной собственности, и отказаться от использования в уголовном законе термина

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 181

«имущество» для обозначения предмета хищения, заменив его термином «движимые вещи». Это не только соответствует особенностям уголовного запрета хищения как средства охраны права собственности, объектом которой является исключительно индивидуально определенная вещь, а не любое имущество, но и позволит уйти от практики уголовного преследования лиц, неизымающих в свою пользу чужие вещи и привлекаемых к уголовной ответственности на основании недопустимо расширительного толкования, полагающего, что «похищены» могут быть любые «активы», включая права требования по обязательствам и иные имущественные права, поскольку подобное толкование является одним из основных средств искусственной криминализации отношений в сфере экономики.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 182

Питер Г. Соломон-мл.
Профессор Университета Торонто (peter.solomon@utoronto.ca)

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ УГОЛОВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ: ЭКОНОМИЧЕСКИЕ ПРЕСТУПЛЕНИЯ И ГУМАНИЗАЦИЯ

Данный очерк представляет собой личную реакцию на важную и актуальную инициативу группы российских ученых-юристов и экономистов по переосмыслению роли уголовного законодательства в регулировании бизнеса и соответствующего уровня репрессий в современной России[1]. Он основан на ознакомлении с ключевыми документами, относящимися к этой инициативе, включая «Основные положения проекта концепции модернизации УК РФ в экономической сфере» и вариант самой Концепции, и личном опыте изучения развития уголовного правосудия в России и за рубежом[2].

Я полностью согласен с обоснованностью и насущностью двух основных проблем, указанных в данной инициативе:

— в России появилось как избыточное применение уголовного законодательства, так и злоупотребление им при регулировании экономической деятельности, включающее в себя нарушение правовых принципов и находящее свое отражение не только в законах и судебных решениях, но и в правоприменительной практике;
— по состоянию на 2010 год применяемые судами в России санкции являются нецелесообразно жесткими по всем видам преступлений против собственности, включая хищение.

Как избыточное применение уголовного законодательства, так и излишняя строгость наказаний, существующие в России, противоречат лучшей международной практике. Оба эти недостатка в уголовной сфере наносят ущерб экономическому развитию страны и по этой причине противоречат интересам государства.

Предложенные в данной инициативе изменения в УК РФ являются важными первыми шагами в решении этих проблем. Для принятия уголовного законодательства, действительно защищающего бизнес и помогающего ему, по всей вероятности, потребуются дополнительные усилия, включая изменение

---

[1] Автор хотел бы выразить благодарность Александре Орловой и Алексею Трошеву за советы и комментарии, а также Джессике Гингрич-Лаутон за помощь в исследовательской работе и Наиле Курмашевой за перевод на русский язык.

[2] «Основные положения проекта Концепции модернизации УК РФ в экономической сфере» (в соответствии с Поручением Президента РФ от 28.11.2009 № ПР-3169); «Концепция модернизации уголовного законодательства в экономической сфере» (версия от 15 июля 2010 г.); «Верховенство права и проблемы его обеспечения в правоприменительной практике» /под ред. В.М. Жуйкова, Е.В. Новиковой и др. М.: Статут, 2009.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 183

стимулов, формирующих поведение сотрудников правоохранительных органов, которые могут быть достигнуты посредством реформы органов милиции.

Я начну с краткого обзора ситуации с экономическими преступлениями в России, включая происхождение запретов и преступлений, которые сейчас кажутся устаревшими, а также некоторых способов, которыми их цели были искажены в правоприменительной практике, с добавлением некоего видения того, как борются с экономическими преступлениями в других странах. Затем я рассмотрю санкции, используемые за преступления против собственности в России, в сравнительном контексте, особенно обычные преступления вроде хищения, и выступлю в поддержку общего снижения строгости наказания за преступления против собственности в Российской Федерации, в том числе посредством исключения использования терминов «группа» и «организованная группа» как квалифицирующих признаков преступления. Наконец, я коснусь конкретных предложений по изменениям УК РФ в отношении как общих принципов, так и конкретных составов.

Экономические преступления в России

Привычка к широкому использованию уголовного права в управлении экономикой была могущественным наследием советского опыта. Как подчеркивают авторы Концепции, советские лидеры использовали уголовное право для объявления большинства форм частного бизнеса незаконными. Но это было еще не все. Они также использовали его в качестве инструмента для управления экономикой, которой владело и руководило государство. Так, в 30-е годы XX века по указанию Сталина председатели колхозов и директора заводов, не выполнившие план, регулярно признавались виновными в халатности. В послесталинский период директорам, занимавшимся приписками для выполнения плана, иногда предъявлялись обвинения в злоупотреблении властью, а в последние годы советской экономики имело место движение по защите менеджеров от уголовного преследования за незаконные действия, которые могли рассматриваться как обоснованный риск. Начиная с 40-х годов прошлого века наблюдались многочисленные случаи, когда правительство определяло деяния как преступные без внесения их в Уголовный кодекс, просто путем указаний сотрудникам правоохранительных органов квалифицировать те или иные действия как преступные[1].

---

[1] См.: Соломон П. Советская юстиция при Сталине. М.: РОССПЕН. 1998, 2008; Соломон-мл. П. Г. Советские политики и уголовное правосудие: логика политической интервенции» // Трещины в монолите» / под ред. Дж. Миллара. Армоник: Шарп, 1992. С. 3–32. (Peter H. Solomon, Jr., Soviet Politicians and Criminal Justice: The Logic of Political Intervention // James Millar (ed.). Cracks in the Monolith. P. 3–32).

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 184

Первой частью этого арсенала, который впоследствии стал главой 22 УК 1996 года, была криминализация «незаконного предпринимательства», ранняя версия которой была введена в УК РСФСР в августе 1993 г. в редакции статей 162.4 и 162.5[1]. В редакции статьи 171 УК 1996 года этот состав приобрел форму, которая для иностранного наблюдателя выглядела необычайно широкой и расплывчатой, но находилась в полном соответствии с советскими традициями. Как разъясняется в комментариях и в ряде разъяснений Верховного Суда, этот состав стал относится в основном к нарушениям правил регистрации и лицензирования[2]. Но эти правила, сами являющиеся частью административного права, часто подвергались изменениям, а также административному санкционированию (нормальный способ применения правил регистрации коммерческих предприятий в западных странах). Введение этого состава в середине 90-х годов прошлого века дало властям новый инструмент для попыток вернуть себе контроль за экономической деятельностью после коллапса государственной промышленности и стихийной приватизации, значительная часть которой прошла, как минимум отчасти, за пределами закона. Вне зависимости от того, был ли этот состав необходим в то время (пик его применения пришелся на период 1998–2002 годов), изначальные основания для криминализации нарушений административных норм более не существуют.

Еще одним спорным преступлением, угрожавшим нормальной экономической деятельности, была «легализация», или использование денежных средств, якобы полученных в результате преступной деятельности обвиняемого. Это правонарушение вошло в российское законодательство в 2001 году в рамках ответа на требования из-за границы о том, чтобы Россия выполняла свои обязательства по борьбе с организованной преступностью. Проблема состоит в том, что это обвинение почти никогда не использовалось в отношении лиц, причастных к организованной преступности или терроризму, а вместо этого использовалось в качестве инструмента регулирования банковской деятельности и еще большего контроля над бизнесом. Обвинения обычно предъявлялись владельцам мелких компаний за простое использование денег, которые какой-то орган постфактум посчитал полученными незаконно, и совсем необязательно преступным путем или преступным только потому, что нарушения инструкций (подзаконных актов) могли квалифицироваться как преступления. Часто это происходило вслед за уголовным преследованием по статье 171 за техническое нарушение норм регистрации и вне зависимости от

---

1 См.: Лопашенко Н.А. Преступления в сфере экономики. Авторские комментарии к уголовному праву (раздел VIII УК РФ). М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 286–289.

2 См.: Комментарии к уголовному кодексу Российской Федерации / под ред. В.И. Радченко. СПб.: Питер, 2007; Комментарии к Уголовному кодексу Российской Федерации / под ред. А.А.Чекалина. М.: Юрайт, 2007.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 185

того, имелся ли какой-либо умысел придания легитимного вида ресурсам, в отношении которых имелось какое-то нарушение законности. О злоупотреблениях этими положениями ходят легенды (несмотря на разъяснения Верховного Суда), и это служит отличным примером того, как заимствование положения из другой правовой системы может привести к непредвиденным последствиям (в этом случае заимствование было американским)[1].

Характер правоприменительной практики для этих двух составов, для многих других составов главы 22, а также для мошенничества (ст. 159) и присвоения (ст. 160), когда они касаются бизнесменов, подкрепляет позицию в пользу удаления из Уголовного кодекса как можно большего количества экономических преступлений. Проблема состоит в том, что как минимум в последние 8–10 лет применители этих составов использовали их как рычаги для угроз бизнесменам и зачастую для вымогательства у них денег в обмен на снятие обвинений. А как еще можно объяснить существующий в России необычный разрыв между количеством дел, возбужденных по экономическим преступлениям (либо мошенничеству или присвоению), и количеством осужденных — порядка 4 к 1 начиная с 2004 года, достигающий намного более высоких уровней в 2008 и 2009 годах? Эта практика, вероятно, началась раньше, но до 2003 года сводные данные по главе 22 включали в себя дела по обману покупателей. Этот состав был удален из Уголовного кодекса в 2003 году, и он затрудняет нахождение признаков этой динамики в сводных данных[2]. Разумеется, в США также обычно имеется разрыв между количеством расследуемых дел и количеством обвинительных приговоров, но для России данные по преступлениям в экономической сфере значительно отличаются от данных по большинству других преступлений.

Некоторые из дел по экономическим преступлениям не были связаны с действиями следователей или прокуроров, а представляли собой инициативы фирм-конкурентов, которые сами «заказали» уголовное преследование на основании либо связей, либо денег, либо и того и другого. Российские СМИ в последние годы пестрят рассказами о так называемых заказных делах, инициированных либо для нанесения ущерба фирме-конкуренту, либо даже для ор-

---

1 См.: Орлова А. Российский режим противодействия отмыванию денежных средств: средство обеспечения правопорядка или инструмент внутригосударственного контроля? (Russia's Anti-Money Laundering Regime: Law Enforcement Tool or Instrument of Domestic Control?»// Journal of Money Laundering Control». 11:3 (2008). P. 210–233); Фаварель-Гарриге Ж. На кону в борьбе против отмывания денежных средств стоит переформулирование моральных вопросов в стране: Россия (Gilles Favarel-Garrigues, «Domestic Reformulation of the Moral Issues at Stake in the Drive Against Money Laundering: The Case of Russia»). ЮНЕСКО, 2005.

2 См.: Наумов А.В. Проблемы искусственной криминализации экономической деятельности (в кн.: Верховенство права и проблемы его обеспечения в правоприменительной практике»); Лопашенко Н.А. Уголовная политика. М.: Волтерс Клувер, 2009. С. 210–211; Волков В.В., Панеях Э.Л., Титаев К.Д. Произвольная активность правоохранительных органов в сфере борьбы с экономической преступностью: Анализ статистики. СПб.: Институт проблем правоприменения, 2010 (www.enforce.ru в разделе «Аналитические записки»).

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 186

ганизации завладения ею, и поэтому подпадающих под понятие «рейдерство». Иногда милиция берет деньги с одного предпринимателя для возбуждения дела против его конкурента и провоцирует последнего заплатить им, чтобы закрыть это дело[1]. Одной из причин существования возможности для возбуждения этих дел являлись пробелы и концептуальные неоднозначности между гражданским и уголовным законодательством, которые авторы настоящей инициативы хотят устранить. Успех заказных преследований по давлению на жертвы усиливается двухмесячным сроком проведения следствия, в течение которого может оказываться давление на обвиняемого, особенно если он находится под стражей. Сейчас принят закон, запрещающий применять меры пресечения в виде заключения под стражу по большинству составов главы 22, и это должно устранить хотя бы этот эффект[2].

Манипуляция уголовным законом на практике, в личных интересах правоохранителей и интересах конкретных игроков бизнеса в ущерб остальным наряду с подменой гражданских исков уголовным преследованием ставит под вопрос весь пакет преступлений в экономической сфере в Уголовном кодексе. На практике слишком многие из них доказали свое негативное влияние на бизнес и инвестиции, и имеет смысл декриминализировать все без исключения составы, которые не оправдали себя полностью.

Стоит подчеркнуть, что использование уголовного закона для регулирования экономической сферы в России не только имеет советские корни, но и фундаментально отличается от нормальной западной практики. Большинство западных стран придерживаются осторожного подхода к использованию уголовного закона в регулировании экономической сферы, оставляя уголовные санкции для явных и серьезных нарушений нормальных уголовных запретов (например, мошенничества, фальсификации бухгалтерских документов, подделки торговых марок, нарушения договорных обязательств, приводящего к опасности для жизни, и т.д.), в отличие от узкоспециальных запретов, вроде существующих в главе 22 Уголовного кодекса Российской Федерации. Более того, западное уголовное право обычно требует наличия явного умысла со стороны лиц, подозреваемых в совершении преступления. Этот подход остается нормой в Западной Европе и Канаде и существует в законодательстве большинства штатов США. Разумеется, федеральное правительство США за

---

1 См.: «Рейдерам почти всегда помогают чиновники органов госвласти» (заявление Бастрыкина // РИА «Новости». 2009. 12 окт.); Поляков С.Б. Условия российской правовой системы для заказных уголовных дел // Адвокат. 2009. № 5; Выступление начальника Департамента собственной безопасности МВД России генерал-лейтенанта милиции Юрия Драгунцова на страницах журнала «Профессионал» (www.mvd.ru/press/interview/7774/print); Файрстоун Т. Преступное рейдерство в России (Thomas Firestone. Criminal Corporate Raiding in Russia // The International Lawyer. 42:4 (2008). P. 1201–1229).

2 См.: «Госдума примет перечень предпринимателей, которых нельзя арестовывать» (pravo.ru. 2010. 11 июля).

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 187

последние несколько десятилетий ввело уголовную ответственность в регулирование экономической сферы, в том числе для юридических лиц (корпораций), и заметно размыло требования наличия *mens rea* (умысла), и эта практика вызвала серьезную критику[1]. Но тем не менее большая часть данной криминализации связана с общественным благом путем возможности применения уголовных санкций за грубые нарушения экологических и санитарных норм. В необычных ситуациях, когда новый состав расплывчат, Верховный Суд вполне может признать его неконституционным, как он это сделал весной 2010 года в отношении требования, содержавшегося в законе от 1988 года, о том, что бизнесмены должны предоставлять «честные услуги» своим акционерам[2].

В Европе существуют разногласия в отношении вопроса об уголовной ответственности корпораций, поскольку некоторые страны, включая Францию и Австрию, начали разрешать наложение штрафов на корпорации (но не лишение свободы их руководителей). Позиция ЕС также состоит в том, чтобы разрешить странам выбрать свой подход, в то время как Германия (а вместе с ней и Польша) настаивает на сохранении «отдельности» уголовного закона от действий корпораций, поскольку корпорации не могут быть моральными или аморальными, а также во избежание коллективной ответственности. Отдельные должностные лица корпораций могут привлекаться к ответственности, но только за совершение реальных преступлений ими самими. Нарушения норм административного и гражданского законодательства не влекут уголовного преследования, а фирмы не инициируют преследования[3].

---

1 См., например: Торнбург Д. Избыточная криминализация и необходимость законодательной реформы (Dick Thornburgh. Overcriminalization and the Need for Legislative Reform) : Показания в Подкомитете по борьбе с преступностью и терроризмом и национальной безопасности Комитета по судебной власти Палаты представителей США, 22 июля 2009 г.; Уолш Б., Джослин Т. Без умысла: как Конгресс подрывает требование наличия преступного умысла в федеральном законодательстве (Brian Walsh and Tiffany Joslyn. Without Intent: How Congress is Eroding the Criminal Intent Requirement in Federal Law. Washington: Heritage Foundation and National Association of Defense Lawyers, 2010); Хазнас Дж. Наверх из двухмерного пространства: этика деловых отношений в век расхождений (John Hasnas. Up from Flatland: Business Ethics in the Age of Divergence // Business Ethics Quarterly, 17:3 (2007). P. 399–426). Также существует тенденция к введению гражданских наказаний, являющихся функциональным эквивалентом криминализации. См.: Линч Дж. Е.. Роль уголовного права в контроле за корпоративными нарушениями (Gerald E. Lynch. The Role of Criminal Law in Policing Corporate Misconduct // Law and Contemporary Problems. 60:3-4 (1997). P. 23–65).

2 См.: «Блэк и др. против Соединенных Штатов» («Black et al. v. United States», Supreme Court of the United States, 2010, 561).

3 См.: Вигенд Т. Общества не могут совершать преступления? Немецкая точка зрения (Thomas Weigend, «Societas delinquere non potest? A German Perspective // Journal of International Criminal Justice». 6 (2008). P. 927-45); Гетцер В. Коррупция как деловая практика? Уголовная ответственность предприятий в Европейском союзе (Wolfgang Hetzer. Corruption as Business Practice? Criminal Responsibility of Enterprises in the European Union // ERA Forum. 9 (2008). P. 387–398); Луна Э. Интересный случай преступности корпорации (Erik Luna. The Curious Case of Corporate Criminality // The American Criminal Law Review. 46 (2009). P. 1514).

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 188

Короче говоря, пересматривая широкое и пагубное использование уголовного закона в регулировании экономической сферы, Россия должна обращаться за моделями в основном к Западной Европе, а не к Соединенным Штатам, где популистская политика иногда приводит к искажениям.

Наказание за преступления против собственности

Концепция модернизации Уголовного кодекса в России касается не только избыточного применения уголовного закона в отношении бизнеса, но также и исключительной жесткости в России ответственности за преступления против собственности в целом. Это действительно представляет собой проблему, причем такую, которая взывает к изменениям как в отношении спектра наказаний, предусмотренных за конкретные преступления, так и в отношении квалифицирующих признаков, которые делают деяние более тяжким и влекут более строгое наказание. Хотя обвинительные приговоры за большинство преступлений по главе 22 обычно присуждают к штрафу (а также имеется закон, запрещающий применение меры пресечения в виде заключения под стражу за эти преступления), ситуация с обычными преступлениями против собственности, установленными главой 21, другая. Значительная их часть, включая наказание за хищение, приводит к лишению свободы, причем на сроки, длительность которых не соответствует реальному ущербу, нанесенному данным преступлением. В результате Россия стоит на одном из первых мест в мире по числу заключенных, как в абсолютных цифрах, так и на душу населения. Цена такого значительного количества заключенных является как финансовой (тюрьмы в России уже не являются самоокупаемыми), так и криминогенной, поскольку вероятность повторного совершения преступления лицами, отбывающими наказание в виде лишения свободы, выше, чем теми, кто получил более короткие сроки или наказание, не связанное с лишением свободы.

Выбор наказаний, предусмотренных законом, отражает карательные ценности, которые в свою очередь являются продуктами истории и политического развития каждой страны в определенный период. Нелегко объяснить (расовые отношения только одно из объяснений), почему Соединенные Штаты имеют самое большое количество заключенных на душу населения и используют более длительные сроки наказания по сравнению с ситуацией в Западной Европе, где лишение свободы используется намного реже и имеет намного более короткие сроки. И Россия, и Соединенные Штаты имеют исключительно большое количество заключенных, превышающее 700 на 100 000 населения; норма в западноевропейских странах составляет от 50 до 100; в бывших коммунистических странах Центральной и Восточной Европы (Венгрия, Чешская Республика, Словакия, Румыния) — от 150 до 199 (Польша выбивается из это-

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 189

го ряда с показателем 299). В других странах бывшего СССР эта цифра составляет от 200 до 400 (в Литве — 235, в Молдове — 297, на Украине — 398)[1].

Если планируется включение в модернизацию уголовного законодательства в Российской Федерации действительной гуманизации, то Россия должна обратиться к европейским моделям. В Германии большинство хищений влекут штрафы, а сроки лишения свободы, когда оно все-таки применяется, намного короче, чем обычно применяемые в России для аналогичных преступлений. В Германии 2 года за хищение — это необычно жесткое наказание, в России — относительно мягкое.

Одной из стран, недавно осуществившей «переход» к европейским нормам лишения свободы, является Финляндия. Во время и после Второй мировой войны в Финляндии было 250 заключенных на 100 000 населения; эта цифра сократилась до 150 к 1955 году и до 66 в 2005 году. Это снижение отражает изменения в карательной политике, а не в уровне преступности. Так, в 1950 году средний срок лишения свободы за хищение составлял 12 месяцев, в 1971 году — 7 месяцев, в 1991 году — 3 месяца![2]

Для приближения России к европейскому стандарту наказаний нужно поощрять судей использовать наказания, не связанные с лишением свободы, везде, где это возможно, а также следует внести изменения в диапазоны наказаний и в подходы, используемые для квалификации деяния как тяжкого. Нужно упразднить минимальные сроки лишения свободы для двух верхних категорий хищения (в крупных и особо крупных размерах), а сумму, определяющую, что является крупным и особо крупным размерами, следует поднять (наверное, в 3 раза). Что наиболее важно, как подчеркивают авторы Концепции, использование понятий «группа» и «организованная группа» как определяющих атрибутов более тяжкой формы хищения (и других преступлений против собственности) должно быть прекращено, а ссылки на признаки группы удалены из Кодекса.

Одно дело криминализировать членство или участие в деятельности реального организованного преступного предприятия, что отражено в российском термине «преступное сообщество», разъясняемом в части 4 статьи 35 УК РФ. Совсем другое дело квалифицировать как особо тяжкие любые преступления, в которых двое или более лиц планировали событие или участвовали в серии

---

1 См.: Бродер Ж.-П. Сравнительная пенология в перспективе // Преступление, наказание и политика в сравнительной перспективе / под ред. М. Тонри. Изд-во Университета Чикаго, 2007. С. 49–92, особенно 77–80 (Jean-Paul Brodeur. Comparative Penology in Perspective // Michael Tonry, ed. Crime, Punishment, and Politics in Comparative Perspective. University of Chicago Press, 2007. P. 49–92); Соломон-мл. П. Г., Фоглесонг Т. С. Преступление, уголовное правосудие и криминология в постсоветской Украине. Вашингтон: Министерство юстиции, 2001 (Peter H. Solomon, Jr., and Todd S. Foglesong. Crime, Criminal Justice, and Criminology in Post-Soviet Ukraine) (www.ncjrs.gov, поиск по фамилиям авторов).

2 См.: Лаппи-Сеппала Т. Карательная политика в Скандинавии // Преступление и правосудие. 2007. С. 217–296, особенно 228–250 (Tappio Lappi-Seppala. Penal Policy in Scandinavia // Crime and Justice. 2007. Vol. 36. P. 217–295).

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 190

правонарушений. Российское определение «организованной группы» легко (и, к несчастью, часто) применимо к бандам подростков и советам директоров фирм, одобряющих какие-либо меры, которые впоследствии квалифицируются в качестве преступных. И последствия такого обращения с несколькими правонарушителями как с членами организованной группы являются экстраординарными. Такая квалификация сама по себе относит хищение к категории наиболее тяжких преступлений, за которые предусматривается наказание в виде 5–10 лет лишения свободы при отсутствии альтернативных мер наказания, не связанных с лишением свободы! И тем не менее многие хищения, не наносящие значительного ущерба обществу, совершаются так называемыми организованными группами — это понятие в российском определении не имеет ничего общего с реальной организованной преступностью или мафией.

Я не знаю другой страны, ни в Европе, ни в других местах, где настолько демонизируется коллективный характер хищения или иной преступной деятельности. В самой России определение хищения, совершенного группой, как особо тяжкого преступления, а также нечеткое определение того, что является группой, восходит к специальной инициативе самого Иосифа Сталина. Как хорошо известно историкам советского уголовного законодательства, печально известные указы от 4 апреля 1947 года сделали совершение хищений «организованной группой (бандой)» фактором, который мог в 2 раза удлинить срок лишения свободы. Эти законы, продиктованные и отредактированные самим Вождем, не дали точного определения тому, что понималось под «организованной группой», а ведущий ученый-юрист, специалист по уголовному праву профессор Н.Д. Дурманов дал узкое толкование, в котором подчеркивался элемент стабильности и подразумевалось, что группа должна существовать до совершения преступления, о котором идет речь. За это он удостоился публичного осуждения, а Верховный Суд СССР определил организованную группу как «двух или более лиц, заранее объединившихся для совершения одного или нескольких хищений»[1]. К сожалению, личный страх Сталина перед преступными группами и бандами привел к длительной фетишизации этой обычной черты преступной деятельности в советском и постсоветском уголовном законе в ущерб справедливости и гуманизму.

Определение «организованных преступных групп» как чего-то очень далекого от обычного понимания «организованной преступности» или «мафии» служит в России интересам правоохранительных органов, которые регулярно заявляют о «выявлении и уничтожении» десятков таких групп каждый год (тогда как общее количество таких групп, по оценкам, составляет тысячи).

---

[1] Соломон-мл. П. Г. Советские криминологи и уголовная политика: специалисты формирования политики. Нью-Йорк: Columbia University Press, 1978. Гл. 2 (Peter H. Solomon, Jr. Soviet Criminologists and Criminal Policy: Specialists in Policy-Making); Соломон П.: Советская юстиция при Сталине. Гл. 12.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 191

Эти данные предполагают, что милиция нанесла удар по реальной организованной преступности, но определение «преступных групп» является слишком широким, чтобы оправдать такой вывод.

Рекомендации в Концепции

Концепция предлагает внести изменения в понятия, содержащиеся как в Общей, так и в Особенной частях Уголовного кодекса, а также в конкретные составы Особенной части. Хотя все рекомендации целесообразны, боюсь, что некоторые из них могут не достичь своих намеченных целей сами по себе.

Во-первых, изменения принципов, находящихся в Общей части и в главах 21 и 22.

1. Предлагаемый запрет на «расширительное толкование уголовного закона, за исключением толкования норм об освобождении от уголовной ответственности и от наказания и норм об обстоятельствах, смягчающих наказание» является соответствующим ответом на практику толкования, расширяющего охват уголовного закона или делающего наказания более жесткими. Но остановят ли эти формулировки на самом деле судей, прокуроров или следователей? Откуда они узнают, что является широким или расширительным? Я думаю, что практика продолжится, но эта формулировка может дать судьям инструмент для признания некоторого толкования закона следователями и прокурорами выходящим за его пределы.

2. Призыв к применению в Уголовном кодексе терминов, взятых из других отраслей законодательства, в том же самом значении, в каком они используются в этих отраслях, также представляет собой хороший принцип, но он может оказаться трудным для применения на практике, поскольку понятия и термины не применяются последовательно в других отраслях права. Так, понятие «имущество» в конституционном праве шире, чем в гражданском. Налоговое законодательство расходится с гражданским по ряду терминов, а арбитражные суды не соглашаются в отношении значения ряда терминов с судами общей юрисдикции. Тем не менее следует предпринимать все усилия для достижения последовательности терминологии. Наряду с установлением общих принципов, однако, возможно, будет целесообразно указать значение терминов в конкретных статьях или контекстах.

3. Принцип толкования всех неустранимых сомнений, противоречий и неясностей уголовного закона, а равно иных законов и подзаконных актов, применяемых в уголовном деле, в пользу обвиняемого соответствует не только принципу состязательности, но и принципу общей справедливости. Он должен быть включен в Кодекс.

4. Идея ограничения широких конструкций термина «имущество» не толь-

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 192

ко исходит из классических принципов — она является ответом на злоупотребление в российской правоприменительной практике свободой усмотрения при широком толковании понятия имущества, не только по делам о хищении, но также при преследовании за мошенничество. Но если имущество как предмет хищения или мошенничества будет обозначать только движимые вещи, тогда будет необходимо разработать конкретные новые составы в отношении присвоения нематериальных активов, связанных с правами собственности. В противном случае ограничение хищения движимым имуществом оставит пробелы в законе. Более того, останется проблема определения того, что такое «движимые вещи». Кто будет обладать этими полномочиями? В статье 130 Гражданского кодекса имеется список, который не включает в себя такие вещи, как морские и воздушные суда или космические объекты.

5. Предложение ограничить некоторые составы в главе 22 ситуациями, когда потерпевшему был нанесен реальный ущерб и он инициирует иск, выглядит способом по сокращению дел, возбужденных в угоду личным интересам сотрудников правоохранительных органов. Но это изменение может не достичь своей цели. Следователи могут подстрекать пострадавших к осуждению своих конкурентов, даже и ложному, и будет открыта дверь для роста количества заказных дел (хотя сговор может иметь другую последовательность).

6. Предложения по сокращению тяжести составов путем исключения квалифицирующих признаков заслуживает поддержки. Это относится прежде всего к исключению дохода, полученного от «незаконной деятельности», из признака состава преступления, приравниваемого к ущербу, а также к определению преступлений, совершенных «группами» или «организованными группами», как это уже обсуждалось выше.

7. Отказ от уголовной ответственности предпринимателей по составам преступлений, не связанных с нанесением ущерба, является само собой разумеющимся и должен послужить основой для декриминализации конкретных составов. Использование уголовного закона как чисто регуляторного инструмента не служит никакой общественной цели.

Предложения по исключению конкретных составов из Уголовного кодекса представляются очень целесообразными и могут быть оправданы как правовыми принципами, так и криминологическим анализом их использования и практических эффектов. Большинство составов, указанных как проблемные, были добавлены в Уголовный кодекс в новом тысячелетии, и некоторые почти не используются (например, статьи 172, 178, 185.1 и 190, по каждой из которых в 2005 году было менее четырех обвинительных приговоров). Разумеется, отсутствие применения само по себе не является причиной для удаления статьи из Кодекса (возьмите очень маленькое количество обвинительных приговоров по статье 299 «Привлечение заведомо невиновного к уголовной ответственности», которая теоретически может быть применена в отношении

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 193

многих следователей, осуществляющих производство по заказным делам[1]). Но когда такие составы также содержат неприемлемые характеристики уголовного преступления, такие как криминализация неконкретизированных административных нарушений или отсутствие нанесения прямого ущерба, трудно оправдать продолжение их существования в Уголовном кодексе.

Преступление, которое наиболее явно необходимо исключить из Кодекса, — это «незаконное предпринимательство» (статья 171), которое, несмотря на снижение частоты обвинительных приговоров, привело более чем к 1100 осуждениям в 2005 году. Как мы уже объясняли, этот состав определен слишком расплывчато, криминализирует нарушения в области административного и гражданского права, пусть даже иногда и неумышленно, используется в совокупности со статьей 174.1 для криминализации обычных финансовых сделок, а также используется как угроза в адрес коммерческих компаний в целях вымогательства или в рамках попыток завладения. Как правило, любому преступлению, оформленному в слишком расплывчатых формулировках, таких как «нарушение правил чего-то», не место в Уголовном кодексе, и это относится к статье 172 «Незаконная банковская деятельность», а также к статьям 176 («Незаконное получение кредита») и 191 («Незаконный оборот драгоценных металлов»). Этот принцип применим даже к социально оправданным правилам (например, правилам по охране окружающей среды, безопасности работников или санитарным правилам). В этих ситуациях нарушения, являющиеся настолько серьезными, что они требуют криминализации, должны быть четко указаны в Уголовном кодексе и, как правило, иметь прямой умысел.

Статья 174.1 «Легализация денежных средств» является излишним составом, который позволяет сотрудникам правоохранительных органов преследовать лиц за другие якобы совершенные преступления при отсутствии достаточных доказательств. Таким образом, даже при отсутствии злоупотреблений она является несправедливой по своей природе. Этот состав не включен в уголовное законодательство многих европейских стран, например Германии. Это печальный пример переноса формулировок из американского федерального законодательства, где они используются для борьбы с деятельностью преступных сообществ, в законодательство России, где они используются как способ преследования обычных предпринимателей.

Некоторые из составов, выбранных для декриминализации, представляют собой отношения, которые лучше регулируются нормами административного права, поскольку не наносят такого значительного ущерба, чтобы заслуживать статуса уголовного преступления, или в своих опасных проявлениях входят в другие

---

[1] С 1997 по 2003 год количество лиц, осужденных по статье 299, колебалось от 0 до 3 в год, а общее количество составило 13 за 7 лет. См.: Преступления против правосудия / под ред. А.В. Галаховой. М.: Норма, 2005. С. 126–127.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 194

составы вроде мошенничества. Это относится к статьям 176, 177, 178, 191 и 193.

Если взять обвинительные приговоры, зафиксированные в 2005 году (последний год, за который у меня есть конкретные данные) по всему списку преступлений, предлагаемых для исключения из Кодекса, и сравнить их с общим количеством обвинительных приговоров по главе 22, выяснится, что декриминализация всего списка привела бы к снижению количества осуждений на 17,1%, или примерно на 1/6. При этом все равно сохранилось бы значительное количество обвинительных приговоров в отношении предпринимателей, большее в пропорциональном отношении, чем в других странах, но из Кодекса были бы удалены наиболее вопиющие составы, наиболее часто являющиеся предметом неправильного применения и злоупотреблений. Составители проекта законодательства о реформе могут подумать о сужении и сокращении ответственности также и по остальным экономическим преступлениям. Экономическое преступление должно приводить к лишению свободы только в редких случаях.

Заключение

Специалисты, исследующие законодательный процесс в постсоветской России, подчеркивают неподобающую частоту изменения законодательства, включая уголовное, приводящую к высокой степени нестабильности[1]. Хотя я и разделяю это мнение, я бы не позволил ему встать на пути срочных изменений, которые необходимо внести в российский уголовный закон как для улучшения климата для экономических инвестиций и экономической деятельности, так и для превращения России в более гуманное общество.

Эта злополучная практика постоянного изменения уголовного закона приводит к выводу о том, что данный пакет изменений должен быть максимально возможно широким и исчерпывающим, а его введение не должно осуществляться по кусочкам. Целесообразно заниматься модернизацией уголовного права в России с использованием целостного подхода, как это и предлагается авторами Концепции.

Концепция также призывает к укреплению независимости судей как обязательному условию справедливого и беспристрастного применения Уголовного кодекса к обвиняемым, вне зависимости от их принадлежности к миру бизнеса. Продвижение к независимости судей, в особенности на индивидуальном уровне, само по себе является важным процессом, проводи-

[1] См., например: Лопашенко Н.А. Уголовная политика. С. 213–215; Волков В.В., Дмитриева А.В., Примаков Д.Я. Законодательная активность, стабильность законодательства и качество правовой среды: сравнительный анализ постсоциалистических стран (СПб.: Институт проблем правоприменения, 2010).

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 195

мым разными способами Правительством России на протяжении двух десятилетий и признаваемым сегодняшним руководством как остающийся приоритетным. Только действительно независимые судьи, не волнующиеся о своей карьере или о том, как оценят их работу их начальники, могут действовать беспристрастно, в особенности сталкиваясь с преследованием предпринимателей[1].

[1] ОБСЕ скоро выпустит серию рекомендаций по продвижению к независимости судей в постсоветских странах, созданную в ходе обсуждений группой судей и ученых из восьми постсоветских стран и рядом зарубежных судей и ученых, включая автора настоящего очерка.

konstept_modern_supernew.qxd 30.08.2010 16:20 Page 196

КОНЦЕПЦИЯ МОДЕРНИЗАЦИИ УГОЛОВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В ЭКОНОМИЧЕСКОЙ СФЕРЕ

Подписано в печать 31.08.2010
Печать офсетная
Тираж 800 экз.

Фонд «Либеральная миссия»
101990, Москва, ул. Мясницкая, 20
Тел.: (495) 621 33 13, 623 40 56
Факс: (495) 623 28 58