

СУДЕЙСКОЕ УСМОТРЕНИЕ

СБОРНИК СТАТЕЙ

*Ответственные редакторы:
О.А. Егорова, В.А. Вайпан, Д.А. Фомин*

*Составители:
А.А. Суворов, Д.В. Кравченко*

ЮСТИЦ  ИНФОРМ

МОСКОВСКОЕ ОТДЕЛЕНИЕ
АССОЦИАЦИИ ЮРИСТОВ РОССИИ

СУДЕЙСКОЕ УСМОТРЕНИЕ

Сборник статей

Ответственные редакторы:
О.А. Егорова, В.А. Вайпан, Д.А. Фомин

Составители:
А.А. Суворов, Д.В. Кравченко

Москва
ЮСТИЦИНФОРМ
2020

УДК 342.56
ББК 67.71
С89

С89 **Судейское усмотрение:** сборник статей / Московское отделение АЮР; отв. ред. О.А. Егорова, В.А. Вайпан, Д.А. Фомин; сост. А.А. Суворов, Д.В. Кравченко. — М.: Юстицинформ, 2020. — 176 с.

ISBN 978-5-7205-1678-9

Настоящий сборник подготовлен по результатам Первого Московского правоприменительного форума, организованного Московским отделением Ассоциации юристов России в 2019 году. В нем авторы раскрывают тему судейского усмотрения и ряда иных смежных вопросов. Вопросы судейского усмотрения становятся все более актуальными с развитием современных правовых концепций, а также по мере расширения цифровизации правосудия. Особенностью данного издания является объединение усилий московского судейского сообщества, практикующих юристов, ученых-правоведов и юристов организаций.

Сборник будет полезным для судей, иных правоприменителей, ученых и практиков юриспруденции.

Ключевые слова: судейское усмотрение; правосудие; судопроизводство; Ассоциация юристов России.

ISBN 978-5-7205-1678-9

УДК 342.56
ББК 67.71

© ООО «Юстицинформ», 2020

MOSCOW BRANCH
OF THE ASSOCIATION OF LAWYERS OF RUSSIA

JUDICIAL DISCRETION

Collection of articles

Edited by
O.A. Egorova, V.A. Vaypan, D.A. Fomin

Compiled by
A.A. Suvorov, D.V. Kravchenko

Moscow
YUSTITSINFORM
2020

УДК 342.56
ББК 67.71
С89

С89 **Judicial Discretion:** collection of articles / Moscow Branch of the Association of Lawyers of Russia; ed. by O.A. Egorova, V.A. Vaypan, D.A. Fomin; comp. by A.A. Suvorov, D.V. Kravchenko. — М.: Yustitsinform, 2020. — 176 p.

ISBN 978-5-7205-1678-9

This collection of articles is based on the results of the first Moscow Law Enforcement Forum organized by the Moscow branch of the Association of Lawyers of Russia in 2019. The authors reveal the topic of judicial discretion and a number of other related issues. Issues of judicial discretion are becoming more relevant with the development of modern legal concepts, as well as with the expansion of digitalization of justice. A special feature of this publication is to unite the efforts of the Moscow judicial community, practicing lawyers, legal scholars and lawyers of organizations.

The book will be useful for judges, other law enforcement officials, scholars and practitioners of law.

Keywords: judicial discretion; justice; legal proceedings; Association of Lawyers of Russia.

ISBN 978-5-7205-1678-9

УДК 342.56
ББК 67.71

© LLC «Yustitsinform», 2020

СОДЕРЖАНИЕ

Вступительное слово Голиченкова А.К.	7
Предисловие организаторов Московского правоприменительного форума Вайпана В.А., Кравченко Д.В. ...	8
Раздел 1. Судейское усмотрение	10
<i>Егорова О.А.</i> К вопросу о понятии судейского усмотрения в условиях современного общества.....	10
<i>Вайпан В.А.</i> Судебное усмотрение при разрешении экономических споров.....	20
<i>Фомин Д.А.</i> Судейское усмотрение. Тезисы выступления на Первом московском правоприменительном форуме	34
<i>Пилипенко Ю.С.</i> Как избавиться от обвинительного уклона? Тезисы выступления на Первом Московском правоприме- нительном форуме	39
<i>Суворов А.А.</i> Пределы судейского усмотрения	45
<i>Агафонова Г.А.</i> Может ли быть судейское усмотрение у искусственного интеллекта? Тезисы выступления на Первом Московском правоприменительном форуме	54
<i>Канишевская Н.В.</i> Осторожное усмотрение суда.....	57
<i>Кравченко Д.В.</i> Правовая определенность, стабильность оборота и судейское усмотрение	65
<i>Есаков Г.А.</i> Судейское усмотрение и оценочные признаки состава преступления	73
<i>Чернов Л.В., Беляев М.Д.</i> Усмотрение суда при рассмотрении дел об административных правонарушениях в сфере топливно-энергетического комплекса	83
<i>Авдеева Е.В., Николаева М.М.</i> Судейское усмотрение в защите прав, свобод и гарантий предпринимателей.....	95
<i>Лавренков П.А.</i> Судейское усмотрение как инструмент соблюдения баланса интересов сторон договора страхования ...	128

Раздел 2. Смежные вопросы.....	141
<i>Пешин Н.Л.</i> Муниципальный контроль в системе единой публичной власти.....	141
<i>Седова Ж.И.</i> Пределы усмотрения работодателя при выборе вида ответственности работника за причинение ущерба: вопросы регулирования правоотношений смешанного характера	164

ВСТУПИТЕЛЬНОЕ СЛОВО

Юридический факультет Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова и Московское отделение Ассоциации юристов России всегда придерживались принципа открытости юридического сообщества, обеспечения полноценного научно-практического обмена опытом среди юристов, публичных дискуссий и обсуждений острых вопросов юридической науки и правоприменительной практики.

Настоящий сборник стал результатом объединения усилий московских судей общей юрисдикции, ученых-юристов и практиков применения права. В его состав вошли исследования как по вопросам судейского усмотрения, так и по смежным вопросам. Особенно приятно видеть среди участников данного издания представителей Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова.

Вопросы судейского усмотрения, безусловно, являются все более актуальными как для науки, так и для практики. Новые концепции «живого» права и активного правотворчества в правоприменении, постепенно развивающиеся в российской научно-практической действительности, способствуют усилению правосозидающих начал в деятельности судей. Вместе с тем доктрина разделения властей и принцип правовой определенности требуют от правоприменителя оптимальной сдержанности в реализации этих начал. Поиск границ этого соотношения – непростая правовая задача, дополнительно усложняющаяся в реалиях активного внедрения электронной составляющей в работу судов и судей.

Полагаю, что настоящий сборник направлен на реализацию важнейших теоретических и практических задач и будет полезен как ученым-юристам, так и практикам.

А.К. Голиченков,
декан Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова,
Председатель Попечительского Совета
Московского отделения Ассоциации юристов России,
член-корреспондент Российской академии образования,
доктор юридических наук, профессор,
Заслуженный деятель науки РФ

ПРЕДИСЛОВИЕ ОРГАНИЗАТОРОВ МОСКОВСКОГО ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНОГО ФОРУМА

Этот небольшой сборник — результат проведенного в 2019 году Первого Московского правоприменительного форума на тему «Судейское усмотрение в практике судов города Москвы». Успешное проведение Форума и его научно-практическое оформление в виде настоящего издания явились важным результатом работы Московского отделения Ассоциации юристов России.

Одна из основных задач Ассоциации заключается в объединении юристов всех направлений деятельности: судей, прокуроров, адвокатов, государственных служащих, нотариусов, ученых, консультантов, юрисконсультов и т.д. Сегодня очевидной проблемой российского юридического сообщества является его разобщенность. Поэтому усилия Московского отделения АЮР, сопряженные с открытостью московского судейского сообщества, создают хорошие перспективы для установления содержательного научно-практического диалога юристов — теоретиков и практиков.

Прошедший Форум показал, что у всех категорий юристов есть огромное количество общих тем для обсуждения, а судебное правоприменение может иметь конструктивную обратную связь, направленную на улучшение судебной практики и повышение качества аргументации судебных актов. Теоретики юриспруденции могут воспользоваться данной площадкой для более углубленного изучения конкретных аспектов применения права. В свою очередь практикующие юристы в результате проведения Форума получают возможность лучше понять взгляды судей и ученых на возникающие в практической деятельности вопросы.

Эта синергия, мы уверены, была оценена всеми участниками Форума. Полагаем, что его проведение станет регулярным, и участие судейского сообщества, правоохранительных органов, консультантов, ученых и представителей иных видов юридической профессии будет расширяться.

Только в диалоге и объединении, а не в конфликтах и противостояниях, возможно достижение общего позитивного результата по развитию правового государства, воплощению в жизнь принципов Конституции РФ.

Издание настоящего сборника позволяет обозначить основные проблемы, выявленные ключевыми участниками прошедшего Форума в комплексной теме судейского усмотрения. Мы надеемся, что сборник станет полезным как для теоретических научных изысканий, так и для практического правоприменения.

В.А. Вайпан,
Председатель Московского отделения
Ассоциации юристов России,
проректор МГУ имени М.В. Ломоносова,
доктор юридических наук, профессор

Д.В. Кравченко,
Председатель Исполнительного комитета
Московского отделения Ассоциации юристов России,
кандидат юридических наук

РАЗДЕЛ 1. СУДЕЙСКОЕ УСМОТРЕНИЕ

Егорова Ольга Александровна
Председатель Московского городского суда,
Заслуженный юрист Российской Федерации,
кандидат юридических наук

К вопросу о понятии судейского усмотрения в условиях современного общества

*«Судьи должны помнить, что их дело —
истолковать закон, а не даровать его»*

Френсис Бэкон

Указом Президента Российской Федерации от 10 октября 2019 года № 490 «О развитии искусственного интеллекта в Российской Федерации» была утверждена Национальная стратегия развития искусственного интеллекта на период до 2030 года. При этом Президент России в своем выступлении на конференции 10 ноября 2019 года, посвященной внедрению систем искусственного интеллекта, подчеркнул, что нельзя не замечать те изменения, которые системы искусственного интеллекта привносят в структуру современного российского общества.

Суды города Москвы и Московский городской суд в частности, входят в систему судов общей юрисдикции, являющихся органами государственной власти Российской Федерации. Суды и работающие в них судьи как равноправные члены нашего общества, также не могут не осознавать то влияние, которые современные технологии оказывают на повседневную жизнь каждого из нас. Понятно, что предстоящие изменения, предусмотренные указан-

ной национальной стратегией, несомненно, затронут и всю судебную систему, и вопросы рассмотрения каждого конкретного дела в частности. При этом будет затронут и такой важный вопрос, как влияние внедряемых информационных систем на принятие судьей решения, именно на тот вопрос, которому и посвящен наш сегодняшний форум — вопросу судейского усмотрения.

Существующее на данном этапе российское законодательство оставляет неурегулированными некоторые отношения в этой сфере деятельности судьи, а порой нормы одной отрасли законодательства в регулировании похожих вопросов входят в противоречие с нормами другой отрасли. Не редкостью являются и некачественные правила, допускающие различное уяснение их смысла. В таких и иных ситуациях судьи, толкуя применяемое право, оценивая доказательства, разрешая иные вопросы, возникающие при рассмотрении и разрешении дел, делают собственные выводы и заключения, которые, как правило, касаются прав и законных интересов лиц, участвующих в деле.

Пленум Верховного Суда РФ в своих постановлениях, разъясняя положения закона, дает заключения по их единообразному применению, что, несомненно, затрагивает права и законные интересы каждого из участников судопроизводства. Усмотрение судьи сопровождает все стадии уголовного, гражданского, административного процессов, оно свойственно всем судебным инстанциям, было и остается объективно необходимым в правоприменении.

Каждый ждет от суда справедливого решения, следовательно, и усмотрение суда должно быть справедливым. Обсуждение данных проблем на научно-практическом форуме позволит сделать выводы, которые могут быть использованы в правоприменительной, нормотворческой и научной деятельности, а также окажут пользу в отграничении судейского усмотрения от судебной ошибки и источников правового регулирования.

Прежде всего, отметим, что учеными и практикующими юристами для обозначения усмотрения суда применяются два поня-

тия: «судейское усмотрение» и «судебное усмотрение». Они, как нам представляется, являются тождественными. Мы находим приемлемым и выражающим существо данного правового явления понятие «судейское усмотрение». Именно судья единолично или судьи коллегиально, действуя от имени Российской Федерации, используют такую форму правоприменения и правосознания. Суд, независимо от его уровня в судебной системе, представлен судьями, государственными гражданскими служащими, иными лицами, но только судьи наделены таким ответственным правомочием, а порой и обязанностью. Нельзя не согласиться с тем, что судейское усмотрение может быть представлено в виде формы выражения правосознания и принципа судопроизводства.

Судейское усмотрение — явление многозначное, а потому и представлено разными подходами к определению его сущности. Надо полагать, что сложность определения данного понятия обусловлена разными критериями, его характеризующими. С позиции правоприменения оно может быть представлено в виде его формы. Являясь умственной деятельностью по формированию позиции суда по разрешаемому вопросу, судейское усмотрение может быть отнесено к одной из форм правосознания. Судейское усмотрение также следует понимать как способ восполнения пробелов в праве, недостатков в законодательстве, как юридический факт, порождающий, изменяющий и прекращающий права и обязанности, и как межотраслевой институт российского права в виде совокупности норм различной отраслевой принадлежности, регулирующих отношения, связанные с судейским усмотрением.

Содержанием судейского усмотрения являются правомочия органов судебной власти и их обязанности. Оно основано на объективных и субъективных критериях. Последствия судейского усмотрения определяются его соответствием требованиям закона, мотивированности, справедливости и объективности.

Судейское усмотрение по существу выносится в виде судебных постановлений: решений, приговоров, судебных приказов, апелляционных определений (постановлений) и т.д.

Судейское усмотрение применяется в любой стадии судопроизводства. Так, например, в гражданском процессе оно осуществляется на стадии:

- возбуждения дела. При поступлении искового заявления судья в зависимости от требований процессуального права принимает его к производству, отказывает в принятии, возвращает, оставляет без движения;
- подготовки дела к судебному разбирательству. Задачами подготовки дела к судебному разбирательству являются уточнение фактических обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения дела; определение закона, которым следует руководствоваться при разрешении дела, и установление правоотношений сторон; разрешение вопроса о составе лиц, участвующих в деле;
- судебного разбирательства. Порядок и способ исследования отдельных видов доказательств определяется председательствующим. Например, опрос свидетеля в возрасте до четырнадцати лет, а по усмотрению суда и допрос свидетеля в возрасте от четырнадцати до шестнадцати лет производятся с участием педагогического работника, который вызывается в суд.

Усмотрение суда возможно во всех инстанциях:

- например, при рассмотрении уголовного дела судом первой инстанции суд вправе подвергнуть подсудимого, не явившегося без уважительных причин, приговору, а равно применить к нему или изменить ему меру пресечения;
- при пересмотре решений и определений судов, не вступивших в законную силу в апелляционном порядке — основания для отмены или изменения решения суда в апелляционном порядке;
- при пересмотре решений, определений и постановлений суда в кассационном порядке — суд кассационной инстанции не связан доводами кассационных жалобы или представления и вправе проверить производство по уголовному делу в полном объеме;

- и при пересмотре решений, определений и постановлений суда в надзорном порядке — основаниями отмены или изменения приговора, определения или постановления суда в порядке надзора являются существенные нарушения уголовного и (или) уголовно-процессуального законов, повлиявшие на исход дела);
- при пересмотре решений, определений и постановлений суда по вновь открывшимся или новым обстоятельствам — суд, рассмотрев заявление, представление о пересмотре судебных постановлений по вновь открывшимся или новым обстоятельствам, удовлетворяет заявление и отменяет судебные постановления или отказывает в их пересмотре.

Теперь обратимся к исследованию оснований судейского усмотрения. Нам представляется, что основаниями судейского усмотрения являются неясные правила, изложенные в законодательстве; противоречия между нормами разной отраслевой принадлежности; неурегулированность отношений, ставших предметом судебного разбирательства; предписания закона; оценочные законодательные понятия и иные обстоятельства, объективно вызывающие судейское усмотрение.

О неясных правилах как основании судейского усмотрения свидетельствуют, например, положения п. 1 ст. 1158 ГК РФ, согласно которым наследник вправе отказаться от наследства в пользу других лиц. Однако данное положение вызывает неоднозначное понимание, в пользу кого может быть совершен отказ. Эта неоднозначность устранена судейским усмотрением. Так, в соответствии с п. 44 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 мая 2012 года № 9 «О судебной практике по делам о наследовании» направленный отказ может быть совершен лишь в пользу лиц из числа наследников по завещанию, а также наследников по закону любой очереди, которые призваны к наследованию. Указанная норма была предметом рассмотрения Конституционного Суда РФ, который постановил, что эта нор-

ма права не соответствует Конституции РФ в той мере, в какой данное законоположение в силу неопределенности своего нормативного содержания допускает возможность неоднозначного истолкования.

Имеются примеры и противоречий между нормами различной отраслевой принадлежности, имеющими равную юридическую силу, например, Семейный кодекс РФ и УПК РФ по-разному определяют отношения между супругами: УПК РФ относит их к близким родственникам (п. 4 ст. 5 УПК РФ), а СК РФ запрещает брак между близкими родственниками и вместе с ГК РФ не признает супругов родственниками (ст. 14 СК РФ; гл. 63 ГК РФ).

Обоеночных законодательных понятиях как основании судебного усмотрения свидетельствует, например, п. 1 ст. 90 СК РФ — право требовать предоставления алиментов в судебном порядке от бывшего супруга имеет нуждающийся супруг, достигший пенсионного возраста не позднее чем через пять лет с момента расторжения брака, если супруги состояли в браке длительное время. Однако в законе не содержится указания на то, какой период времени состояния в браке следует считать длительным, что влечет необходимость определения указанного понятия судебским усмотрением.

Признание действий, совершаемых управомоченным лицом, злоупотреблением правом носит оценочный характер, в силу чего в практике известны разные оценки схожих обстоятельств. Использование в законе исключительно оценочных суждений ведет к разной оценке сходных обстоятельств.

Нередко в законе имеется указание на применение судебного усмотрения. Например, в соответствии с ч. 1 ст. 67 ГПК РФ суд оценивает доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на всестороннем, полном, объективном и непосредственном исследовании имеющихся в деле доказательств. Аналогичные правила содержатся и в КАС РФ, КоАП РФ, УПК РФ.

Вместе с тем законодательство Российской Федерации может содержать запрет на судебское усмотрение. Так, ст. 211 ГПК РФ

предусматривает немедленное исполнение некоторых решений и исключает усмотрение по этому поводу. При этом Пленум Верховного Суда РФ в п. 11 Постановления от 19 декабря 2003 года № 23 «О судебном решении» дал следующие разъяснения: «решения, перечисленные в ст. 211 ГПК РФ, подлежат немедленному исполнению в силу императивного предписания закона, в связи с чем указание в решении об обращении их к немедленному исполнению не зависит от позиции истца и усмотрения суда».

Вместе с тем установление императивных правил, при которых судейское усмотрение запрещено и отсутствие дифференциации правил в законе в зависимости от определенных обстоятельств также может повлечь нарушение прав и законных интересов частных лиц.

Таким образом, в настоящее время закон содержит как запрет на применение судейского усмотрения, так и прямо предусматривает его. Такое положение возлагает на судей высочайшую ответственность за принимаемые решения.

Важное значение для судейского усмотрения имеют профессиональные и личностные качества судьи. В статье 4 Закона РФ от 26 июня 1992 года № 3132-1 «О статусе судей в Российской Федерации» содержится перечень условий, которым должен соответствовать кандидат на должность судьи. Согласно ч. 6 ст. 11 Кодекса судейской этики судья должен поддерживать свою квалификацию на высоком уровне, расширять профессиональные знания, совершенствовать практический опыт и личные качества, необходимые для надлежащего исполнения своих обязанностей. В этих целях судья должен использовать как возможности самостоятельного обучения, так и систематически проходить переподготовку в государственной системе повышения квалификации. Уровень профессиональных и личностных качеств судьи может влиять на его способность правильно разрешить дело, а следовательно, не исключаются судебные ошибки.

Но судейское усмотрение не должно быть судебной ошибкой, т.е. умышленным нарушением судом (судьей) положений про-

цессуального и материального права, прав и законных интересов лиц, участвующих в деле, иных лиц. Законодатель выделяет другой тип судебных ошибок, которые являются следствием некомпетентности или небрежности судьи, т.е. недобросовестного исполнения им функции по отправлению правосудия, приводящего к искажению фундаментальных принципов судопроизводства и грубому нарушению прав участников процесса. Вынесение неправосудного судебного акта, хотя оно и не подпадает под признаки состава преступления, тем не менее может свидетельствовать либо о явной небрежности судьи, либо о его неспособности исполнять свои профессиональные обязанности, недопустимой при отправлении правосудия, а следовательно, являться основанием для применения к нему мер дисциплинарной ответственности как за однократное грубое нарушение, допущенное в процессе рассмотрения дела и вынесения судебного акта, так и за систематические нарушения, которые могут и не носить характера грубых, но в совокупности давать основания для вывода о явной недобросовестности или профессиональной некомпетентности судьи. И наконец, надо полагать, что судебское усмотрение не может быть источником права. Судьи, толкуя действующее право, а Пленум Верховного Суда РФ, давая разъяснения по вопросам, требующим единообразного разрешения, не вправе устанавливать новые правила.

Сложившаяся ситуация, вызванная недостатками законодательной техники, ненадлежащей правовой экспертизой нормативных правовых актов и тому подобными обстоятельствами требует принятия необходимых мер, направленных на недопущение принятия некачественных нормативных правовых актов и повышение качества судебское усмотрения.

В связи с изложенным представляется необходимым:

1. избегать в нормотворчестве неясных правил, противоречий между правилами и оценочных понятий, вызывающих неоднозначное уяснение их смысла;

2. предусмотреть проведение правовой экспертизы всех проектов нормативных правовых актов без исключения компетентным органом с привлечением специалистов в данной сфере;
3. своевременно устранять существующие неясности компетентным органом — Пленумом Верховного Суда РФ путем соответствующих разъяснений, а при разъяснении избегать введения новых оценочных понятий;
4. установить обязательную правовую экспертизу проектов постановлений Пленума Верховного Суда РФ в целях исключения новых оценочных понятий и установления новых правил. В состав экспертного органа должны входить не только судьи Верховного Суда РФ, но и судьи Конституционного Суда РФ, судьи субъектов РФ, представители органов государственной власти, уполномоченные по правам человека в субъекте РФ, известные ученые;
5. создать научно-консультативные советы в каждом суде уровня субъекта федерации, на которые наряду с имеющимися у них полномочиями возложить и полномочия по обсуждению проектов постановлений Пленума Верховного Суда РФ и даче заключения;
6. установить законодательно четкие критерии, позволяющие однозначно понимать законность, обоснованность, объективность и справедливость судейского усмотрения и отграничивать его от судебной ошибки, влекущей ответственность судей. Такие критерии должны исключить необоснованное привлечение судей к ответственности, а следовательно, обеспечить их подлинную независимость;
7. установить четкие критерии, которым должны соответствовать профессиональные и личностные качества кандидата на должность судьи и действующего судьи; проверять личностные качества судьи, насколько это возможно, при сдаче экзаменов на должность судей соответствующим вопросом (тестом);

8. при профессиональной подготовке судей, впервые назначенных на должность, и повышении квалификации судей в соответствующей программе предусмотреть вопросы, касающиеся повышения личностных качеств судей;
9. судьям при судейском усмотрении не допускать явной небрежности, не искажать фундаментальные принципы судопроизводства, не нарушать нормы материального и процессуального права и права лиц, участвующих в деле.

Вайпан Виктор Алексеевич
*Проректор Московского государственного университета
имени М.В. Ломоносова (МГУ),
профессор кафедры предпринимательского права
Юридического факультета МГУ,
Почетный юрист города Москвы,
доктор юридических наук*

Судебное усмотрение при разрешении экономических споров

Последние годы в России происходит сущностная *трансформация правовой системы, направленная на снижение значимости принципа исключительности нормативных правовых актов и иных правовых источников в сфере предпринимательства*¹. Все большее значение придается их толкованию и судебному усмотрению при разрешении конкретных экономических споров. От современных юристов при выявлении правового содержания источников права требуется не только формальное знание текстов статей законов и иных актов, но и умение их истолковывать на основе сложившейся судебной практики применительно к фактическим обстоятельствам дела. Пленум Верховного Суда РФ в Постановлении от 23 июня 2015 г. № 25 прямо указал на то, что положения ГК РФ, законов и иных актов, содержащих нормы гражданского права, подлежат истолкованию в системной взаимосвязи с основными началами гражданского законодательства, закрепленными в ст. 1 ГК РФ. Федеральный конституционный закон от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ (в ред. от 28 декабря 2016 г.) допускает возможность собственного истолкования Конституционным Судом РФ нормативных правовых актов либо отдельных их положений (п. 10.1 ст. 75).

¹ Эту тенденцию можно охарактеризовать и как медленный дрейф в сторону системы общего права.

Размывание принципа исключительности источников права

Все большее количество ученых склоняются к тому, что позитивистское (нормативное) понимание права является узким, основано на наследии советской эпохи и нуждается в преодолении. Современное состояние правоприменительной практики также свидетельствует о *размывании принципа исключительности нормативных правовых актов*, «о поэтапном преодолении позитивизма» (термин Д.Е. Богданова), о приближении к «пульсирующей жизни» (термин Г. Кельзена). Д.Е. Богданов с одобрением отмечает примеры разрешения судебных дел с «...позиций справедливости и добросовестности, то есть формулирования судами не позитивистских, а реалистических, политико-правовых решений»². *«Деятельность арбитражных судов свидетельствует о влиянии судейского усмотрения на формирование судебной практики»*, — заключает В.А. Лаптев³. При этом приходится констатировать, что судебная практика все больше уходит в усмотрение, истолкование обстоятельств дел, иногда в нарушение прямых норм законодательства, что неминуемо влечет судебные ошибки⁴. Весы правопонимания и правоприменения в обществе качнулись в другую сторону, в направлении широкого, интегративного, по сути, индивидуализированного подхода к нормам права, их расширительного толкования применительно к конкретным ситуациям на основе общих принципов и начал, используемых не только в праве, но и во всей социальной и политической надстройке.

² Богданов Д.Е. Эволюция гражданско-правовой ответственности с позиции справедливости: сравнительно-правовой аспект: монография. М.: Проспект, 2015. С. 39.

³ Лаптев В.А. Источники предпринимательского права в Российской Федерации: монография. М.: Проспект, 2017. С. 250.

⁴ См. подробнее: Вайпан В.А. Возможность возникновения права на долю в уставном капитале общества при отсутствии правоустанавливающих документов: пределы судебного усмотрения // Вестник арбитражной практики. 2017. № 3. С. 3–15.

И это, действительно, не только особенность российской правовой системы. Например, К.И. Скловский обращает внимание на то, что во многих странах имеется законодательство, позволяющее судам изменять условия договора, основываясь на общих принципах права, таких как добросовестность или справедливость. К их числу, в частности, относятся Германия (§ 313 BGB), Австрия (§ 936 ABGB), Швейцария (ст. 21, 119 ZGB), Италия (ст. 1467 ГК Италии), Греция (ст. 388 ГК Греции). Помимо национальных законодательств, требование «договорной справедливости» закреплено в п. 2 ст. III-1:110 Модельных правил европейского частного права (*Draft Common Frame of Reference, DCFR*), что предоставляет суду возможность вмешательства в условия договора при серьезном дисбалансе договорного равновесия, приводящего к несправедливому положению должника в обязательстве⁵.

Трансформация правовой системы в субъективизм и усмотрение основана на вере в безоговорочный приоритет этических, социокультурных начал в праве над их формальным содержанием. «Социализированное представление об общей справедливости становится ценным не только для этической философии, но и для юриспруденции, поскольку оно возвращает как в этическую философию, так и в право идею о цели, аристотелевский *telos*, идеал, к которому необходимо стремиться»⁶.

Итальянский исследователь А. Д'Анжело (A. D'Angelo), рассуждая о договорной справедливости (*giustizia contrattuale*), отмечает приоритет этических ценностей над решениями позитивного права⁷.

⁵ См.: Скловский К.И. Проблемы применения нормы ст. 451 ГК РФ: валютная оговорка и баланс интересов сторон договора // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2016. № 7 (СПС «КонсультантПлюс». С. 2).

⁶ Богданов Д.Е. Эволюция гражданско-правовой ответственности с позиции справедливости: сравнительно-правовой аспект: монография. М.: Проспект, 2015. С. 31–32.

⁷ См.: Договорное право России: реформирование, проблемы и тенденции развития: монография / Е.Е. Богданова, Л.Ю. Василевская, Е.С. Гринь и др.; под общ. ред. Л.Ю. Василевской. М.: НОРМА, ИНФРА-М, 2016 (СПС «КонсультантПлюс». С. 4). В этой же книге отмечается, что ряд датских уче-

Ю.В. Романец заключает: «Духовно-нравственная справедливость первична по отношению к юридической»⁸.

Вместе с тем уважаемые авторы упускают из виду, что принципы справедливости, добросовестности, разумности в правоприменении используются в качестве оценочных правовых средств для разрешения спора или дела. Поэтому индивидуальный вывод о справедливости или несправедливости, добросовестности или недобросовестности, разумности или неразумности в действиях (бездействии) участников правоотношений должен сделать судья или иной субъект, рассматривающий спор или дело. Это влечет за собой расширение сферы судебного и административного усмотрения, что в условиях российской правовой действительности с неизбежностью порождает ошибки, произвол, отрицательно влияет на экономическое развитие, соответственно, и на повышение благосостояния граждан. В итоге стремление обеспечить справедливость в правоприменении с помощью ориентации на высокие идеалы может привести к еще большей несправедливости.

В связи с этим известный российский ученый И.А. Покровский отмечал, что «...**право на определенность правовых норм** есть одно из самых неотъемлемых прав человеческой личности, какое только можно представить, без него, в сущности, вообще ни о каком «праве» не может быть речи». Поэтому расширение сферы «судейского правотворения <...> заключает в себе органическую и *неустранимую опасность* (курсив мой. — В.В.) *судейского произвола... и очевидно идет вразрез с интересами развивающейся человеческой личности*»⁹.

ных полагает, что условия добросовестности, разумности и справедливости следует считать синонимичными (Bush D. at all. The Principles of European Contract Law and Dutch Law. A Commentary Ars. Aequi Libri (Nijmegen) Kluwer Law International. The Hague; L.; N.Y., 2002. P. 33).

⁸ Романец Ю.В. Этические основы права и правоприменения. М.: ИКД «Зерцало-М», 2012. С. 95.

⁹ См.: Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 1998. С. 89, 105.

Разделяя опасения И.А. Покровского относительно возможности перерастания судейского усмотрения в судейский произвол, В.В. Витрянский рассчитывает на то, что проблема может быть решена путем *формирования единообразной судебной практики, связанной с применением*, в частности, принципа добросовестности к различным гражданским правоотношениям. В.В. Витрянский приводит положительные примеры успешных попыток судебного толкования отдельных правовых норм, в соответствии с которыми юридические последствия наступают в зависимости от добросовестности (недобросовестности) поведения участников гражданского оборота¹⁰. Однако автор тут же приводит отрицательный пример из Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации», касающийся признания добросовестным поведением оказание участником гражданского оборота какого-либо содействия другой стороне соответствующего правоотношения. Например, такое толкование не применимо к поведению потерпевших в деликтном или кондикционном обязательстве по отношению к причинителю вреда или приобретателю чужого имущества либо собственника в правоотношении, связанном с истребованием своего имущества от незаконного владельца¹¹.

Любопытное высказывание Р. Гуда¹² относительно соотношения добросовестности и справедливости приводит Е.Е. Богданова. Так, Р. Гуд заметил, что добросовестность есть «...неопределенное понятие справедливости, которое делает судебные решения непредсказуемыми»¹³. Не является ли эта «неуловимость» добро-

¹⁰ См.: Витрянский В.В. Реформа гражданского законодательства: промежуточные итоги. М.: Статут, 2017. С. 58.

¹¹ См.: Витрянский В.В. Указ. соч. С. 61.

¹² Goode R. The Concept of "Good Faith" in English Law. URL: <http://www.cnr.it/CRDCS/goode.htm>

¹³ См.: Договорное право России: реформирование, проблемы и тенденции развития: монография (СПС «КонсультантПлюс». С. 3).

совестности и справедливости основой для неопределенности судебных решений, основанных на применении данных принципов? Иными словами, даже толкование Верховного Суда РФ не лишено недостатков, связанных с субъективной оценкой тех или иных обстоятельств. Поэтому сложно согласиться с мнением В.А. Лаптева, что «акты Верховного Суда Российской Федерации (постановления Пленума, Президиума и обзоры) есть обобщение справедливых подходов при вынесении судебных актов судами всех уровней»¹⁴. К сожалению, за скобками остаются и многочисленные отрицательные примеры судейского произвола, основанного на судейском усмотрении в судебной практике на местах. И к такому активному судейскому усмотрению суды «подталкивает» именно Верховный Суд РФ¹⁵.

В качестве иллюстрации судейского усмотрения показательным является приведенный М.В. Телюкиной пример из практики Верховного Суда РФ, который касается спора о государственной регистрации права собственности на земельный участок. В этом споре нас интересует оценка автором Определения Верховного Суда РФ от 18 сентября 2015 г. № 305-ЭС15-1943 по делу № А40-186427/2013. «Представленная ВС РФ аргументация исключения земельного участка из-под ареста более чем сомнительна», — убеждена М.В. Телюкина. — Тем не менее позиция ВС РФ по данному делу вызывает одобрение, ибо основывается на *некоем чувстве справедливости* (курсив мой. — В.В.). Действительно, хочется защитить М.Н. Поцелуеву...». И далее следует вывод ав-

¹⁴ Лаптев В.А. Решения судов в составе судебной практики: применение закона и принципа справедливости // Арбитражный и гражданский процесс. 2015. № 10 (СПС «КонсультантПлюс». С. 2).

¹⁵ В.А. Белов отмечает, что «...в пику принципам состязательного процесса Верховный Суд предлагает нижестоящим судам занимать проактивную позицию в процессе, при необходимости изучая даже те вопросы, которые стороны хотели бы оставить за рамками процесса, в том числе вопросы нравственности, *справедливости* (курсив мой. — В.В.), разумности и т.п.» (см.: Белов В.А. «Двадцать пятое» Постановление Пленума: толкование или... законодательство? // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2015. № 11. С. 53–90 (СПС «КонсультантПлюс». С. 4)).

тора, оправдывающий судебное усмотрение, основанное на чувстве справедливости, а не на строгой норме: первый подход «... представляет собой формальное толкование, следование праву в чистом виде, а второй учитывает утилитарные потребности оборота и морально-нравственные категории справедливости, разумности, добросовестности. С формальной точки зрения первый подход лучше обоснован, но правовая целесообразность требует внедрения второго»¹⁶. Чем это отличается от известного тезиса о «социалистическом правосознании», который реализовывался в первые годы советской власти в отсутствие необходимой правовой базы и порождал произвол? Опасность появления подобного произвола представляется весьма вероятной в случае ориентации судебной системы на «справедливую» правовую целесообразность.

С учетом складывающейся отечественной судебной практики и субъективной природы представлений судей о справедливости весьма сомнительным выглядит упование в России на формирование единообразной судебной практики как панацею от несправедливых судебных решений. Эти стремления кажутся нереализуемыми. Поэтому не удивительны оценки Л.Ю. Михеевой: в «...спасительных недосказанностях и в двусмысленных оговорках, которые мы наблюдаем в правовых позициях Верховного Суда и, собственно, у самого законодателя... прячутся аргументы для суда, желающего по-своему установить справедливость <...> и для того чтобы хоть как-то восстановить *интуитивно понимаемую им справедливость* (курсив мой. — В.В.), суд хватается за любую подходящую для этого аргументацию»¹⁷.

¹⁶ Телюкина М.В. Исключение недвижимости из конкурсной массы: новое основание? Комментарий к Определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 18.09.2015 № 305-ЭС15-1943 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2015. № 10. С. 21–25 (СПС «КонсультантПлюс»).

¹⁷ См.: Пискунов Я. Концепции развития семейного законодательства у нас в стране нет [Интервью с Л.Ю. Михеевой] // Закон. 2017. № 2 (СПС «КонсультантПлюс». С. 4).

Анализируя пункт 24¹⁸ Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 18 ноября 2003 г. № 19 «О некоторых вопросах применения Федерального закона «Об акционерных обществах», В.А. Лаптев замечает, что «в данном случае нераскрытое понятие существенности позволяет суду оценить фактические обстоятельства дела, руководствуясь принципом справедливости с учетом сущности корпоративного управления (ст. 65.1–65.3, 67.1 ГК РФ)»¹⁹. При этом не уточняется, как судья должен понимать этот принцип справедливости.

Очевидно, что обеспечение социальной справедливости в судебных решениях должно базироваться не столько на судебных толкованиях понятия справедливости, выработке правовых позиций Верховным Судом РФ, сколько лежать в плоскости ясных формулировок в законодательстве в части понимания принципа справедливости, чтобы он не воспринимался правоприменителями исходя из субъективного «чувства справедливости», «интуиции» и т.п.

В литературе отмечается «несколько путей закрепления справедливости в юридической норме», и «наиболее простой — непосредственно зафиксировать в правовом установлении»²⁰. Это кажется простым решением, когда есть что закреплять. А когда нет четких научных критериев, и отнюдь не ясно, как сформулировать многозначное понятие, тогда остаются лишь общие фразы о справедливости, которые не продвигают нас в решении проблемы. Например, в ч. 1 ст. 60 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ) (общие начала назначения наказания) законо-

¹⁸ В данном пункте Высший Арбитражный Суд РФ применительно к искам о признании недействительными решений общих собраний акционеров, по сути, сформулировал новую правовую норму: «разрешая такие споры, суд вправе с учетом всех обстоятельств дела оставить в силе обжалуемое решение, если голосование данного акционера не могло повлиять на результаты голосования, допущенные нарушения не являются существенными и решение не повлекло причинения убытков акционеру (пункт 7 статьи 49 Закона)».

¹⁹ Лаптев В.А. Источники предпринимательского права в Российской Федерации: монография. М.: Проспект, 2017. С. 250, 251.

²⁰ Юнусов С.А. Принцип справедливости в уголовно-исполнительном праве: вопросы теории: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Рязань, 2014. С. 14.

датель акцентировал внимание на «назначении справедливого наказания» в пределах, предусмотренных соответствующей статьей УК РФ. В уголовном праве законодатель исходит из общеправового понимания принципа справедливости, выраженного в равном юридическом масштабе поведения и в строгой соразмерности юридической ответственности допущенному правонарушению²¹. В то же время ни УК РФ, ни Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации не раскрывают содержание понятия «справедливость». Это означает, что каждый правоприменитель, понимая справедливость по-своему, самостоятельно оценивает «все юридические нормы... с позиции морали, а, следовательно, и с позиции справедливости»²².

Данный подход является **опасным**, так как представления о морали и справедливости весьма индивидуальны: что для одного правоприменителя может показаться справедливым и моральным, для другого может таковым не быть. Именно на «негативную роль субъективизма судебного усмотрения» указывает большинство авторов, отмечая нарушения принципа справедливости в процессе правоприменения²³. «Соблюдение справедливости, — обоснованно указывает О.Ю. Бунин, не может зависеть большей частью от усмотрения суда, в самом законе должны быть заложены необходимые для этого гарантии»²⁴. «У судебного усмотрения должны быть некие границы. И это всегда очень сложный вопрос — найти баланс между публичными и бизнес-интересами, принципами справедливости, равноправия и судебным усмотре-

²¹ См.: Предпринимательское право Российской Федерации: учебник; отв. ред. Е.П. Губин, П.Г. Лахно. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Норма; ИНФРА-М, 2017. С. 50.

²² См.: *Чечина Н.А.* Избранные труды по гражданскому процессу. СПб.: Изд. Дом С.-Петербур. гос. ун-та, 2004. С. 165.

²³ См.: *Галактионов С.А.* Принцип справедливости (Уголовно-правовой аспект): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Рязань, 2004. С. 12.

²⁴ *Бунин О.Ю.* Реализация принципа справедливости при установлении санкций уголовно-правовых норм: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. М., 2006. С. 8.

нием», — заключает И.С. Шиткина²⁵. В то же время А.В. Асосков, предлагая, например, юридический механизм достижения баланса в судебной практике применения п. 5 ст. 1210 ГК РФ, полагает, что «...итоговое правовое регулирование в идеале должно как способствовать предсказуемости и определенности результата, так и оставлять свободу усмотрения для *справедливого* (курсив мой. — В.В.) разрешения специфических дел». Такое видение основано на том, что «...при определении права, применимого к договорным обязательствам, законодатель и судебная практика должны решить непростую задачу нахождения оптимального сочетания трех базовых принципов международного частного права — принципа автономии воли (*lex voluntatis*), принципа применения права, имеющего наиболее тесную связь с отношением (*lex causae*), и права суда (*lex fori*)»²⁶. При этом автор с сожалением констатирует неизбежность применения отечественными судами удобного собственного права (*lex fori*).

Абсолютность требования точной реализации норм права

Юридический принцип социальной справедливости в его функциональной трактовке означает обеспечение соответствия действия (бездействия) адресатов юридической нормы, заложенной в ней модели поведения, смыслу и букве правовых предписаний. В правовом государстве это требование обладает свойством абсолютности, что характеризуется необходимостью для судов в процессе правоприменения обеспечивать точную реализацию юридической нормы даже в тех случаях, когда она представляется несправедливой ни по фактическому содержанию, ни по юридиче-

²⁵ Шиткина И.С. Межотраслевая унификация понятий, обозначающих экономическую зависимость, вовсе не обязательна // Вестник Арбитражного суда Московского округа. 2016. № 4 (СПС «КонсультантПлюс». С. 4).

²⁶ Асосков А.В. Право, применимое к договорным обязательствам: европейская реформа и российское международное частное право // Вестник гражданского права. 2009. № 2 (СПС «КонсультантПлюс». С. 27).

ской форме. По сути, речь идет о *приоритетности формального содержания* нормативного регулирования над усмотрением правоприменителей.

Так, в процессе применения экономического законодательства функциональное требование принципа социальной справедливости реализуется с помощью двух приемов (или способов):

(1) Воплощается, прежде всего, в точной реализации целей и содержания норм права, чем достигается социальная справедливость в экономической сфере. Фактически — это буквальная реализация экономической модели, заложенной в норме.

(2) Вторым способом реализации функционального требования является обеспечение в процессе правореализации реального равенства правовых возможностей хозяйствующих субъектов.

Такое справедливое («должное») равенство, в свою очередь, может обеспечиваться для хозяйствующих субъектов *тремя способами*:

1) путем принятия правоприменительного решения **на основании внутреннего содержания** норм предпринимательского права (*т.е. экономической модели*) с помощью оценочных субъективных суждений о действиях или бездействии субъектов экономической деятельности с учетом фактических обстоятельств дела. В этом решении правоприменителем устанавливается: *прежде всего, (а)* социально справедливый («должный») баланс интересов участников экономических правоотношений (имущественный и неимущественный, частный и публичный, и т.д.) *и, кроме того, (б)* обеспечивается справедливая («должная») соразмерность прав и обязанностей хозяйствующих субъектов в конкретных правоотношениях (эквивалентное имущественное соответствия между требованиями сторон, отсутствие дискриминации одного из субъектов, и т.д.);

2) путем непосредственного (буквального) использования **внешней юридической формы** (конструкции) норм права, в которой заложено формальное (юридическое) равенство участников в виде прав и обязанностей;

3) с помощью различных разновидностей *юридических приемов* (способов, подходов, критериев), вырабатываемых правоприменительной практикой в сфере предпринимательства, а том числе на основе таких оценочных категорий как *добросовестность, разумность, адекватность* и т.д.

Пределы судебного усмотрения

В контексте реализации норм права важно определить пределы судебного усмотрения при разрешении экономических споров. Очевидно, что в нынешней российской системе права *пределы судебного усмотрения* четко обозначены — это нормы права, выходить за которые, даже в целях защиты слабой стороны, недопустимо, поскольку это разрушает основы права и порождает социальную несправедливость.

Упомянутая абсолютность требования о точной реализации норм права формирует представление о некоторой категоричности этого утверждения. Конечно, по общему правилу при ясности норм права исключается необходимость их толкования. Однако, это не отрицает уяснения смысла норм в процессе правоприменения, когда это необходимо.

В случае возникновения сомнений в правильности восприятия норм ввиду неясности, неопределенности их положений, выявления системных противоречий в праве и т.п. возникает необходимость истолковать правовые предписания исходя из их объективных целей и содержания, выяснить истинный смысл норм, чтобы не допустить социально несправедливого действия (бездействия) в процессе их реализации.

Здесь важно разобраться в этом *сущностном истолковании дефектных норм права*. Под ним понимается выявление правового смысла дефектных норм исходя из приоритетности требования о равенстве правовых возможностей субъектов правоотношений. В случае противоречия между смыслом правовой нормы и ее буквальной формулировкой такое противоречие должно трактоваться в пользу смысла. При этом задействуются все допустимые способы и виды толкования права.

Однако *толкование норм права не означает корректировку общеобязательных правил поведения*. Именно поэтому следует подчеркнуть, что в нашей правовой системе исправление действующих и формулирование новых норм предпринимательского права судьями и иными правоприменителями недопустимо.

Можно привести несколько аргументов против субъективного исправления правоприменителями норм со ссылками на справедливость, добросовестность, разумность и т.п.:

1) одним из основных свойств права является определенность юридических норм, *отсутствие такой определенности ведет к произволу*;

2) многочисленные опросы предпринимателей свидетельствуют о том, что бизнес *недоволен искажениями законодательства в процессе его применения*, и не понимает, как вести бизнес в процессе правовой неопределенности;

3) анализ судебной практики подтверждает, что при исправлении норм права суды мотивируют это ссылками на восстановление справедливости, защиту слабой стороны и т.п. без особой правовой аргументации, т.е. *судьи зачастую используют этот термин лишь для усиления значимости своего решения* (например, по состоянию на середину 2018 г. только Верховный Суд РФ использовал понятие справедливости почти в 23 тыс. решений и определений, а Конституционный Суд с середины 1990-х гг. и до конца 2015 г. применял (разъяснял, упоминал) принцип справедливости почти в 1900 решениях)²⁷;

4) *отсутствуют четкие правовые критерии принципа справедливости, добросовестности, разумности*, что позволяет рассматривать дело на основе индивидуальных представлений о справедливости или несправедливости, добросовестности или недобросовестности, разумности или неразумности, что в свою очередь с неизбежностью порождает ошибки и отрицательно влияет на экономическое развитие.

²⁷ Подсчитано автором на основании данных системы «Консультант-Плюс» и по материалам официального сайта Конституционного Суда Российской Федерации. См.: <http://www.ksrf.ru/>

Эти аргументы не означают отрицания судебного усмотрения как такового. Оно важно и нужно! Усмотрение суда «свойственно всем судебным инстанциям, было и остается объективно необходимым в правоприменении»²⁸. Но, как уже было отмечено, его пределы четко обозначены — это нормы права, выходить за которые недопустимо.

Следует признать, что между справедливым и несправедливым выбором правового решения в конкретном деле существует тонкая грань. Однако, в абсолютности функционального требования исполнения юридической нормы заложены все возможные варианты справедливой реализации права:

- 1) буквальное применение правовых предписаний;
- 2) усмотрение на основе юридических принципов,
- 3) возможность толкования норм,
- 4) применение аналогии закона и права,
- 5) учет конкретных обстоятельств дела.

Главное, чтобы при реализации норм права все эти действия основывались на правовом предписании, а не игнорировали его, не уходили в необоснованное субъективное усмотрение или произвол на основе субъективных представлений правоприменителей о справедливости, добросовестности, разумности.

Dura lex sed lex (закон суров, но это закон). Именно поэтому, каким бы суровым, некачественным, несправедливым, дефектным по содержанию ни был закон, ***его необходимо уважать и неукоснительно соблюдать***, а не блокировать или преодолевать судебным усмотрением.

²⁸ *Егорова О.А.* Понятие и основания судебного усмотрения. В кн.: Судейское усмотрение: понятие, основания, пределы. Материалы VI Межрегиональной научно-практической конференции / отв. ред. О.А. Егорова, Ю.Ф. Беспалов. М.: Проспект, 2015. С. 7.

Судейское усмотрение
(тезисы выступления на Первом московском
правоприменительном форуме)

А судьи кто?

Мы должны понимать, что в словосочетании «Судейское усмотрение», кроме «усмотрения», про которое все сейчас говорят, есть еще прилагательное «судейское». За каждым усмотрением есть конкретный человек — судья, который и усматривает что-то по делу, принимает то или иное решение. Кто же такие судьи? Кто сегодня надевает судейскую мантию, приходит в зал судебных заседаний и разрешает дела уголовные, гражданские и административные? Последние 15 лет я возглавляю экзаменационную комиссию по приему квалификационного экзамена у кандидатов в судьи города Москвы. В состав комиссии входят как действующие судьи, так и представители Московского отделения Ассоциации юристов России, ученые МГУ имени М.В. Ломоносова, Университета имени О.Е. Кутафина. Мы часто проводим выездные заседания. Ежегодно они проходят на Юридическом факультете МГУ. Мы стараемся все время быть в тесном контакте с наукой и другими работниками правовых сфер и дисциплин. Надо сказать, что в судьи, конечно, идут разные люди, с разным стажем, опытом, образованием. Сдача экзамена для кого-то является непреодолимым барьером, для кого-то наоборот — это легкая задача, и человек по своим знаниям уже готов к работе судьей. Но готов ли он к работе по своим внутренним и моральным качествам? Это, конечно, работа уже других органов: квалификационной коллегии, органов, которые занимаются назначением судей. Если говорить о мировых судьях — это Московская

городская дума, если федеральных — Президент и структуры Президента. Но когда мы смотрим на очередного кандидата, сдающего экзамен, мы всегда стараемся представить себе, как он будет выглядеть в судейском кресле и мантии, какие решения он будет принимать. И, наверное, следует говорить о том, что те критерии отбора, которые сейчас существуют, нуждаются в определенной корректировке. Существуют формальные требования: 25 лет, наличие 5-летнего стажа по юридической специальности, высшее юридическое образование, отсутствие противопоказаний для назначения судьей. Но достаточно ли этого для того, чтобы тот, кто займет судейское кресло, рассматривал дела так, как всем нам хотелось бы. Нам, юристам и обществу, которое наделяет полномочиями конкретного человека для рассмотрения дел. Это не всегда понятно. Становится уже понятно, к сожалению, когда этот кандидат занимает судейское кресло и принимает решения, не понятные никому: ни участникам процесса, ни юристам, ни обществу.

Откуда это берется? С моей точки зрения, здесь много можно говорить, в том числе, и об образовании. Образование, получаемое в различных вузах, формирует у человека не только багаж знаний, но и подход к применению тех или иных норм. Он получил образование у преподавателя, у которого есть своя точка зрения о применении тех или иных правовых норм, он их усвоил, пришел в судейское кресло и применяет их так, как это было в вузе. И, наверное, долго приходится его переубеждать, или путем изменения судебных актов, их отмены приводить к какому-то единому знаменателю.

Но здесь возникает и другая проблема: есть понятие «единообразие судебной практики». С одной стороны, единообразие судебной практики предполагает, что судебные решения в аналогичных ситуациях должны быть одинаковы, с другой стороны, есть судейское усмотрение. Все-таки судья должен принимать решения в соответствии с внутренним убеждением, совестью, как написано в законе. Руководствоваться своим жизненным

опытом. Нет ли здесь определенного парадокса? Нам предстоит отыскать на это ответ.

Искусственный интеллект и электронное правосудие

Развитие различных систем электронного правосудия, в том числе системы искусственного интеллекта, которая в будущем настойчиво и властно постучится в дверь судебной системы с предложением своих услуг по замене работы аппарата суда и работы судьи во многих аспектах, является неизбежной тенденцией времени.

В Московском городском суде система электронного дела реализована, за исключением уголовных дел, которые формируются в ходе предварительного расследования во многие десятки томов — у нас нет возможности создать сканированное электронное дело. Что касается гражданских и административных дел, то есть тех, что формируются в судах, в суде 1-ой инстанции они формируются в электронном виде, передаются в вышестоящие инстанции также в электронном виде, и путем личного кабинета любой участник процесса может получить к ним удаленный доступ, ознакомиться с ними, подать ходатайства, жалобы и замечания, предоставить доказательства в соответствии с процессуальным законодательством. Также в деле хранится видеопрокол, который позволяет посмотреть и послушать как вышестоящему суду, так и сторонам.

Единственное замечание — без создания биометрической базы данных и без ее внедрения в деятельность судебной системы, система госуслуг будет доступна для узкого круга лиц, для тех, кто готов этим заниматься: профессиональные адвокаты, юридические лица. Биометрия, как мы это видим ее в будущем — это когда у каждого из нас в планшете, в мобильном телефоне будет иконка со значком правосудия. После обращения к приложению система распознает, кто обратился, идентифицирует его

и готова с ним работать как путем подачи иска или обращения, заявления или ходатайства в тот суд, где имеется само дело, так и путем последующего дистанционного участия и получения для себя копии решения. Мы не можем пока исключать процесс судебного разбирательства, когда перед судьей нужно быть лично. Но в целом вся процедура должна происходить путем удаленного доступа, для экономии времени и сил самого гражданина и работников судов. И само решение суда может быть исполнено в электронном виде.

В нашем новом проекте, который планируется завершить через 2–3 года, видится 3 направления.

1. Искусственный интеллект в организационной сфере деятельности судов — замена помощи председателю суда. Контроль за рассмотрением дел, координация и соблюдение сроков, снижение нагрузки, регистрация дел, передача дел в электронном виде, то есть весь комплекс технических моментов, предусмотренный инструкцией по делопроизводству. Система возьмет на себя часть функций секретаря судебного заседания: составление протоколов с распознаванием речи, направление документов сторонам по делу.

2. Помощник судьи — подбор и анализ необходимого законодательства, изучение судебной практики, подготовка судебных актов, определение круга участников по делу и их извещение. В бывших советских республиках Азербайджан и Казахстан часть таких функций уже реализуется.

3. Замена судьи. Если возник правовой спор, правовая коллизия, мы не идем к человеку, а наш спор разрешает машина. Пока это сложно представить, но тем не менее заглядывать туда можно, и нужно видеть те проблемы, которые возникнут и пока представляются неразрешимыми.

Ведь в чем состоит работа судьи, судейского усмотрения, и что должен заменить искусственный интеллект? Формирование внутреннего убеждения, разрешение вопросов по совести, по справедливости. Как алгоритмизировать данные процессы —

пока никому не понятно. И каким образом считать решения компьютера справедливым — никто не может сказать. Но к такой дискуссии все должны быть готовы.

Есть очевидные плюсы искусственного интеллекта — отсутствие технических, арифметических ошибок, отсутствие ошибок в определении действующего законодательства. Минус — отсутствие субъективного фактора.

Пилипенко Юрий Сергеевич
Президент Федеральной палаты адвокатов РФ,
Заслуженный юрист Российской Федерации,
доктор юридических наук, профессор

Как избавиться от обвинительного уклона?

**(тезисы выступления на Первом Московском
правоприменительном форуме)**

Адвокатура — неотъемлемая часть правосудия

Европейский Суд по правам человека (ЕСПЧ), оценивая вклад адвокатов в отправление правосудия, отвел им место посредников между обществом и судом, которое они занимают благодаря своему особому статусу²⁹. Эта позиция меня настолько обеспокоила, что пришлось публично заявить: адвокатура является не посредником между обществом и государственными органами в лице судов, а неотъемлемой независимой частью правосудия.

Кстати, законодательство ряда стран, например, Закон об адвокатуре Федеративной Республики Германии, определяет адвокатуру именно как независимую часть правосудия. Хотя российское законодательство такого определения не содержит, вряд ли мои коллеги-адвокаты согласятся с тем, что их особый профессиональный статус предполагает роль посредников. Тем более что понятие «посредник» применительно к некоторым особенностям

²⁹ См.: Постановление ЕСПЧ от 20 мая 1998 г. по делу «Шепфер против Швейцарии» («Schopfer v. Switzerland»), жалоба № 25405/94; Постановление ЕСПЧ от 21 марта 2002 г. по делу «Никула против Финляндии» (Nikula v. Finland), жалоба № 31611/96; Постановление ЕСПЧ от 20 апреля 2004 г. по делу «Амихалачиоаие (Amihalachioaie) против Молдовы», жалоба № 60115/00; Постановление ЕСПЧ от 15 декабря 2005 г. «Дело «Киприану (Kyprianou) против Кипра», жалоба № 73797/01; Решение ЕСПЧ от 24 января 2008 г. «По вопросу приемлемости жалобы № 17155/03 «Изабель Кутан (Isabelle Coutant) против Франции»; Постановление ЕСПЧ от 3 февраля 2011 г. «Дело «Игорь Кабанов (Igor Kabanov) против Российской Федерации», жалоба № 8921/05.

нашей действительности приобретает в русском языке негативный смысловой оттенок, означающий низкую социальную ответственность. Не хотелось, чтобы возобладал такой подход к адвокатской профессии, адвокатской корпорации.

Адвокатура — неотъемлемая часть не только правосудия, но и в целом правопорядка, который действует в стране. В судопроизводстве она выполняет делегированную ей государством значимую публично-правовую функцию — обеспечивает конституционное право на получение квалифицированной юридической помощи, без чего правосудие осуществляться не может, поскольку невозможна реализация его базовых начал — состязательности и равноправия сторон. Адвокат — защитник или представитель — является равноправным участником процесса, защищая права, свободы и интересы своих доверителей и обеспечивая их право на доступ к правосудию. В то же время адвокатура представляет собой важнейший институт гражданского общества, активно участвующий в диалоге между обществом и государством по вопросам права и правоприменительной практики, в том числе судебной.

Мы, адвокаты, гордимся нашим правосудием — его сильными сторонами, которых немало, но вместе с тем обеспокоены его проблемами. Проиллюстрирую это с помощью аналогии. В Лувре находится картина с изображением человека анфас и в профиль (слева и справа), но без прочтения таблички трудно понять, что это один персонаж. То же самое можно сказать и о российском правосудии: ситуация в различных видах судопроизводства настолько отличается, что стороннему наблюдателю их принадлежность к одной системе может показаться неочевидной.

Для нас чрезвычайно важно, на каком уровне, в каком состоянии отечественное правосудие находится сейчас и как сделать его более совершенным, в большей степени отвечающим принципам справедливости и гуманизма, задачам обеспечения и защиты прав граждан.

И я прошу воспринимать выступления на эту тему моих коллег и мое собственное не как тезисы неких «посредников», «наблюда-

телей за процессом», а как основанные на практике позиции тех, кто находится внутри системы правосудия, переживает по поводу своей нынешней роли в этой системе и ею не удовлетворен.

Искусственный интеллект может вытеснить судей

По статистике в нашей стране за год в среднем выносятся около 2000 оправдательных приговоров, что составляет 0,24% от общего количества приговоров по уголовным делам. Эти цифры сами по себе — приговор, но не столько гражданскому обществу и адвокату, сколько судьям, потому что сегодня функции уголовного правосудия сводятся в основном к назначению наказания в том или ином размере. Примечательно, что существующий уровень развития цифровых технологий позволяет создать алгоритм выполнения этой задачи, в результате чего судьё-человека вполне может заменить искусственный интеллект. Важно, чтобы судьи осознали это как свою собственную проблему: быть вытесненными из профессии искусственным интеллектом — не самая лучшая участь.

И в этом контексте судейское усмотрение — та самая часть правосудия, к которой судьи должны относиться с особым вниманием и ответственностью, потому что искусственный интеллект, по крайней мере в первом поколении, способностью к судейскому усмотрению наделить невозможно. Предполагаю, что в дальнейшем будут созданы более совершенные алгоритмы, которые научатся и этому. Но сегодня усмотрение суда — это именно то, что отличает судей — живых людей от искусственного интеллекта. И, конечно же, это единственный способ разрешения противоречий и неясностей законодательных норм, которые бывают весьма далеки от совершенства. При всем уважении к 450 депутатам Государственной Думы вынужден признать, что качество нормативного материала, принимаемого ими, иной раз заслуживает самых скептических оценок.

Судейское усмотрение должно быть справедливым

В такой ситуации правоприменителям — и суду, и адвокатам — приходится достаточно сложно, а судейское усмотрение, позволяющее сложности разрешить, является благом, которое следует приумножать и развивать. Но это возможно только при условии, которое адвокатура считает необходимым: судейское усмотрение должно быть справедливым.

Отмечу, что все критические замечания и претензии к качеству правосудия касаются в основном уголовного судопроизводства, где принимается наибольшее число несправедливых, неправосудных судебных решений. Это самая острая сфера применения права судом, поскольку человеку и его защитнику противостоит государственная обвинительная машина. Что же касается гражданского судопроизводства, то выносимое судом решение в любом случае будут считать несправедливым как минимум 50% истцов и ответчиков — только потому, что их позицию он не воспринял.

Но справедливость судейского усмотрения должна быть не оценочной, а объективной категорией, для чего необходимо установить ее четкие критерии. К ним можно отнести равенство процессуальных прав сторон, объективность суда при оценке доказательств, а также мотивированность решения суда, которое обязательно должно основываться исключительно на доказательствах, предъявленных сторонами.

В судебной практике во всех этих аспектах есть проблемы. Так, адвокатам сложно говорить о равенстве процессуальных прав сторон, прежде всего в уголовном судопроизводстве, где отклоняется подавляющее количество заявляемых ими ходатайств, в особенности об изменении меры пресечения, о производстве повторной экспертизы, об истребовании дополнительных доказательств. И очевидно, что это является проявлением односторонности судейского усмотрения.

Без радикального изменения отношения к стороне защиты ситуация в правосудии в лучшую сторону измениться не может! Восприятие защитника как процессуального врага, как предста-

вителя преступного мира, как человека, который мешает вершить правосудие и быстро, четко и конкретно применить норму права, вынести приговор должно уйти в прошлое.

Конечно, в том, что суд воспринимает адвокатов таким образом, есть частично и вина самих адвокатов. Они порой настолько проникаются проблемами своих доверителей, что начинают ассоциировать себя с подзащитными, а это является серьезной профессиональной ошибкой. Вместе с тем существует по сей день предвзятое отношение суда к адвокату как к процессуальному врагу, а не процессуальному оппоненту, сформировавшееся в годы советской власти. Это обстоятельство необходимо иметь в виду, и нет однозначного ответа, как это изменить, — даже профессионалы, которые занимались вопросами реформирования судебной системы, не знают рецепта.

Есть проблема и с объективностью суда при оценке представленных сторонами доказательств. Хотелось бы презюмировать такую объективность, но статистика заставляет задуматься. Для примера я специально взял не Москву — она в этом смысле не показательна, а Белгородскую область. Там в 2018 г. отменено 100% вынесенных судом присяжных оправдательных вердиктов и 0% обвинительных вердиктов. О чем это говорит? О том, что там несколько качественней работает обвинение или предварительное следствие, чем в Москве либо в остальной части страны? Наверное, нет.

Мотивированность решений — тоже достаточно болезненная проблема правосудия. Особенно много нареканий вызывает мотивированность решений о продлении или избрании меры пресечения. Часто происходит подмена мотивировки решений некими универсальными шаблонами, повторяющимися в каждом таком документе.

Если же говорить о гражданском судопроизводстве, то как свидетельствует опыт моих коллег, когда одной из сторон спора является государственный орган, победить такого оппонента всегда сложнее, чем в том числе потому, что суд зачастую более внимате-

лен к вопросам защиты его интересов, чем к позиции противоположной стороны.

Мы хотим перемен, направленных на пользу

Подводя итог, хотел бы сказать, что мы, адвокаты, как участники процесса осуществления правосудия, приветствуем наличие и расширение усмотрения в деятельности судей. Но мы очень хотели бы перенастроить баланс — сдвинуть его ближе к центру от обвинительного уклона, которым страдает российское правосудие, в том числе и в части судейского усмотрения.

Мы знаем, что в настоящее время существует потребность общества в изменениях и в судопроизводстве, и в целом в российской правовой системе. Давайте сделаем так, чтобы перемены, которых все мы хотим, были осознанными, направленными на пользу нашей страны и на разумный, свойственный демократическому обществу баланс интересов гражданина и государства, защиты и правосудия.

Пределы судейского усмотрения

Судейское усмотрение — основа правоприменительной деятельности. Оно вызвано объективной потребностью правоприменителя толковать законодательство, его основные начала, устранять пробелы и иные недостатки в законодательстве для правильного разрешения социального конфликта.

Усмотрение судьи имеет пределы, о чем не раз справедливо писали ученые. Относительно пределов судейского усмотрения в действующем законодательстве содержатся разные требования. В одних случаях закон прямо предписывает суду действовать по своему внутреннему убеждению, основанному на всестороннем, полном, объективном и непосредственном исследовании имеющихся в деле доказательств (ст. 6 ГПК РФ), в других содержит запрет на усмотрение суда (ст. 211 ГПК РФ). Нельзя не отметить, что российское законодательство содержит больше дозволений, чем запретов по поводу судейского усмотрения.

Пределы судейского усмотрения — это требования, которым оно должно соответствовать и границы, в рамках которых оно возможно. Эти пределы необходимы прежде всего для обеспечения законности, обоснованности и справедливости судейского усмотрения.

Законность судейского усмотрения означает то, что оно базируется на нормах права, основных началах законодательства и на моральных принципах. Законность — одно из требований, предъявляемых к каждому судебному постановлению. Законность судейского усмотрения и законность судебного постановления неразрывно связаны между собой. Законность судейского усмотрения — свидетельство законности судебного постановления.

Так, в соответствии с ч. 1 ст. 195 ГПК РФ решение суда должно быть законным и обоснованным. Пунктом 2 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19 декабря 2003 г. № 23 «О судебном решении» по поводу решения суда разъясняется, что «решение является законным в том случае, когда оно принято при точном соблюдении норм процессуального права и в полном соответствии с нормами материального права, которые подлежат применению к данному правоотношению, или основано на применении в необходимых случаях аналогии закона или аналогии права».

Однако данное разъяснение не в полном объеме раскрывает понятие законности судебного решения и, более того, содержит оценочные понятия.

Законность судебного постановления и судейского усмотрения состоит в правильном уяснении судом применяемых правил, основных начал законодательства, требований морали, а при отсутствии норм права, которые регулировали бы возникшие отношения, — основных начал права и морали.

В соответствии с ч. 1, 2 ст. 297 УПК РФ приговор суда должен быть законным, обоснованным и справедливым. Приговор признается законным, обоснованным и справедливым, если он постановлен в соответствии с требованиями УПК РФ и основан на правильном применении уголовного закона.

В определении Конституционного Суда РФ от 24 сентября 2013 г. № 1489-0 «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Ана Роберта Сергеевича на нарушение его конституционных прав частью второй ст. 297 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» указано: «Статья 297 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, предусматривающая, что приговор суда должен быть законным, обоснованным и справедливым (часть первая) и признается таковым, если он постановлен в соответствии с требованиями данного Кодекса и основан на правильном применении уголовного закона (часть вторая), направлена на защиту прав обвиняемого, неопределенности не содержит и права заявителя не нарушает».

Теперь об обоснованности судейского усмотрения и судебного постановления. Обоснованность судейского усмотрения состоит в том, что оно основано на установленных обстоятельствах, имеющих значение для правильного разрешения дела. Относительно обоснованности судебного решения в п. 3 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19 декабря 2003 г. № 23 «О судебном решении» разъяснено, что «решение является обоснованным тогда, когда имеющие значение для дела факты подтверждены исследованными судом доказательствами, удовлетворяющими требованиям закона об их относимости и допустимости, или обстоятельствами, не нуждающимися в доказывании, а также тогда, когда оно содержит исчерпывающие выводы суда, вытекающие из установленных фактов».

В пункте 1 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2009 г. № 1 «О практике рассмотрения судами жалоб в порядке ст. 125 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» указано, что «в силу части 4 статьи 7 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации постановление судьи, вынесенное по результатам рассмотрения жалобы, должно быть законным, обоснованным и мотивированным, основанным на исследованных материалах с проверкой доводов, приведенных заявителем».

При проверке законности и обоснованности решений и действий (бездействия) дознавателя, следователя, руководителя следственного органа и прокурора судья не должен предрешать вопросы, которые впоследствии могут стать предметом судебного разбирательства по существу уголовного дела. В частности, судья не вправе делать выводы о фактических обстоятельствах дела, об оценке доказательств и квалификации деяния».

Установленные обстоятельства должны отвечать критерию объективности. Объективность исключает как внутреннее, так и внешнее вмешательство в процесс формирования судейского усмотрения. Она определяется в том числе независимостью судьи.

В Постановлении Конституционного Суда РФ от 28 февраля 2008 г. № 3-П указано, что «в соответствии с пунктом 2 статьи 16

Закона Российской Федерации «О статусе судей в Российской Федерации», раскрывающей одну из сторон принципа неприкосновенности, судья, в том числе по истечении срока его полномочий, не может быть привлечен к какой-либо ответственности за выраженное им при осуществлении правосудия мнение и принятое судом решение, если только вступившим в законную силу приговором суда не будет установлена виновность судьи в преступном злоупотреблении либо вынесении заведомо неправосудных приговора, решения или иного судебного акта. Как указал Конституционный Суд Российской Федерации в Постановлении от 25 января 2001 года № 1-П, анализируя конституционно-правовую природу ответственности государства за вред, причиненный при осуществлении правосудия, судья в условиях состязательного процесса дает собственное толкование нормы права, принимает решение в пределах предоставленной ему законом свободы усмотрения (иногда весьма значительной) и зачастую оценивает обстоятельства, не имея достаточной информации (иногда скрываемой от него). При столь большой зависимости результата осуществления правосудия от судейской дискреции разграничение незаконных решений, принятых в результате не связанной с виной ошибки судьи и его неосторожной вины, представляет собой трудновыполнимую задачу».

Справедливость также выступает в качестве одного из пределов судейского усмотрения. Критерий справедливости судейского усмотрения близко связан с морально-этическими воззрениями судьи, а также с нормами морали, установленными законодательством РФ.

В соответствии с Кодексом судейской этики, утвержденным VIII Всероссийским съездом судей 19 декабря 2012 г., «судебная защита прав и свобод человека может быть обеспечена только компетентным и независимым правосудием, осуществляемым на началах справедливости и беспристрастности. Такое правосудие предполагает соблюдение каждым судьей правил профессиональной этики, честное и добросовестное исполнение своих обязанностей, прояв-

ление должной заботы о сохранении как своих личных чести и достоинства, так и достоинства и авторитета судебной власти...

Судья должен следовать высоким стандартам морали и нравственности, быть честным, в любой ситуации сохранять личное достоинство, дорожить своей честью, избегать всего, что могло бы умалить авторитет судебной власти и причинить ущерб репутации судьи».

Нельзя отрицать, что судейское усмотрение зависит и от профессиональных и личностных качеств судьи. Профессиональные качества судьи включают специальную подготовленность судьи, навыки осуществления правосудия, умение правильно применять и толковать нормы права и основные начала законодательства. Под личностными качествами судьи следует понимать совокупность волевых, нравственных, социальных, психологических и иных свойств личности судьи, определяющих качество и оперативность его поведения при осуществлении правосудия и во вне служебной деятельности, мышление и представление о явлениях действительности, о целях правосудия, о назначении суда и судебной власти, о роли судьи в осуществлении правосудия, о правах, свободах и законных интересах граждан, юридических лиц, публичных образований, государства, субъектов РФ, муниципальных образований.

Пределы судейского усмотрения определяются и разъяснениями Пленума Верховного Суда РФ, а также указаниями высших судебных инстанций, которые обязательны для нижестоящих судов. Разъяснения, содержащиеся в постановлениях Пленума Верховного Суда РФ, должны исключать употребление оценочных категорий, а указания, содержащиеся в постановлениях Верховного Суда РФ — отвечать требованиям законности.

В некоторых спорных ситуациях суду сложно определить границы судейского усмотрения. Так, ст. 33 ГПК РФ предусматривает передачу дела на рассмотрение другого суда, если после отвода одного или нескольких судей либо по другим причинам замена судей или рассмотрение дела в данном суде становятся невозможными. По каким другим причинам рассмотрение невозможно, не сказано.

Конституционный Суд РФ, проверяя соответствие ст. 44 УПК РСФСР и ст. 123 ГПК РСФСР, в постановлении от 16 марта 1998 г. № 9-П отметил, что «предусмотренная статьей 44 УПК РСФСР и статьей 123 ГПК РСФСР передача дела вышестоящим судом из одного суда, которому оно подсудно, в другой суд не противоречит Конституции Российской Федерации, если осуществляется в рамках судебной процедуры при наличии указанных в самом процессуальном законе (как в статьях о подсудности, так и в иных его статьях) точных оснований (обстоятельств), по которым дело не может быть рассмотрено в том суде и тем судьей, к подсудности которых оно отнесено законом, и, следовательно, подлежит передаче в другой суд».

Указанным постановлением ст. 44 УПК РСФСР и ст. 123 ГПК РСФСР признаны не соответствующими Конституции РФ в той мере, в какой они допускают передачу дела из одного суда, которому оно подсудно, в другой суд без принятия соответствующего процессуального судебного акта и при отсутствии указанных в самом процессуальном законе точных оснований (обстоятельств), по которым дело не может быть рассмотрено в том суде и тем судьей, к подсудности которых оно отнесено законом, и, следовательно, подлежит передаче в другой суд.

В определении Конституционного Суда РФ от 22 апреля 2014 г. № 1010-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Седадишева Николая Иннокентьевича на нарушение его конституционных прав положением пункта 2 статьи 40 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации», положениями Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» и пунктом 3 части второй статьи 33 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации» указано, что «Конституция Российской Федерации гарантирует каждому судебную защиту его прав и свобод (статья 46, часть 1) и закрепляет, что никто не может быть

лишен права на рассмотрение его дела в том суде и тем судьей, к подсудности которых оно отнесено законом (статья 47, часть 1)».

В определении судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 27 декабря 2006 г. № 30-Г06-8 указано, что «статья 47 Конституции Российской Федерации не содержит запрета на передачу гражданского дела для рассмотрения по существу в другой суд. Об этом же свидетельствуют и положения, содержащиеся в ст. 33 ГПК РФ.

Вместе с тем такая передача не должна быть произвольной, а может быть осуществлена лишь в том случае, когда рассмотрение дела с соблюдением правил подсудности становится невозможным по объективным причинам».

Судейское усмотрение не должно быть судебной ошибкой. А каковы критерии судейского усмотрения и судебной ошибки, как отыскать между ними границы? В Постановлении Конституционного Суда РФ от 20 июля 2011 г. № 19-П «По делу о проверке конституционности положений пунктов 1 и 2 статьи 3, пункта 1 статьи 8 и пункта 1 статьи 12.1 Закона Российской Федерации «О статусе судей в Российской Федерации» и статей 19, 21 и 22 Федерального закона «Об органах судейского сообщества в Российской Федерации» в связи с жалобой гражданки А.В. Матюшенко» указано, что «судья в процессе судопроизводства, оценив доказательства по делу по своему внутреннему убеждению, основанному на всестороннем, полном, объективном и непосредственном их исследовании, осуществляет выбор подлежащих применению в конкретном деле норм, дает собственное их толкование в системе действующего правового регулирования и принимает решение в пределах предоставленной ему законом свободы усмотрения. Поэтому, в частности, судья не может быть привлечен к дисциплинарной ответственности в виде досрочного прекращения полномочий судьи за судебную ошибку, если только неправосудность судебного акта не явилась результатом такого поведения судьи, которое по своему характеру несовместимо с высоким званием судьи и его общественным предназначением (постановления Кон-

ституционного Суда Российской Федерации от 25 января 2001 г. № 1-П и от 28 февраля 2008 г. № 3-П). Применение к судье такой дисциплинарной санкции, как досрочное прекращение полномочий судьи, должно осуществляться на основе принципа соразмерности, т.е. баланса независимости судьбы и его неприкосновенности, с одной стороны, и ответственности судебной власти перед обществом — с другой. Иное не соответствовало бы принципам независимости, несменяемости и неприкосновенности судей и означало бы, что судью можно привлечь к ответственности за любую ошибку, а, следовательно, фактически делало бы невозможным самостоятельное, непредвзятое принятие им решений при осуществлении правосудия».

В определении Конституционного Суда РФ от 8 апреля 2010 г. № 524-О-П указано: «Отправление правосудия является особым видом осуществления государственной власти. Применяя общее правовое предписание (норму права) к конкретным обстоятельствам дела, судья дает собственное толкование нормы, принимает решение в пределах предоставленной ему законом свободы усмотрения (иногда весьма значительной) и зачастую оценивает обстоятельства, не имея достаточной информации (иногда скрываемой от него).

При столь большой зависимости результата осуществления правосудия от судейской дискреции разграничение незаконных решений, принятых в результате не связанной с виной ошибки судьи и его неосторожной вины, представляет собой трудновыполнимую задачу. Поэтому участник процесса, в интересах которого судебное решение отменяется или изменяется вышестоящей инстанцией, может считать, что первоначально оно было постановлено не в соответствии с законом именно по вине судьи. В этих условиях обычное для деликтных обязательств решение вопроса о распределении бремени доказывания и о допустимости доказательств вины причинителя вреда могло бы парализовать всякий контроль и надзор за осуществлением правосудия из-за опасения породить споры о возмещении причиненного вреда».

Пределы судейского усмотрения необходимы для снижения вероятности судебной ошибки.

И наконец, судейское усмотрение исключает создание судом, иным субъектом судейского усмотрения новых правил, оценочных суждений.

Надо полагать, что одной из мер обеспечения законности, объективности и справедливости судейского усмотрения является совершенствование действующего законодательства. В настоящее время оно имеет существенные недостатки, содержит противоречия, что объективно влечет судейское усмотрение, которое может нарушить права и свободы человека, требования законности, обоснованности и справедливости. Законодателю при установлении новых правил необходимо избегать неясностей.

Требуется и систематическое совершенствование профессиональной и личностной зрелости судей. Нельзя не отметить, что Московский городской суд уделяет этому вопросу особое внимание.

Агафонова Галина Александровна
Первый заместитель руководителя Департамента
по обеспечению деятельности мировых судей города Москвы,
Заслуженный юрист Российской Федерации,
кандидат юридических наук

**Может ли быть судейское усмотрение
у искусственного интеллекта?
(тезисы выступления на Первом Московском
правоприменительном форуме)**

Я всегда считала, что судейское усмотрение и искусственный интеллект — две несовместимые вещи.

Да, искусственный интеллект на сегодняшний день активно используется в организационных вопросах, да, искусственный интеллект может подобрать аналогичное решение по аналогичным делам, правовую базу, но судейское усмотрение применяется не по простым делам, не по приказному производству. Сейчас мировые судьи рассматривают 70% гражданских дел в приказном производстве, и да, там применим искусственный интеллект. Мы сейчас прорабатываем масштабные проекты: например, со следующего года структуры ЖКХ будут направлять ЖКХ-приказы в электронном виде. Это, безусловно, облегчает работу мировым судьям, когда они в электронном виде могут сформировать шаблон приказа, внести данные о личности и задолженности и направить на принудительное исполнение.

Но судейское усмотрение — это более сложное применение закона, которое способствует гибкости и обновлению норм права. Пример — наследование по закону. Кто наследует по закону? Когда Верховный Суд в Постановлении Пленума указал, кто такие «другие наследники», Конституционный Суд сказал, что эта норма не конституционна. И что сделал законодатель? Привел эту норму в соответствии с требованиями системы толкования закона.

Есть ли судебское усмотрение? Судейское усмотрение — это право судьи принимать решения, но в пределах, установленных законом.

Мы затронули и тему «Судейское усмотрение и судебские ошибки» — и такое может быть. Судейское усмотрение действует в рамках закона, и судья должен понимать дух закона, букву закона, он должен знать постановления Пленума Верховного Суда РФ, правильно применять закон, и тогда решение будет и справедливым, и законным.

Пример — введение в действие кассационных и апелляционных судов. С 1 октября 2019 года изменилась родовая подсудность, и дела по взысканию алиментов передали на рассмотрение федеральным судьям, а до этого их продолжительное время рассматривали мировые судьи. Казалось бы, к взысканию алиментов есть требования закона, семейное право не настолько сильно изменяется, но в то же время мировые судьи с завидной регулярностью допускали ошибки в применении норм права. И Президиум Московского городского суда всегда корректировал судебную практику.

Почему возникали ошибки? Потому что не всегда понимался дух закона, неправильно применялась буква закона. Например, мы знаем, что есть конституционная обязанность совершеннолетних детей содержать своих нетрудоспособных, нуждающихся родителей. Нужно понимать, что это обязанность. Но иногда судьи мировые применяли судебское усмотрение и считали, что пенсия соответствует прожиточному минимуму, и с точки зрения мирового судьи этого достаточно, чтобы влачить жалкое существование. Так вот что это такое: судебское усмотрение или судебская ошибка? С моей точки зрения безусловная ошибка, потому что судья не понимал духа закона.

Мы сегодня говорим о развитом обществе. Да, нельзя формировать все нормами права, но есть принципы, которые должен понимать судья и в каждом конкретном деле должен их применять. Говорить о том, что завтра искусственный интеллект заменит

нравственного судью, который решает добросовестно, порядочно, по нравственным и этическим соображениям какое-то конкретное дело — я с этим абсолютно согласиться не могу. Нельзя судью с такими нравственными качествами заменить искусственным интеллектом, но можно ему помочь.

Возвращаясь к пределам судейского усмотрения, можно отметить несовершенство нашего законодательства. Нужно принимать более выверенные нормативные акты.

Можно также сказать, что образование играет колоссальную роль в становлении судьи и в вопросах судебного усмотрения. В рамках университетского образования не только дают знания, но и прививают уважение к ценностям государства: уважение к закону, правам и интересам граждан.

Нравственные качества также имеют колоссальное значение. Судья должен претендовать на роль камертона в обществе, должен впитывать в себя самое лучшее и своими судейскими решениями, судейским усмотрением восстанавливать справедливость.

Судейское усмотрение — признак развитого общества. Оно было, есть и будет. Нужно только определить подходы, пределы и совершенствовать как закон, так и теоретические подходы в образовании.

Канишевская Наталья Владимировна
Управляющий партнер Адвокатского бюро
«Канишевская и партнеры»,
член Совета Адвокатской палаты г. Москвы,
Арбитр МКАС при ТПП РФ

Осторожное усмотрение суда

При выборе оптимального решения суд в определенных законом случаях вправе и обязан реализовать свои дискреционные полномочия. Важнейшим элементом дискреционных полномочий суда является судебное усмотрение, то есть право суда по своему усмотрению применить материальную норму права, в зависимости от оценки судом конкретных обстоятельств дела.

Применение усмотрения суда допустимо в разных отраслях права.

В данной статье хотелось бы поговорить о дискреционных полномочиях суда, как о властных полномочиях судебных органов, позволяющих им действовать в гражданском и арбитражном процессах по собственному усмотрению в рамках закона.

Применяя судебное усмотрение, суд действует в пределах нормативно установленных возможностей.

Современное законодательство содержит множество норм, где законодатель отсылает к усмотрению суда на право определить степень ответственности, виновности стороны, определения судьбы имущества, статуса лица и др.

Однако, представляется, что судьи не всегда чувствуют себя достаточно свободными в применении норм права, в которых установлены дискреционные полномочия. Это является следствием разных факторов: обычаи региона, авторитет руководства суда, недооценка значимости судебного состязания в процессе и роли адвоката в нем и т.д.

Вместе с тем применение судебного усмотрения является не только правом, но и обязанностью суда.

И от правильности применения судом права на судебное усмотрение, во многом зависит эффективность права как регулятора общественных отношений.

Не секрет, что отчасти практика районных судов по таким делам как, например, правила взыскания штрафов и определение размеров неустойки, определение размера морального вреда или определение размера судебных расходов, подлежащих взысканию со стороны, против которой вынесено судебное решение и др., формируется исходя из позиции суда соответствующего субъекта, на территории которого находится суд.

Если это так, то где же здесь усмотрение суда? Где независимость судей?

Представляется, что усмотрение суда — это такая субстанция, которая не может подпадать под гребенку единообразия практики.

В рассматриваемых судами делах столько индивидуальных ситуаций, особенностей, что подогнать эти ситуации в единообразную колею невозможно.

Поэтому, очевидно, что судьям при реализации ими дискреционных норм права, должны создаваться условия, при которых они могли бы наиболее свободно пользоваться правом судебного усмотрения.

Если, например, посмотреть практику общих судов Москвы по взысканию судебных расходов с проигравшей стороны, то величина взыскиваемых расходов составляет в среднем 20–30 тыс. рублей. Суммы эти необоснованно уменьшаются от заявленной в 2–3 раза. Действительно, в договорах обычных адвокатских образований на защиту интересов физических лиц по самым простым гражданским делам гонорары составляют примерно от 80 до 150 тыс. рублей. Сложившаяся же практика по взысканию расходов даже близко не укладывается в реальные расходы сторон.

При этом даже самое незначительное дело — это несколько судебных заседаний, подготовка к судебным заседаниям, сбор документов, составление заявлений, отзывов, ходатайств, других процессуальных документов, переговоры и т.д. То есть это большой

объем работы. И вознаграждение за эту работу должно быть соизмеримым. Однако взыскиваемые судом суммы по возмещению судебных расходов в судебном споре в суде общей юрисдикции не могут компенсировать стороне реально понесенные затраты на защиту своих интересов.

Кроме того, такой подход загоняет рынок юридических услуг в подполье: юристы экономят на налогах, иногда не заключают официальных договоров, и тем самым ухудшают положение защищаемой стороны, поскольку, если нет договора, то и нет гарантий качества юридической помощи.

Между тем осознание того факта, что проигравшая сторона должна будет компенсировать реально затраченные на юристов деньги, однозначно позитивно скажется на судебной нагрузке. Во-первых, это мотивация к надлежащему исполнению обязательств, а во-вторых, это инструмент предотвращения необдуманных исков в суд.

Несколько иначе складывается практика взыскания судебных расходов в арбитражных судах. В последнее время арбитражные суды все чаще в полном объеме взыскивают со стороны, против которой вынесено решение, судебные расходы, в том числе затраты на представителя.

И делается это, несмотря на то, что судебные расходы в арбитражных спорах значительно выше, чем в спорах, рассматриваемых в общих судах. По приблизительным данным почасовые ставки адвокатов ведущих адвокатских образований, практикующих в сфере экономики, варьируются от 6 до 20 тыс. рублей в час. И эти суммы не являются чрезмерными, поскольку споры между предприятиями как правило являются очень сложными и с точки зрения применяемого формального права, состоящего из множества институтов, и с учетом огромного объема фактуры, с которой приходится работать адвокату в ходе ведения процесса, так что временные затраты на такие дела огромны.

Интерес вызывает практика применения судами норм о применении размера неустойки. Из буквального толкования статьи

333 ГК РФ следует, что речь идет о праве суда снизить явно несоразмерную неустойку. Общая тенденция судов в применении этих норм направлена на защиту прав и законных интересов сторон, контрагентами которых по договорам являются доминирующие субъекты. Эта тенденция соответствует положениям определения Конституционного суда РФ от 21.12.2000 г. № 263-0, где указано, что представленная суду возможность снижать размер неустойки в случае ее чрезмерности по сравнению с последствиями нарушения обязательств является одним из правовых способов, предусмотренных в законе, которые направлены против злоупотребления правом свободного определения размера неустойки, то есть, по существу, на реализацию требования ч. 3 ст. 17 Конституции РФ, согласно которой осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц.

Таким образом, в соответствии с ч. 1 ст. 333 ГК РФ суд не только вправе, но и обязан оценить конкретные материалы дела и установить баланс между мерой ответственности и действительного размера нанесенного ущерба в результате конкретного правонарушения.

Споры, касающиеся размера применяемой неустойки, составляют довольно большой объем среди количества дел, рассматриваемых судами, и их правильное и объективное рассмотрение является существенным фактором в поддержании стабильности в экономических отношениях.

Согласно данным отчетности Верховного Суда РФ, за 2018 год рассмотрено 188 787 споров о снижении неустойки, из них по 164 165 спорам вынесено решение об удовлетворении требований в той или иной степени. Статистика говорит о том, что суд довольно часто использует свое право судебного усмотрения по данной категории дел.

Современная позиция Верховного Суда РФ в настоящее время закрепляет возможность предъявления иска об уменьшении неустойки со стороны должника. Это давняя полемика о допустимо-

сти защиты гражданских прав путем предъявления самостоятельного иска должником о размере неустойки.

Несмотря на Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 № 7, предусматривающего возможность для должника в суд с самостоятельным иском о снижении неустойки (п. 79), практика показывала противоположные выводы судов по таким спорам. Многие суды до недавнего времени полагали такой способ защиты ненадлежащим.

Однако, 14 мая 2020 года Верховный Суд РФ поставил точку в этой многолетней дискуссии, и оставил в силе решение суда первой инстанции по делу № А40-293311/2018 о снижении именно по иску должника в 10 раз штрафа, наложенного Департаментом городского имущества Москвы за размещение предприятием на 1 кв. м арендованного помещения платежного терминала.

Важным регулятором надлежащего исполнения обязательств является практика применения судами законодательства о возмещении морального вреда. Здесь суды прибегают к немислимому снижению взыскиваемых сумм компенсации за причинение морального вреда, обосновывая это стандартными отписками типа «размер компенсации отвечает характеру нравственных страданий, обстоятельствам дела, требованиям разумности и справедливости». При этом суд, например, взыскивает 150 тыс. рублей компенсации морального ущерба, из предъявляемых 4 млн рублей, матери полицейского, застреленного пьяным сослуживцем, на попечении которой осталась маленькая дочь погибшего. Совершенно непонятно, чем руководствуются суды, вынося подобные решения. Справедливости ради надо сказать, что решение по этому вопиющему делу в декабре 2019 года Верховный Суд РФ отменил, при этом запретив судам снижать размер компенсации морального вреда без конкретных обоснований (дело Натальи Зверевой о взыскании 4 млн рублей компенсации морального вреда за смерть 37-летнего сына). При этом Верховный Суд РФ указал, что нужно объяснить конкретные причины, почему суд решил, что 150 тыс. рублей — это достаточная сумма компенсации матери за смерть

сына. Тенденция, определенная этим решением Верховного Суда РФ, внушает надежду, что в дальнейшем суды будут более гибко и объективно относиться к рассмотрению подобных дел.

Однако обычная практика судов по компенсации морального вреда в России такова, что иногда кажется — такого института в России не существует вовсе.

Взыскиваемые суммы чаще всего носят символический характер.

Так, компенсация морального вреда при нарушении прав потребителей составляет от 5 до 50 тыс. рублей. Суды снижают размер заявленной истцом суммы требований иногда более чем в 20 раз.

При нарушении трудовых прав компенсация морального вреда, взыскиваемая судами, составляет в среднем 10–12 тыс. рублей от заявленных 50 тыс. рублей.

Компенсация морального вреда при причинении вреда здоровью может составлять 250 тыс. рублей, а при ДТП — от 150 до 800 тыс. рублей.

Все это незначительные суммы и от исковых заявителями они составляют лишь 5–10%.

Разумеется, такое положение вещей не может способствовать восстановлению нарушенных прав и суд не всегда принимает во внимание степень вины нарушителя, характер физического и нравственного страдания потерпевшего и другие возможные факторы.

Вследствие такого положения вещей правовой инструмент по компенсации морального вреда не выполняет заложенной в нем функции по регулированию общественных отношений и хотелось бы, чтобы правоприменительные структуры обратили на это внимание.

Применение дискреции как способа отправления правосудия, родом из римского права и в настоящее время присуще романо-германской континентальной правовой системе, и носит там ограничительный характер в силу особенностей устройства судов вышестоящих инстанций.

В странах, где устройство правосудия основано на традициях англо-американского права, судебная дискреция, в частности, элементы судебного усмотрения, используются более свободно и динамично.

Зарубежная практика рассмотрения дел, где применяется элемент судебного усмотрения как часть дискреционной функции суда, существенно отличается от российской. Так, например, в США при нарушении прав работников незаконным отстранением от работы или увольнением, можно рассчитывать на компенсацию в размере до 40 тыс. долларов. В Великобритании по подобным делам взыскивается от 10 до 25 тыс. фунтов стерлингов.

Известны случаи, когда с крупных американских фирм в качестве компенсации морального вреда и за ущерб, причиненный здоровью, взыскивалось несколько миллионов долларов США.

Корни таких существенных различий сидят не только в ином материальном положении участников правоотношений в России по сравнению с зарубежными. Представляется, что они кроются в системных недочетах организации правосудия.

Традиционно российские судьи привыкли иметь в качестве ориентира стандарты установленной единой судебной практики. Однако по делам, рассматриваемым с применением дискреции, таких стандартов существовать, на мой взгляд, не должно. Каждое такое дело требует индивидуального подхода, и подгонять такие дела под стандартные и единообразные правила рассмотрения невозможно.

Представляется пагубным также такое явление, как фактическая зависимость судей от вышестоящего руководства. Судьи в таких условиях являются не самостоятельными и не могут принимать гибких и смелых решений.

Сфера усмотрения суда — это дискреционный феномен правосудия, который развивается уже много веков. В российской юрисдикционной системе этот феномен получил бурное развитие в последние 30 лет, и это связано с развитием законодательства, регулирующего рыночную экономику.

Хотелось бы, чтобы судебная система более эффективно применительно к новым условиям использовала элементы судебного усмотрения, и провозглашенные в нашем законодательстве принципы независимости судов нашли реальное воплощение, поскольку это придает гибкость процессу, необходимую для более эффективного отправления правосудия.

Кравченко Дмитрий Валерьевич
Адвокат Адвокатской конторы «Аснис и партнеры» МГКА,
Председатель Исполкома Московского отделения АЮР,
член Совета Адвокатской палаты г. Москвы,
кандидат юридических наук

Правовая определенность, стабильность оборота и судебское усмотрение (тезисы выступления на Первом Московском правоприменительном форуме)

*Судейское усмотрение — это большей частью
тайна для широкой публики, для сообщества юристов,
для преподавателей права и для самих судей*

Аарон Барак в книге «Судейское усмотрение» со ссылкой
на Миллер А. Верховный суд: Миф и реальность. 1978

Усмотрение — это полномочие, данное лицу, которое обладает властью, выбирать между двумя или более альтернативами, когда каждая из альтернатив законна³⁰. Правильное применение института судебского усмотрения имеет конституционное значение, составляет фундаментальную основу правовой среды.

Так, одной из принципиальных основ всего правового регулирования является вытекающий из идеи правового государства принцип правовой определенности. В самом общем виде этот принцип означает создание условий, когда участник правоотношений может заранее предвидеть последствия своего поведения в правовом пространстве.

Еще один важнейший принцип, являющийся краеугольным камнем, например, развития экономики, и связанный с правовой определенностью, — это стабильность экономического оборота. В общем смысле это схоже с правовой определенностью поня-

³⁰ Барак Аарон. Судейское усмотрение. М.: Норма, 1999.

тие, означающее необходимость общей устойчивости совершенных в обороте сделок, действий и неизменности принятых участниками оборота условий.

Разберем действие этих принципов на примере регулирования сделок и их оценки в различных судах.

Конституционный Суд во множестве своих постановлений и определений сформировал позицию, согласно которой регулирование сделок в экономическом обороте должно основываться на конституционных принципах рыночной экономики и свободы экономической деятельности. Причем, как следует из позиций КС РФ, регулирование вопросов гражданского оборота, гражданско-правового ущерба, действительности сделок и т.п. остается «на рельсах» диспозитивного частноправового регулирования, даже если речь об этом заходит в публично-правовом судопроизводстве, например, уголовном.

Основой этого регулирования является ч. 1 ст. 8 Конституции РФ, в соответствии с которой в Российской Федерации гарантируется свобода экономической деятельности.

Как отмечал Конституционный Суд РФ, «Конституция Российской Федерации, гарантируя в России единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержку конкуренции, свободу экономической деятельности, а также признание и защиту равным образом частной, государственной, муниципальной и иных форм собственности (статья 8), относит к числу прав и свобод человека и гражданина, признание, соблюдение и защита которых является обязанностью государства (статья 2), право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности» (см., напр.: Постановление Конституционного Суда РФ от 16.07.2018 № 32-П).

Первичность подхода, основанного на свободе экономической деятельности и диспозитивности, применительно к частному обороту во всех видах отношений имеет сугубо практические следствия.

Например, это означает, что конституционное право на свободу экономического оборота не может ограничиваться произвольно даже в уголовном или административном процессе, а уголовно- или административно-правовая «переоценка» заключения сделок также не может осуществляться произвольно и должна соответствовать свойственным гражданскому обороту принципам.

А эти принципы означают, что вмешательство государства в деятельность экономических субъектов и ограничение их деятельности допускается исключительно в рамках пределов, предусмотренных ч. 2 ст. 55 Конституции РФ, и в соответствии с критериями соразмерности, в том числе определенными Конституционным Судом РФ.

Так, Конституционный Суд РФ отмечал: «федеральный законодатель обязан учитывать, что возможные ограничения федеральным законом свободы предпринимательской деятельности и свободы договоров должны отвечать требованиям справедливости, быть адекватными, пропорциональными, соразмерными и необходимыми для защиты основных конституционных ценностей, в том числе прав и законных интересов других лиц, а государственное вмешательство должно обеспечивать частное и публичное начала в сфере экономической деятельности» (постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 18 июля 2003 года № 14-П, от 16 июля 2004 года № 14-П, от 31 мая 2005 года № 6-П и от 28 февраля 2006 года № 2-П, от 20 декабря 2011 года № 29-П). При этом частный субъект в результате государственного вмешательства не должен подвергаться какому-либо чрезмерному обременению.

В частности, указанное означает, что государство, например, не вправе произвольно вмешиваться в гражданские отношения частных субъектов и «переоценивать» какие-либо сделки или отношения «в уголовно-правовом смысле» или в «административно-правовом смысле», поскольку таких самостоятельных смыслов не существует.

Государство не может определять ущерб частного субъекта, когда он заявляет об отсутствии такого ущерба, определять за этот частный субъект необходимость и целесообразность для него тех или иных юридических действий. Когда сами стороны правоотношений удовлетворены ими и считают, что получают от них выгоду, что они направлены на достижение того или иного экономического результата, способствуют эффективности работы и т.п., государство — в лице ли юрисдикционных или правоохранительных органов либо судов — не должно подрывать идею диспозитивности и «переоценивать» эти отношения по-своему.

Например, соответствующий баланс интересов применительно к определению следственными органами факта наличия ущерба и его размера — в случае если данный ущерб основывается следствием на якобы «нецелесообразности» сделок субъектов экономического оборота — заключается в том, что для признания сделки неправомерной у следствия должны быть надлежащие — а не только основанные на его субъективном мнении — основания. Исходя из публично-правового характера уголовной ответственности, отличающегося от характера ответственности гражданской, в частности, такими основаниями может быть только то, что сделка причиняет ущерб обществу в целом и (или) правам и интересам третьих лиц. Причем именно конкретный ущерб, выраженный и сформулированный.

Здесь и проходит грань наличия или отсутствия судейского усмотрения — по линии соразмерности, адекватности вмешательства государства в частные отношения и вопроса наличия реального (а не мнимого) публичного интереса. Когда эти критерии отсутствуют — отсутствует и правомерное судейское усмотрение, тогда судья по существу связан волей участников оборота, которые единственные вправе оценивать свои правоотношения. Это первое.

Второе — вытекающее из первого — о том, что судейское усмотрение в публичной оценке частноправовых отношений не может вступать в противоречие с основами частноправового регулирования, которые в этом случае являются первичными.

К примеру, если сделка не оспорена в гражданском обороте, и если утрачен потенциал ее оспаривания (например, истек абсолютный десятилетний срок давности), нельзя полагать сделку порочной в другом отраслевом правоприменении — административном или уголовном. Обратное означало бы отсутствие вообще какой-либо определенности и стабильности оборота, поскольку любые сделки, несмотря на все отраслевые правила, могли бы быть подвергнуты сомнению вне рамок этих правил.

И здесь — опять же — вопрос наличия или отсутствия судебного усмотрения в оценке частных правоотношений зависит от соответствия этого усмотрения спектру возможностей, предоставляемому принципиальным отраслевым регулированием.

К слову, в ходе оценки частных отношений в рамках усмотрения, как представляется, необходимо учитывать не только сам характер сделки, но и субъективные составляющие правоотношений.

Очень яркий пример из практики — вопросы привлечения адвокатов к уголовной ответственности — за якобы «неправильные» гонорары от юридических лиц. Здесь прерогативой субъекта экономического оборота является определение необходимости привлечения адвоката, которая может обуславливаться отсутствием штатных юристов, их недостаточной квалифицированностью, неэффективностью или перегруженностью, либо просто намерением руководителя экономического субъекта оптимизировать управленческий процесс и структурировать часть получаемых услуг как аутсорсинговые, что свойственно современному экономическому обороту.

Принятие соответствующего решения является дискрецией субъекта экономического субъекта, на которую никто не вправе свободно влиять, и разумность которой не может оцениваться другими субъектами экономического оборота.

Адвокат, с точки зрения экономического оборота являющийся лишь участником такового, обладающим равными со всеми другими участниками правами и обязанностями, не только не вправе ограничивать чужую правосубъектность и свободу, но и не имеет

юридической возможности оценить правомерность реализации субъектом соответствующей свободы.

В этих условиях уже само по себе привлечение адвоката к ответственности только за то, что он действительно оказывал юридическую помощь субъекту, действия которого при заключении договора о юридической помощи впоследствии были признаны государством или учредителем незаконными или нецелесообразными, является очевидно неконституционным.

На адвоката в такой ситуации возлагаются требования, которым он заведомо не в состоянии соответствовать, в силу отсутствия у него каких-либо публичных полномочий и права оценки деятельности равного с ним экономического субъекта.

Я подробно остановился на этом примере, потому что он явно показывает необходимость тщательной оценки субъективной части экономических отношений в ходе анализа их правового содержания. И даже признавая в публичных интересах необходимость пересмотра той или иной сделки (например, если она выполнена государственным предприятием некорректно), необходимо ограничивать от негативных правовых последствий такого пересмотра вторую сторону этих частных отношений, не имеющую отношения к защите и обеспечению публичных интересов.

Кроме того, с точки зрения базовых принципов свободного экономического оборота представляется не слишком очевидным существующее в УПК РФ (статья 20, 23) столь однозначное правило о публичном характере любых «экономических» преступлений, если ими причиняется ущерб государственному субъекту. Не слишком он очевидным представляется сразу по двум причинам.

С одной стороны, существует базовое правило о равенстве форм собственности, с точки зрения которого закреплять некие различия в формах уголовно-правовой защиты собственности лишь по признаку принадлежности собственности частному или государственному субъекту представляется не слишком обоснованным согласно ст. 55 Конституции РФ. Более того, принадлежность, например, акций того или иного общества государству не

только не влияет на его положение в гражданском обороте, но и вообще может изменяться ежедневно (например, в результате организованных торгов) и может быть неизвестна на данный конкретный момент менеджменту организации. То есть подобное однозначное правило о публичной защите вступает в противоречие с конституционным принципом равенства всех форм собственности и может создавать правовую неопределенность для самого субъекта публичной ответственности.

С другой стороны, это правило фактически преодолевает общее структурное распределение ролей государственных органов в рамках государственного управления. Например, если Росимуществу поручено управление какой-либо собственностью, например, долями общества с ограниченной ответственностью, поскольку именно Росимущество наиболее квалифицированно в вопросах такого управления, то на него — через участие в управлении обществом — и должно возлагаться и право инициировать уголовное преследование менеджмента общества. Потому что при принятии такого решения — поскольку интересом государства является эффективное управление этой собственностью, извлечение из него надлежащего дохода и т.п. — должны учитываться не только собственно уголовно-правовые вопросы, но и то, какие последствия для общества наступят в связи с возбуждением уголовного дела. Поскольку таковыми могут быть ущерб деловой репутации принадлежащего государству общества, прекращение его проектов, уход контрагентов, потеря рынков и т.п. Правоохранительные органы, не обладающие экономико-управленческими компетенциями и поэтому не учитывающие данные факторы, возбуждением уголовного дела могут причинить государству вред, серьезно превышающий подразумеваемые ими защищаемые общественные интересы.

Более того, сам факт возможности возбуждения уголовного дела по решению правоохранительных органов только из-за того, что коммерческая организация принадлежит государству, при том, что правоохранительные органы заведомо не могут являться компетентными во всех сферах экономики, что увеличивает риск

необоснованных претензий к менеджменту — увеличивает риски менеджера такой организации. Соответственно, данное правило УПК РФ еще и имеет практическое последствие в виде более сложного привлечения квалифицированных кадров в государственный сектор экономики.

С учетом этого можно сделать вывод о том, что строго публичный характер соответствующих уголовных дел, несмотря на то, что они «причиняют ущерб государству», является не слишком очевидным с конституционной и практической точек зрения, и, возможно, нуждается в пересмотре.

И последний тезис, который я хотел бы отметить — судейское усмотрение должно быть ограничено не только конституционными и отраслевыми принципами правового регулирования, но и экономическими законами.

Если, к примеру, мы понимаем, что в венчурном инвестировании невозврат 80% инвестиций — это нормально, то мы должны исходить из этого экономического закона и не расценивать это в ходе правоприменения как заведомо неправомерное поведение.

Свои особенности и экономические законы есть почти в каждой узкоспециализированной отрасли — банковской, трейдинговой, компьютерной и многих других.

Изучение этих законов судейским сообществом на площадке деловых и юридических ассоциаций, в том числе в рамках повышения квалификации, и возможное повышение специализации судей по тем или иным направлениям деловой активности способствовало бы более четкому пониманию названных экономических законов в правоприменении и в конечном итоге позволило бы правоприменителям глубже разобраться в экономической специфике того или иного вида бизнеса и соответствовать принципам экономики в рамках своего судейского усмотрения.

Есаков Геннадий Александрович
*Заведующий кафедрой уголовного права факультета права
Национального исследовательского университета
«Высшая школа экономики»,
доктор юридических наук, профессор*

Судейское усмотрение и оценочные признаки состава преступления

В структуре состава преступления по степени определённости выделяются *постоянные* и *переменные* признаки состава преступления, которые, в свою очередь, имеют две основные разновидности: *оценочные* и *бланкетные* признаки. Это деление является достаточно устоявшимся в научной литературе.

Так, к постоянным относятся признаки состава, содержание которых остаётся неизменным постольку, поскольку уголовный закон или сложившаяся судебная практика не меняются. Иными словами, для изменения содержания признака необходимо поменять закон или устоявшуюся практику. Так, понятия человек, беременность, смерть, уничтожение являются вполне определёнными и не могут быть по сути изменены в рамках судебного толкования. К постоянным признакам следует также относить те признаки, содержание которых имеет устоявшееся наполнение в судебной практике, как-то, например, имущество, корыстные, хулиганские побуждения, насилие и т.п. В этом случае для смены содержания признаков необходимы корректировки на уровне постановления Пленума Верховного Суда РФ или устоявшейся судебной практики. Напротив, переменные признаки зависят в своём содержании либо от особенностей конкретного дела (оценочные признаки), либо от иного законодательства (бланкетные признаки).

В ситуации с оценочными признаками (например, тяжкие последствия, существенный вред, особая жестокость) судебная практика предлагает лишь общие ориентиры в установлении их

содержания, и суд при рассмотрении конкретного дела, используя эти ориентиры, уже делает вывод о том, имеется ли соответствующий признак в данном деле или нет. Например, особая жестокость при убийстве в соответствии с п. 8 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 января 1999 г. № 1 «О судебной практике по делам об убийстве (ст. 105 УК РФ)» имеет место в том числе тогда, когда убийство происходит в присутствии близких потерпевшему лиц, и виновный осознаёт, что своими действиями он причиняет им особые страдания. В этом случае оценочность признака может быть связана с понятием близости лица (к ним, в частности, в соответствии со ст. 5 УПК РФ относятся иные, за исключением близких родственников и родственников, лица, состоящие в свойстве с потерпевшим, а также *лица, жизнь, здоровье и благополучие которых дороги потерпевшему в силу сложившихся личных отношений*) и того, что они реально испытывали страдания, а не, к примеру, облегчение от смерти пусть и близкого им, но раздражающего своим поведением, образом жизни человека. Содержание бланкетных признаков, в свою очередь, следует устанавливать с помощью норм иных отраслей права, так что изменение содержания признака по объёму может иметь место без изменения текста уголовного закона. Например, перечень стратегически важных товаров и ресурсов для целей ст. 226¹ УК РФ утверждён постановлением Правительства РФ от 13 сентября 2012 г. № 923 «Об утверждении перечня стратегически важных товаров и ресурсов для целей статьи 226¹ Уголовного кодекса Российской Федерации, а также об определении видов стратегически важных товаров и ресурсов, для которых крупным размером признается стоимость, превышающая 100 тыс. рублей», в которое вносились изменения в 2014, 2016 гг. и трижды в 2018 г., что влекло соответственно изменение содержания признака состава преступления.

В.Н. Кудрявцев следующим образом характеризовал оценочные признаки и роль суда в связи с ними: «...их содержание в значительной мере определяется правосознанием юриста, применяю-

шего закон, с учётом требований УК и обстоятельств конкретного дела. Эти переменные признаки ещё более приближены к изменяющейся обстановке, которую оценивают органы следствия, прокуратура и суд. ... “оценочные” понятия характеризуются тем, что субъект, который их использует, осуществляет две функции: он не только сравнивает рассматриваемое явление с некоторым общим понятием, но и формулирует (конечно, в определённых пределах) содержание самого этого общего понятия. ... в тех случаях, когда признак состава преступления является оценочным, суд не только должен установить совпадение фактических обстоятельств дела с этим признаком, но и прежде всего определить, что имеется в виду под самим этим признаком. Для того чтобы установить, например, является ли причинённый злоупотреблением властью ущерб существенным, необходимо в первую очередь решить, что мы вообще в современных условиях понимаем под “существенным ущербом”. Решение этого вопроса законодатель относит к компетенции юристов, применяющих закон»³¹.

Соответственно, судейское усмотрение в связи с оценочными признаками состава преступления может быть, условно говоря, абстрактным и конкретным. Абстрактное проявление судейского усмотрения связано с формулированием некоего общего понятия, с которым уже в связи с конкретным уголовным делом делается вывод о соответствии или несоответствии фактической ситуации общему её определению, данному ранее. Это, по-иному говоря, подвод частного случая под общее правило.

Немаловажный нюанс заключается в том, что абстрактное проявление судейского усмотрения может как совпасть в своём бытии с конкретным, так и иметь различия в субъектах. Иными словами, суд при вынесении решения по делу или ориентируется на уже сформулированное общее понятие (в постановлении Пленума Верховного Суда РФ или в устоявшейся практике вышестоящего суда), или вынужден сначала формулировать вот это

³¹ Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. М., 1972. С. 134–136.

самое общее понятие и сразу же применять его к конкретным фактическим обстоятельствам (и сформулированное таким образом общее понятие при подтверждении приговора вышестоящими инстанциями на будущее станет примером для последующих схожих ситуаций).

То, как работает этот механизм судейского усмотрения, можно рассмотреть на примере ст. 201 УК РФ, в которой в качестве криминообразующих и в ч. 1, и в ч. 2 используются сразу два оценочных понятия, «существенный вред правам и законным интересам граждан или организаций либо охраняемым законом интересам общества или государства» и «тяжкие последствия».

Существенный вред в литературе определяется «в виде материального (имущественного) ущерба»; при этом следует учитывать «характер и размер понесённого... материального ущерба». «Тяжким последствием, очевидно, можно признать крупную аварию, нанесение материального ущерба в особо крупных размерах или значительному числу потерпевших, банкротство организации, нарушение конституционных прав значительного числа потерпевших, срыв выполнения государственного заказа, имеющего важное социальное значение, причинение вреда здоровью средней тяжести нескольким лицам, причинение смерти или тяжкого вреда здоровью хотя бы одному человеку и т.п.». При этом «правоприменитель обязан сам дать качественную оценку последствиям злоупотребления полномочиями как существенно вредным и убедительно аргументировать её»³².

В комментарии к Уголовному кодексу РФ под редакцией В.М. Лебедева понятие тяжких последствий применительно к ст. 201 УК РФ по сути раскрывается слово-в-слово с понятием тяжких последствий в ч. 3 ст. 285 УК РФ³³.

³² Волженкин Б.В. Служебные преступления. Комментарий законодательства и судебной практики. СПб., 2005. С. 260–262.

³³ См.: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации. В 4 т. Особенная часть. Разделы VII–VIII (постатейный) / отв. ред. В.М. Лебедев. Т. 2. М., 2017 (автор комментария к статье – профессор А.В. Бриллиантов).

Таким образом, в соответствии с п. 21 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 16 октября 2009 г. № 19 «О судебной практике по делам о злоупотреблении должностными полномочиями и о превышении должностных полномочий» «под тяжкими последствиями как квалифицирующим признаком преступления, предусмотренным частью 3 статьи 285 УК РФ и пунктом “в” части 3 статьи 286 УК РФ, следует понимать последствия совершения преступления в виде крупных аварий и длительной остановки транспорта или производственного процесса, иного нарушения деятельности организации, причинение значительного материального ущерба, причинение смерти по неосторожности, самоубийство или покушение на самоубийство потерпевшего и т.п.».

Соответственно, в связи со ст. 201 УК РФ мы сталкиваемся, с одной стороны, с отсутствием абстрактного определения в виде постановления Пленума Верховного Суда РФ относительно ч. 1 статьи и с примерным определением оценочного понятия «тяжких последствий» в ч. 2.

В судебной практике «существенный вред правам и законным интересам граждан или организаций либо охраняемым законом интересам общества или государства» определяется преимущественно через оценку причинённого преступлением материального ущерба; позиция, согласно которой в дополнение к этому нужно устанавливать «нечто» большее, не является доминирующей, хотя встречается в практике. Например, в постановлении президиума Пермского краевого суда от 15 октября 2010 г. по делу № 44у-4484/2010 указывается: «...существенное причинение вреда является обязательным признаком преступления, предусмотренного ст. 201 УК РФ. Данный признак, согласно ст. 73 УПК РФ, подлежит доказыванию наряду с другими обстоятельствами, указанными в данной статье УПК РФ. Существенность причинённого вреда относится к числу оценочных признаков, в связи с чем требуется обязательное приведение в приговоре обстоятельств, послуживших основанием для вывода о его наличии. ...По смыслу закона, сам по себе размер причинённого ущерба не является до-

статочным для признания вреда существенным. При оценке существенности вреда необходимо учитывать: степень отрицательного влияния противоправного деяния на нормальную работу организации, характер и размер понесенного ею материального ущерба, тяжесть причиненного вреда и т.п.».

Напротив, «тяжкие последствия» в основном увязываются с чем-то «большим», чем просто материальный ущерб, хотя в основе своей это нечто «большее» имеет материальный ущерб. Например: «...в соответствии с законодательством к тяжким последствиям при злоупотреблении полномочиями относится причинение таких финансовых потерь коммерческой организации, которые *могут повлечь разорение этой организации, её банкротство и ликвидацию, дезорганизацию деятельности этой организации, зависящих от неё систем и подобные указанным последствия»* (апелляционное определение Санкт-Петербургского городского суда от 18 февраля 2019 г. по делу № 22-1007/19); «в соответствии с законодательством к тяжким последствиям при злоупотреблении полномочиями относится причинение многомиллионной финансовой потери коммерческой организации, *могущие повлечь её разорение, банкротство, ликвидацию, дезорганизацию финансовой системы какого-либо субъекта РФ, обвал курса национальной валюты и т.д.* ...С учётом вышеизложенного создание искусственно созданной обязанности перед К. по оплате за пользование техникой и формирование задолженности общества перед ним не может рассматриваться как причинение тяжких последствий по данной норме закона» (апелляционное постановление Брянского областного суда от 28 января 2015 г. по делу № 22-72/2015).

Если проследить практику московских судов по ст. 201 УК РФ в направлении повышения сумм материального ущерба, то можно увидеть следующее:

– существенный вред в виде 1 180 658 рублей 45 копеек за неоказанные услуги (апелляционное определение Московского городского суда от 25 августа 2017 г. по делу № 10-13517/2017);

– существенный вред в виде материального ущерба в размере 1,665 млн рублей (апелляционное постановление Московского городского суда от 26 ноября 2014 г. по делу № 10-14796/2014);

– существенный материальный вред на общую сумму 4 189 499 рублей 71 копейка (апелляционное постановление Московского городского суда от 17 декабря 2015 г. по делу № 10-16540/2015);

– уже *тяжкие последствия* в виде материального ущерба на сумму 13 202 940 рублей 22 копейки («тяжкие последствия городу Москве в лице Департамента имущества города Москвы в виде причинения материального ущерба на указанную сумму», апелляционное определение Московского городского суда от 8 сентября 2016 г. по делу № 10-13128/2016);

– *тяжкие последствия* в виде материального ущерба на сумму 24 711 188 рублей («понятие тяжких последствий ...выражается в причинении имущественного и экономического вреда, выходящего за рамки существенного, и подлежит установлению в каждом конкретном случае. По смыслу уголовного закона под тяжкими последствиями, как квалифицирующего признака преступления, следует понимать и последствия совершения преступления в виде причинения значительного материального ущерба. С учётом того, что действия Г., использовавшего свои полномочия вопреки законным интересам коммерческой организации в целях извлечения выгод и преимуществ для себя и других лиц, был причинён материальный ущерб государственному унитарному предприятию, деятельность которого была связана с обеспечением интересов Российской Федерации и строительством важного объекта военного назначения, ...суд пришёл к обоснованному выводу, что указанные незаконные действия Г. повлекли причинение существенного вреда правам и законным интересам ФГУП... и наступление тяжких последствий, верно квалифицировав их по ч. 2 ст. 201 УК РФ», постановление президиума Московского городского суда от 25 января 2019 г. по делу № 44у-03/2019);

– причинение существенного вреда законным коммерческим интересам предприятия в виде уменьшения чистой прибыли

ли в размере 26 000 143 рублей (апелляционное постановление Московского городского суда от 21 октября 2013 г. по делу № 10-9945/2013);

– существенный вред в виде материального ущерба на сумму 33 898 305 рублей 08 копеек (апелляционное постановление Московского городского суда от 18 апреля 2016 г. по делу № 10-5178/2016);

– существенный вред в виде упущенной выгоды на сумму не менее 35 008 712 рублей; в виде упущенной выгоды на сумму не менее 3 061 650 рублей; в виде упущенной выгоды на сумму не менее 21 652 248 рублей (апелляционное определение Московского городского суда от 19 октября 2015 г. по делу № 10-13772/2015);

– существенный вред правам и законным интересам ООО, который выразился в причинении вреда стабильности и устойчивости финансового состояния данного общества и его деловой репутации, обусловленного невозможностью дальнейшего использования для осуществления предпринимательской деятельности путём сдачи в аренду для извлечения прибыли помещений в связи с их передачей другому собственнику, с учётом того, что сдача в аренду указанных помещений являлась основным видом коммерческой деятельности, осуществляемой ООО и приносящим стабильную прибыль, а также в невозможности в соответствии со ст. 17 Жилищного кодекса РФ дальнейшего использования для осуществления предпринимательской деятельности путём сдачи в аренду или иным способом приобретённых 2/3 доли в праве общей долевой собственности на жилое помещение – объект недвижимости и появлением в связи с этим дополнительных обязанностей и расходов у ООО по содержанию данного объекта; в уменьшении общей величины активов данного Общества после продажи объекта недвижимости и приобретения другого объекта недвижимости на 82 495 822 рублей; гражданину И., который выразился в нарушении охраняемых его интересов ст. 34, 39 Семейного кодекса РФ и уменьшении на 27 753 581 рублей 24 копейки

действительной стоимости доли И. в уставном капитале ООО (апелляционное определение Московского городского суда от 6 апреля 2016 г. по делу № 10-2956/2016);

– причинение существенного вреда правам и законным интересам ОАО и наступление для него *тяжких последствий*, выразившихся в значительном материальном ущербе из-за неполучения обществом дохода на сумму 97 914 329 рублей 92 копейки (апелляционное определение Московского городского суда от 2 сентября 2015 г. по делу № 10-11887/2015);

– *тяжкие последствия* в виде утраты ОАО ликвидного объекта недвижимого имущества на сумму 114 413 000 рублей (разница между стоимостью имущества в размере 161 856 000 и полученными за объект денежными средствами в размере 47 443 000 рублей) (апелляционное определение Московского городского суда от 16 марта 2016 г. по делу № 10-2643/2016);

– *тяжкие последствия* в виде материального ущерба на сумму 233 583 064 рубля 10 копеек («размер причинённого ...материального ущерба позволил суду первой инстанции прийти к правильному выводу, что действия К.В. повлекли тяжкие последствия», апелляционное определение Московского городского суда от 7 декабря 2015 г. по делу № 10-16542/2015);

– существенный вред в виде материального ущерба на сумму 645 337 962 рубля 50 копеек (апелляционное постановление Московского городского суда от 3 октября 2018 г. по делу № 10-14915/2018);

– *тяжкие последствия* в виде крупного материального ущерба на общую сумму 941 149 900 рублей (апелляционное определение Московского городского суда от 8 декабря 2016 г. по делу № 10-19601/2016);

– *тяжкие последствия* в виде материального ущерба на общую сумму 1,5 млрд рублей (апелляционное определение Московского городского суда от 25 июня 2018 г. по делу № 10-9123/2018);

– *тяжкие последствия* в виде имущественного ущерба в размере не менее 234 млн долларов США (апелляционное опреде-

ление Московского городского суда от 2 апреля 2019 г. по делу № 10-2716/2019).

Таким образом, можно увидеть, что в целом в связи со ст. 201 УК РФ и судейским усмотрением в части её криминообразующих признаков существуют как минимум две проблемные точки.

Первая связана с минимальным порогом существенности вреда для целей ст. 201 УК РФ, применительно к которой не существует примечания, аналогичного примечанию к ст. 170² УК РФ.

Вторая связана с ощутимой тенденцией судебной практики вменять признак «тяжких последствий» с ростом суммы материального ущерба независимо от наличия иных обстоятельств, свидетельствующих о тяжести вреда.

Соответственно, здесь мы наблюдаем интересное явление вариативности судебной практики в части установления оценочных признаков состава преступления: то, что предлагается в литературе и в судебной практике в связи с другими (хотя и схожими) составами преступлений, получает немного иную трактовку в практике применения ст. 201 УК РФ. Это и есть пример реального действия судейского усмотрения, который, с одной стороны, подчёркивает всю значимость этого явления, но, с другой — накладывает обязанность на суды по формулированию чётких критериев толкования конкретных оценочных признаков состава преступления с тем, чтобы не допускать нежелательного эффекта неопределённости уголовного закона.

Чернов Лев Владимирович
Начальник Департамента правовой защиты
публичного акционерного общества
«Нефтяная компания «ЛУКОЙЛ»

Беляев Максим Дмитриевич
Юрисконсульт Департамента правовой защиты
публичного акционерного общества
«Нефтяная компания «ЛУКОЙЛ»

Усмотрение суда при рассмотрении дел об административных правонарушениях в сфере топливно-энергетического комплекса

*Усмотрение — это знание того,
что является с точки зрения права справедливым
(discretio est scire per legem quid sit justum)*

Российская Федерация относится к числу стран, где значительное влияние на развитие национальной экономики оказывает сфера топливно-энергетического комплекса (далее — ТЭК). К ней относятся объекты электроэнергетики, нефтедобывающей, нефтеперерабатывающей, нефтехимической, газовой, угольной, сланцевой и торфяной промышленности, а также объекты нефтепродуктообеспечения, теплоснабжения и газоснабжения (пункт 9 статьи 2 Закона о безопасности объектов топливно-энергетического комплекса³⁴).

Работа предприятий ТЭК сопровождается наличием существенных рисков, вытекающих из эксплуатации большого количества сложных производственно-технологических объектов (в том числе опасных производственных объектов); значительного

³⁴ Федеральный закон от 21.07.2011 № 256-ФЗ «О безопасности объектов топливно-энергетического комплекса» (ред. от 24.04.2020) // [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «Консультант плюс».

массива специального нормативно-технического регулирования; сложности и противоречивости регуляторной среды и судебной практики в сочетании с большим количеством контролирующих органов; широкого охвата сферы общественных отношений, в которых участвуют организации ТЭК (гражданско-правовые, экологические, налоговые, антимонопольные и т.п.).

Вовлеченность субъектов ТЭК в многообразие общественных отношений, а также изменчивость правового поля обуславливают определяющую роль дискреционных полномочий административных и судебных органов при осуществлении регулирования. Это выражается в возможности правоприменителей (судей и должностных лиц) оценивать и принимать решения не на основе определенных инструктивных указаний, а в законодательно закрепленных рамках возможного. Иными словами, заниматься поиском наиболее оптимальных решений правового казуса в границах закона, но с учетом оценки конкретной ситуации и по своему внутреннему убеждению.

Проблема усмотрения в судебной деятельности неоднократно являлась предметом исследования в работах А. Барака, который писал, что судье должно быть предоставлено право выбора между двумя и более альтернативами, каждая из которых законная. Судебное усмотрение предполагает наличие зоны возможностей, любая из которых законна в контексте системы. Избираемые и оцениваемые варианты по общему правилу относятся к трем вопросам: факты, применение нормы, установление самой нормы³⁵.

Предоставление таких субъективных возможностей объясняется абстрактностью содержания правовых норм и необходимостью их адаптации «под нужды» определенного дела, а принимая во внимание гибкость такой формы судейского реагирования как усмотрение, происходит индивидуализация в применении права к конкретной ситуации. При реализации усмотрения суд руководствуется принципами и категориями: законности, справедливости, разумности, добросовестности, нравственности, целесообразности.

³⁵ Барак А. Судейское усмотрение. М.: Норма, 1999. С. 12–25.

Следствием судейского усмотрения может стать вынесение противоречивых решений по идентичным спорам. Поэтому в целях обеспечения законности, обоснованности и мотивированности таких судебных актов усмотрение должно сопровождаться строгим соблюдением опосредующих процедуру рассмотрения дела процессуальных норм³⁶.

Отдельно следует отметить, что усмотрение является правом, а не обязанностью суда, которое имеет место в том случае, когда по делу имеются достаточные доказательства и конкретные обстоятельства, свидетельствующие о возможности выхода за границы шаблонного правового регулирования³⁷.

Таким образом, под судейским усмотрением следует понимать санкционированную нормами права, осуществляемую в процессуальной форме, мотивированную правоприменительную деятельность суда, направленную на разрешение правового спора с учетом конкретных обстоятельств правоотношений.

Учитывая, что названная проблема наиболее характерна для сферы управленческой деятельности государственных органов и должностных лиц по исполнению публичных функций государства, видится целесообразным рассмотреть вопросы судейского усмотрения применительно к делам об административных правонарушениях, производство по которым регулируется Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях³⁸ (далее – КоАП РФ).

КоАП РФ предусмотрены различные составы правонарушений в области производственной деятельности (промышленность, строительство, энергетика), а также закреплена большой выбор инструментов ответственности. Помимо включения в санкции большинства норм нескольких видов наказания (предупреждение,

³⁶ Папкова О.А. Усмотрение суда. М.: Статут, 2005. С. 48.

³⁷ Абушенко Д.Б. Судебное усмотрение в гражданском и арбитражном процессе. М.: Норма, 1999. С. 7–8.

³⁸ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 № 195-ФЗ (ред. от 23.06.2020) // [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «Консультант плюс».

административный штраф, дисквалификация и др.), законодатель также предоставил правоприменительным органам право определения соответствующего объема такой ответственности (например, в статье 3.5 КоАП РФ указано, что размер административного штрафа для организаций варьируется от 100 000 до 60 000 000 руб., либо процент от годовой выручки). Следовательно, принцип судейского усмотрения является одним из признаков развитого правопорядка, выражающимся в наличии выбора в условиях альтернативы, а также равновесным механизмом, позволяющим государству предоставлять возможность субъектам ТЭК осуществлять производственную деятельность в пределах строгой нормативной регламентации.

Согласно правовой позиции Конституционного Суда Российской Федерации, изложенной в определении от 06.06.2017 № 1167-О, в целях соблюдения конституционных принципов справедливости и соразмерности при назначении административного наказания законодателем предусмотрена возможность назначения одного из нескольких видов административного наказания, установленных санкцией соответствующей нормы закона за совершение административного правонарушения, а также наличием широкого диапазона между минимальным и максимальным пределами административного наказания и, кроме того, возможностью освобождения лица, совершившего административное правонарушение, от административной ответственности в силу малозначительности³⁹.

В постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 07.04.2020 № 15-П указывается, что установление исключительных обстоятельств, связанных с характером совершенного административного правонарушения и его последствиями, имущественным и финансовым положением привлекаемого к ад-

³⁹ Определение Конституционного Суда РФ от 06.06.2017 № 1167-О «По запросу Третьего арбитражного апелляционного суда о проверке конституционности положения части 3.1 статьи 14.13 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» // [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «Консультант плюс».

министративной ответственности юридического лица во всяком случае остается прерогативой судьи, органа, должностного лица, рассматривающего дела об административных правонарушениях, т.е. возможность назначения административного штрафа ниже низшего предела, установленного санкцией конкретной нормы, не предопределяет обязанность следования соответствующего органа или должностного лица доводам лица, привлекаемого к административной ответственности, о наличии в его деле оснований для указанного снижения размера штрафа⁴⁰.

Представленное официальное толкование также подтверждает верность вывода, что принцип судейского усмотрения при рассмотрении дел об административных правонарушениях выражается в возможности суда самостоятельно определять вид и размер санкции за совершенное правонарушение с учетом конкретных обстоятельств.

Вместе с тем принципиальная значимость реализации принципа судейского усмотрения проявляется при рассмотрении дел, где судом рассматриваются вопросы о возможности применения наказания в виде административного приостановления деятельности (статья 3.12 КоАП РФ) или мер обеспечения в виде временного запрета деятельности (статья 27.16 КоАП РФ).

Они представляют собой временное прекращение деятельности юридических лиц, их филиалов представительств, структурных подразделений, а также эксплуатации агрегатов, объектов, зданий или сооружений, осуществления отдельных видов деятельности (работ), оказания услуг, основным условием применения которых является угроза жизни или здоровью людей, причинения существенного вреда состоянию или качеству окружающей среды либо в случае совершения административных правонарушений в определенных сферах.

⁴⁰ Постановление Конституционного Суда РФ от 07.04.2020 № 15-П «По делу о проверке конституционности частей 3.2 и 3.3 статьи 4.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в связи с жалобой акционерного общества «РСК» // [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «Консультант плюс».

Активная роль судьи и важность проявления судейского усмотрения при решении вопроса о временном приостановлении деятельности лица очевидно прослеживаются на примере правового регулирования данной меры в качестве административного наказания. Так, в разъяснениях Верховного Суда Российской Федерации, представленных в пункте 23.3 Постановления Пленума № 5 от 24.03.2005, указано, что приостановление деятельности является альтернативной санкцией, которая применима в исключительных случаях, если менее строгий вид административного наказания не сможет обеспечить достижение цели административного наказания. В частности, при назначении этого наказания суду надлежит исследовать характер деятельности лица и совершенные им действия (бездействие), а также иные обстоятельства, влияющие на создание условий для реальной возможности наступления негативных последствий для окружающих, перечень которых по смыслу диспозиции части 1 статьи 3.12 КоАП РФ является закрытым⁴¹. При недоказанности объективной стороны правонарушения, а именно конкретных общественно опасных последствий, которые вызваны или могут быть вызваны действиями (бездействием) лица, привлекаемого к административной ответственности, назначение наказания в виде временного приостановления деятельности недопустимо.

Отдельного внимания заслуживает проблема разрешения судом вопроса о временном прекращении эксплуатации отдельных агрегатов, объектов, зданий или сооружений, принадлежащих виновному лицу, или о приостановлении осуществления деятельности такого лица в целом⁴². Зачастую суды, не анализируя разницу между приостановлением объекта в части и полностью, формально

⁴¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2005 № 5 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» (ред. от 19.12.2013) // [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «Консультант плюс».

⁴² Абзац 3 пункта 18.2 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 02.06.2004 № 10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях» (ред. от 21.12.2017) // [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «Консультант плюс».

ограничиваются удовлетворением запрошенных контролирующим органом мер. Однако решение поставленного вопроса требует более глубоких технических, экологических или иных специальных познаний, которыми, по общему правилу, участники административного производства не обладают. В этой связи надлежащими процессуальными инструментами могут выступить получение заключения специалиста (статья 25.8 КоАП РФ), проведение соответствующей судебной экспертизы (статья 26.4 КоАП РФ), с помощью которых произойдет с наибольшей степенью вероятности получение достоверных выводов о потенциальном вреде приостановления деятельности; о соотношении возможного ущерба от назначаемой меры с последствиями самого нарушения; о достижении целей наказания путем запрета деятельности не всего комплекса, а его обособленной части и другие. Это должно привести к обоснованному и законному определению назначаемой меры. Кроме того, следует заметить, что в некоторых случаях приостановление отдельного звена системы (например, агрегата или сооружения) приводит к таким же негативным последствиям, как и приостановление работы всего объекта в целом. Данное обстоятельство также подтверждает обоснованность выводов о необходимости обращения суда к помощи лиц, обладающих в определенной отрасли специальными познаниями, и которые могут дать экспертную оценку вероятным последствиям избираемой меры.

На особую роль суда при назначении временного приостановления деятельности указывается и в правовой доктрине. Так, представляется верной позиция Ю.В. Суворовой, которая полагает, что реализация наказания в виде административного приостановления деятельности становится целенаправленной, законной и обоснованной только тогда, когда суд правильно устанавливает основания для его применения и соблюдает все процессуальные правила назначения⁴³.

⁴³ Суворова Ю.В. Сущность и содержание административного приостановления деятельности как вида административного наказания // Административное право и процесс. 2013. № 1. С. 69 – 72.

Таким образом, законодатель, высшие судебные инстанции и доктрина акцентируют внимание на непосредственную, активную роль суда в исследовании обстоятельств дела и прямо указывают на возможность применения широкого судейского усмотрения при назначении наказания в виде административного приостановления деятельности. Суды не должны ограничиваться констатацией формального несоответствия поведения лица предписанным кодексом нормам, а обязаны оценивать насколько избранная мера ответственности соразмерна последствиям правонарушения, достигается ли ее применением цель наказания и предотвращение нарушения общественных интересов, а также не повлечет ли временное приостановление деятельности еще более негативные общественно-опасные последствия.

Следует отметить, что судебной практикой выработаны некоторые устойчивые подходы, которыми руководствуются суды при квалификации временного приостановления деятельности в качестве избыточной и не соответствующей целям ее применения меры:⁴⁴

- административным органом не представлено доказательств невозможности применения менее строгого наказания (постановление Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 22.03.2018 № 11АП-2053/2018 по делу № А55-29372/2017);
- административным органом не доказано обстоятельств, которые создали реальную возможность наступления негативных последствий для людей и окружающей среды (решение Санкт-Петербургского городского суда от 19.12.2017 № 12-2598/2017 по делу № 5-985/2017, решение Оренбургского областного суда от 29.08.2016 по делу № 12-98/2016, постановление Красноярского районного суда города Волгограда от 05.04.2019 по делу № 5-152/2019);

⁴⁴ «Административное приостановление деятельности: обзор судебной практики». Обзор КонсультантПлюс. 2019. // [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

- организацией уже предприняты (предпринимаются) меры по устранению нарушений, риск для жизни и здоровья людей отсутствует (постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 08.11.2018 № 09АП-46440/2018 по делу № А40-150329/18, решение Липецкого областного суда от 21.02.2019 по делу № 7-6/2019, решение Ивановского областного суда от 23.05.2017 по делу № 12-57/2017; решение Краснодарского краевого суда от 08.12.2014 № 12-3533/2014);
- длительность бездействия не свидетельствует о необходимости применения санкции в виде административного приостановления деятельности (решение Смоленского областного суда от 31.10.2018 по делу № 7-159/2018);
- приостановление деятельности поставит под угрозу иные охраняемые законом интересы (постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 20.02.2019 № 08АП-15333/2018 по делу № А70-14221/2018, решение Верховного суда Республики Калмыкия от 07.02.2018 № 7-21/2018).

Для более наглядной иллюстрации применения судейского усмотрения при назначении наказания в виде административного приостановления деятельности считаем возможным обратиться к примеру из судебной практики авторов, в котором предметом судебного разбирательства по делу об административном правонарушении в Ворошиловском районном суде города Волгограда являлся вопрос о временном приостановлении деятельности объекта ТЭК морской перевалочный комплекс «Юрий Корчагин» (далее — МПК), принадлежащий обществу с ограниченной ответственностью «ЛУКОЙЛ-Транс».

МПК представляет собой объект, находящийся на плаву в открытом море, с официальным статусом судна и состоит из плавучего нефтехранилища (далее — ПНХ) и стационарного точечного причала (далее — СТП), и предназначен для приёма, накопления и отгрузки на танкеры-челноки товарной нефти с морской ледостойкой стационарной платформы (далее — МЛСП) месторождения имени Ю. Корчагина по подводному трубопроводу через точечный причал.



По факту проверки деятельности МПК были выявлены нарушения требований промышленной безопасности, и территориальным органом Ростехнадзора инициировано производство по вопросу привлечения лица к административной ответственности по части 1 статьи 9.1 КоАП РФ в виде временного приостановления деятельности.

В результате всестороннего, полного и объективного исследования всех обстоятельств дела суд пришел к выводам о необоснованности запрашиваемой административным органом меры и назначил наказание в виде административного штрафа. Принимая указанное решение были учтены и приобщены к материалам дела доказательства (в том числе полученное по инициативе лица, привлекаемого к административной ответственности, заключение специалиста), согласно которым в случае административного приостановления деятельности МПК и покидания судна членами экипажа возникают следующие экологические риски нанесения вреда окружающей среде в акватории Каспийского моря:

- неконтролируемое поведение МПК с нарушением ориентации, усилением бортовой качки, как следствие — попадание нефти в акваторию;
- затопление ПНХ в результате столкновения с судном или критического ухудшения погодных условий (шторм);
- авария в результате возникновения взрыво- и пожароопасной ситуации.



Так, согласно мнению специалиста, при наступлении любого из указанных сценариев авария может развиваться по малопрогнозируемому сценарию, что означает критическую невозможность прогноза последствий для окружающей среды, жизни и здоровья людей.

Устранение указанных рисков в полном объеме при административном приостановлении деятельности практически невозможно.

Все вышеизложенное может привести к человеческим жертвам, выбросу нефти в море, пожарам, авариям с участием иных морских судов, населению вреда окружающей среде (флоре и фауне акватории).

Таким образом представленный суду механизм работы МПК «Юрий Корчагин», а также вероятные риски и последствия, которые могут быть вызваны применением санкции в виде административного приостановления деятельности, явились предметом глубокого анализа со стороны суда, и в результате реализации судейского усмотрения принято законное и обоснованное решение о целесообразности применения в качестве наказания административного штрафа.

В заключение следует отметить, что усмотрение суда является важным компонентом осуществления правосудия, ограничение которого недопустимо. Особая концептуальная ценность усмотрения проявляется при рассмотрении дел об административных правонарушениях, в том числе при оценке обоснованности назначения наказания в виде административного приостановления деятельности. Судом должен использоваться взвешенный, разумный подход, учитывающий в совокупности все обстоятельства экономического, технологического и экологического характера с целью обеспечения баланса частных и публичных интересов. Во избежание произвольного применения данной меры административного наказания, недопустимости ее использования для давления на бизнес, на наш взгляд, высшими судебными инстанциями должны быть приняты методологические разъяснения и стандарты доказывания, аналогичные разъяснениям, принятым в отношении обеспечительных мер.

Авдеева Екатерина Валерьевна
Руководитель экспертного центра
по уголовно-правовой политике
и исполнению судебных актов
Общероссийской общественной организации
«Деловая Россия»

Николаева Марина Михайловна
Член экспертного центра
по уголовно-правовой политике
и исполнению судебных актов
Общероссийской общественной организации
«Деловая Россия»

Судейское усмотрение в защите прав, свобод и гарантий предпринимателей

Для благоприятного делового климата, повышения активности участников делового оборота, улучшения экономической ситуации предприниматели должны ощущать себя защищенно. Правоохранительная и судебная система должны обеспечить такую защиту. Вместе с этим мы видим нарастающую степень недоверия со стороны бизнес-сообщества к правоохранительной и судебной системам. Причина кроется в том, что нарушения в отношении предпринимателей, которые допускаются следствием, не пресекаются должным образом не только руководителями следственных органов, прокуратурой, но и даже судом.

Цель исследования — проанализировать наиболее часто встречающиеся нарушения прав, свобод и предусмотренных законодателем гарантий предпринимателей и возможности суда в пределах принятия решений способствовать восстановлению нарушенных прав и обеспечить гарантированное Конституцией РФ право на судебную защиту и Конвенцией о защите прав человека и основ-

ных свобод право на справедливое судебное разбирательство. Законодательство в большинстве случаев дает суду принимать решение исходя из своего усмотрения в заданных рамках и важно, чтобы при использовании этого усмотрения критично оценивались все факты, а не только поддерживалась сложившаяся традиция ставить выше доводы следствия и обвинения даже при отсутствии их какого-то подкрепления фактами и аргументами.

Именно последовательный анализ нарушений через призму возможности судейского усмотрения изложен авторами в статье.

Недоверие российского бизнеса к правоохранительным органам и судебной системе в РФ достигло рекордных значений согласно опросу службы специальной связи и информации Федеральной службы охраны, что вошло в приложение к ежегодному докладу бизнес-омбудсмена Бориса Титова Президенту РФ. Также, согласно проведенному опросу, увеличилась доля респондентов, не считающих правосудие в РФ независимым и объективным.

Основными гарантиями предпринимателей в уголовном процессе для укрепления доверия к правоохранительной системе является соблюдение правоохранителями определенных условий, при которых возможно продолжение предпринимательской деятельности на всех стадиях уголовного судопроизводства, во избежание случаев потери бизнеса вследствие необоснованного уголовного преследования. Если подходить системно к проблеме недоверия бизнеса к правоохранительной системе, то следует отметить, что нарушения прав, свобод и гарантий законодателя в отношении предпринимателей можно сгруппировать в зависимости от стадии расследования дела, а также на нарушения норм материального и процессуального права.

При этом возможность воздействия на должностных лиц органов предварительного расследования путем судебного контроля, в ходе которого возможно использование судейского усмотрения с целью устранения допущенных нарушений прав участников процесса не слишком велика, поскольку не все действия и решения

подлежат обжалованию в суд на досудебной стадии уголовного судопроизводства. Необходимо учитывать, что большинство нарушений может обжаловано в порядке ст. 124 УПК РФ, т.е. прокурору или руководителю следственного органа, но только некоторые могут быть обжалованы и в судебном порядке согласно ст. 125 УПК РФ. Важно, чтобы даже эта небольшая группа нарушений, подлежащих обжалованию при их выявлении жестко пресекались судом.

В статье разберем основные нарушения, которые затрагивают законные интересы предпринимателя в уголовном процессе, и роль суда в устранении таких нарушений с учетом того, что во многих вопросах существует предел судейского усмотрения.

Вопросы судейского усмотрения в отечественном судопроизводстве были и остаются предметом достаточно большого внимания ученых. Например, А.А. Хайдаровым предложено следующее определение судейского усмотрения в судебных стадиях уголовного процесса: это неотъемлемая составляющая уголовно-процессуальной деятельности судьи (суда), осуществляемая при сложившейся проблемной или иной ситуации на той или иной судебной стадии или на ее этапе и требующей своего разрешения в качестве условия дальнейшего движения уголовного процесса или приостановления и окончания его, содержание которой заключается в выборе судьей (судом) наиболее целесообразного процессуального решения или процессуального действия на основе его внутреннего убеждения и совести в соответствии с дозволениями уголовно-процессуального закона, а равно с учетом принципов правовой системы России, общепризнанных принципов и норм международного права в интересах реализации назначения уголовного судопроизводства⁴⁵.

Говоря о судейском усмотрении необходимо учитывать, что судебная система относится к одной из ветвей власти, правосудие в

⁴⁵ См.: Хайдаров А.А. Судейское (судебное) усмотрение и его пределы в судебных стадиях уголовного процессе России: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 7.

соответствии с Конституцией РФ осуществляется только судом, а судьи независимы и подчиняются только Конституции Российской Федерации и федеральному закону.

В статье 15 УПК РФ указано на состязательность сторон в уголовном процессе и отдельно отмечено, что суд не является органом уголовного преследования, не выступает на стороне обвинения или стороне защиты. При этом отмечено, что суд создает необходимые условия для исполнения сторонами их процессуальных обязанностей и осуществления предоставленных им прав.

Еще И.Я. Фойницкий отмечал, что «...всякий суд властен стремиться к разъяснению себе дела в его настоящем виде» и «...при состязательности процесса уголовный суд остается самостоятельным органом закона, применяя последний по его точному значению и не стесняясь в этом отношении теми толкованиями, которые исходят от сторон... Потому же состязательность процесса не лишает суд права и обязанности давать ответ, соответствующий объективной, действительной или материальной истине, и отнюдь не требует, чтобы он довольствовался истиной формальной, как ее понимают и устанавливают стороны. Суд уголовный может и даже обязан употребить все находящиеся в распоряжении его средства для полного разъяснения себе дела. Роль уголовного судьи в процессе далеко не пассивная... Задача уголовного суда есть открытие в каждом деле безусловной истины. В стремлении к этой цели суд не может принимать в уважение желание сторон — ни того, что сам подсудимый не хочет оправдывать свою невиновность, ни того, что сам обвинитель потворствует виновному»⁴⁶. То есть ученые указывают на необходимость суда не подходить исключительно формально к принятию решения, в том числе по жалобам сторон в порядке ст. 125 УПК РФ, что на определенных стадиях в случае надлежащего рассмотрения может представлять собой важный инструмент для восстановления нарушенных прав, свобод и гарантий.

⁴⁶ См.: Евразийская адвокатура. 2018. № 1(32). С. 28.

Как было отмечено выше, в статье сгруппируем нарушения в зависимости от стадии уголовного процесса и относимости к нормам процессуального и материального права через призму возможности их устранения судом и оценки роли судейского усмотрения. Говоря о нарушениях прав, свобод и законных интересов обвиняемых и подозреваемых, их неукоснительное соблюдение в уголовном процессе является основой для правового государства и крайне важно на всех стадиях уголовного процесса. Поэтому, чтобы оценить возможность влияния судейского усмотрения на восстановление нарушенного права, полагаем целесообразным разобрать наиболее системно встречающиеся нарушения в зависимости от стадийности процесса.

При поступившей в установленном законом порядке информации о готовящемся или совершенном преступлении до принятия решения о возбуждении уголовного дела либо отказе его возбуждения в соответствии со ст. 144–145 УПК РФ проводится доследственная проверка. По сути доследственная проверка является стадией производства по уголовному делу, а потому должна соответствовать назначению уголовного судопроизводства, т.е. защищать права и законные интересы лиц и организаций, защищать личность от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения ее прав и свобод. В.А. Лизунов делает вывод о том, что доследственная проверка — это регламентированная уголовно-процессуальным законом деятельность, в ходе которой компетентными должностными лицами подвергаются проверке сведения, содержащиеся в повеле к возбуждению уголовного дела, устанавливается первоначальная квалификация совершенного деяния, а также предпринимаются неотложные меры к быстрому раскрытию преступления⁴⁷.

Стадия доследственной проверки во многом определяет дальнейшие действия по имеющейся информации о совершенном или

⁴⁷ См.: Лизунов А.С. Понятие и уголовно-процессуальная форма производства доследственной проверки // Проблемы экономики и юридической практики. С. 80–83.

готовящемся преступлении. Вместе с тем стадия доследственной проверки, а также оперативной разработки не предоставляет практически никаких гарантий для предпринимателей как со стороны правоохранительных органов, так и органов контроля.

Кроме того, на данных стадиях восстановление прав предпринимателей, да и других лиц, путем судебного контроля фактически невозможно.

Однако, на стадии доследственной проверки, как и оперативной разработки, допускаются как нарушения уголовно-процессуального законодательства, так и неверное применение норм материального права.

Практически все составы преступлений, инкриминируемые предпринимателям, являются пограничными с гражданско-правовыми отношениями, что позволяет использовать уголовное преследование в качестве исключительного инструмента правового поля, о чем неоднократно высказывался Конституционный Суд Российской Федерации.

Вместе с тем уголовно-правовая оценка в большинстве случаев используется правоохранителями вопреки сложившейся гражданско-правовой практике и имеющимся судебным решениям, которые толкуются лишь в пользу уголовно-правовой ответственности без учета специфики рыночных отношений.

Постановление Пленума Верховного суда РФ от 10 февраля 2009 г. № 1 «О практике рассмотрения судами жалоб в порядке ст. 125 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» предусматривает обжалование в судебном порядке лишь постановления об отказе в возбуждении уголовного дела либо постановления о его возбуждении.

Вместе с тем, на наш взгляд, указанное противоречит основным конституционным правам, предусматривающим право на судебную защиту от неправомерных действий правоохранительных органов, т.к. данные стадии также предполагают соблюдение определенной процедуры проверки, включая ее продление, проведение дополнительных проверочных мероприятий, изъятие

предметов, их приобщение к материалам, а также возврат необоснованно изъятого имущества и пр.

Таким образом, в данной части законодательство фактически лишает предпринимателей их конституционного права на судебную защиту путем обжалования действий и решений на стадии доследственной проверки и оперативной разработки.

Указание на нарушения уголовно-процессуального законодательства при проведении доследственной проверки, после принятия процессуального решения об отказе в возбуждении уголовного дела в судах, как правило, относятся крайне формально, без учета фактической значимости для ведения бизнеса ограничений, связанных с проведением процессуальных проверок, и их негативное влияние на дальнейшее развитие коммерческих отношений.

Отдельное внимание хочется обратить на пробел в законодательстве в части права на ознакомление с материалами доследственной проверки, которое прямо не закреплено в законодательстве.

Вместе с тем ч. 2 ст. 24 Конституции Российской Федерации обязывает органы государственной власти и органы местного самоуправления, их должностных лиц обеспечить каждому возможность ознакомления с документами и материалами, непосредственно затрагивающими его права и свободы, если иное не предусмотрено законом. В силу непосредственного действия названной конституционной нормы любая затрагивающая права и свободы гражданина информация должна быть ему доступна, при условии, что законодателем не предусмотрен специальный правовой статус такой информации в соответствии с конституционными принципами, обосновывающий необходимость и соразмерность ее особой защиты.

Поскольку в соответствии со ст. 55 ч. 3 Конституции Российской Федерации ограничения права граждан на доступ к информации могут быть установлены только законом, а п. 12 ч. 4 ст. 47 и п. 7 ч. 1 ст. 53 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации не содержат каких-либо указаний на необходимость введения подобных ограничений в отношении обвиняемого и его

защитника, применение названных норм должно осуществляться в соответствии с приведенной выше правовой позицией.

Конституционным Судом Российской Федерации в своих решениях закреплено право сторон на ознакомление с материалами доследственной проверки после принятия решения об отказе в возбуждении уголовного дела.

Однако, право на ознакомление с материалами доследственной проверки после возбуждения уголовного дела повсеместно нарушается, хотя оба процессуальных решения являются завершением стадии доследственной проверки и должны быть представлены к ознакомлению процессуальным лицам, чьи права и интересы они фактически затрагивают.

Правоохранительные органы необоснованно относят материалы доследственных проверок после возбуждения уголовного дела к материалам уголовного дела и предоставляют к ознакомлению лишь по завершении расследования, что является грубейшим нарушением конституционных прав участников уголовного процесса, в том числе и предпринимателей, которые лишены возможности своевременно ознакомиться с предусмотренными законом поводами и основаниями для возбуждения уголовного дела и дать им оценку.

При обжаловании решения в порядке ст. 125 УПК РФ о возбуждении уголовного дела суд практически всегда принимает лишь те материалы, которые предоставляются органом расследования по своему усмотрению, что лишает возможности заинтересованных лиц ознакомления с материалами в полном объеме, и как следствие, нарушает принцип состязательности сторон, заведомо ставя орган предварительного расследования в особое положение, предоставляя ему право предъявить только те материалы, которые он посчитает нужным, что затрудняет оценку соблюдения требований законодательства на стадии возбуждения уголовного дела.

Не в полной мере судейское усмотрение используется с целью защиты прав участников уголовного процесса и на стадии возбуждения уголовного дела.

В соответствии с п. 16 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10 февраля 2009 г. № 1 «О практике рассмотрения судами жалоб в порядке статьи 125 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» при рассмотрении доводов жалобы на постановление о возбуждении уголовного дела судье следует проверять, соблюден ли порядок вынесения данного решения, обладало ли должностное лицо, принявшее соответствующее решение, необходимыми полномочиями, имеются ли поводы и основание к возбуждению уголовного дела, нет ли обстоятельств, исключающих производство по делу⁴⁸.

Порядок возбуждения уголовного дела предполагает, в том числе соблюдение процессуальных сроков, процедуры проведения процессуальной проверки и т.д.

Обстоятельствами, исключающими производство по уголовному делу, являются, в том числе отсутствие события либо состава преступления.

Конституция Российской Федерации гарантирует верховенство федеральных законов на всей ее территории. Права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими и определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием.

Однако, суды при рассмотрении жалоб в порядке ст. 125 УПК РФ на постановления о возбуждении уголовного дела не считают строгое исполнение уголовно-процессуального законодательства при принятии решения о возбуждении уголовного дела, т.е. законность привлечения лица к уголовной ответственности на ключевом этапе уголовного процесса, «ущербом конституционным правам гражданина».

Таким образом, суды, руководствуясь в том числе своим усмотрением, фактически наделяют следователей правом принимать

⁴⁸ См.: Сборник постановлений Пленумов Верховных Судов СССР, РСФСР и РФ по уголовным делам – 3-е изд. перераб. п доп. М.: Проспект, 2019. С. 555.

процессуальные решения вопреки фундаментальным положениям уголовно-процессуального законодательства, исключительно по собственному желанию, не обращая внимание на порядок, основания, сроки и другие значимые положения уголовно-процессуального законодательства, сам смысл которого настолько является для суда незначительным, что он признает его грубейшие нарушения не существенными, не влияющими на законность процессуального решения.

Суды в своих решениях очень часто необоснованно приходят к выводу, что для решения вопроса о возбуждении уголовного дела достаточно полномочий должностного лица и соблюдения установленной законом формы постановления без должного анализа его содержания.

При этом фактически игнорируя обязанность судебного контроля законности решений правоохранительных органов, в том числе с учетом обстоятельств, исключающих производство по уголовному делу.

Таким образом, в настоящее время судом применяется свое усмотрение исключительно в целях поддержания позиции следственных органов, возбудивших уголовное дело.

Указанная практика не основана на законе, т.к., исходя из вывода судов, уполномоченное должностное лицо вправе вынести постановление о возбуждении уголовного дела о любом преступлении по своему усмотрению без достаточных оснований, но с соблюдением формы постановления, а также при наличии заранее изготовленного рапорта об обнаружении признаков преступления и каких-либо иных материалов, не давая при этом оценки их содержанию.

Таким образом, суды фактически предоставляют право следователю собрать доказательства события либо преступления, в том числе при явном отсутствии его признаков, ссылаясь на исключительность полномочий следователя и невозможность пресечь незаконные действия мерами судебного контроля, ограничиваясь лишь формальным подходом к проверке доводов жалоб и прямым игнорированием установленных фактов.

Подобные действия в некоторых случаях вызывают обоснованные сомнения в необходимости уголовно-процессуального законодательства, если его соблюдение не является для государственных служащих — следователя и судьи обязательным.

Кроме того, рассматривая подобные жалобы суды в некоторых случаях ошибочно предполагают, что проверка достоверности первоначально установленных сведений и обоснованности выводов следственных органов о наличии признаков состава преступления — есть суть процесса предварительного расследования и судебного разбирательства при рассмотрении дела по существу, и прерогативой суда в рамках судебного рассмотрения жалобы в порядке ст. 125 УПК РФ не является.

Таким образом, на наш взгляд, суды ставят под сомнение необходимость подтверждения наличия события преступления на ключевой стадии уголовного процесса — решении вопроса о возбуждении уголовного дела, относя фундаментальный постулат уголовного преследования лишь к обстоятельствам, исключительно подлежащим выяснению в ходе сбора доказательств по уголовному делу.

В соответствии с ч. 2 ст. 46 Конституции РФ решения и действия (или бездействие) органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и должностных лиц могут быть обжалованы в суд.

Указанным положением Конституции РФ каждому гражданину гарантирован судебный контроль за законностью действий правоохранительных органов. Его применение позволяет оперативно выявить и устранить нарушения, ущемляющие права и свободы участников процесса и иных граждан, не дожидаясь принятия окончательного решения по уголовному делу.

В соответствии с ч. 1 ст. 299 УПК РФ при постановлении приговора суд в совещательной комнате разрешает в том числе доказано ли, что имело место деяние, в совершении которого обвиняется подсудимый. То есть предметом судебного разбирательства будет являться анализ доказательств, представленных стороной

обвинения, свидетельствующих о наличии события преступления.

Следовательно, предмет судебного разбирательства является более широким понятием, чем основания для возбуждения уголовного дела, т.к. предрешает вопросы не только наличия признаков события преступления, но и его доказанности. Таким образом, сложившая судебная практика рассмотрения жалоб в порядке ст. 125 УПК РФ на законность возбуждения уголовных дел не в полной мере отвечает законодательству, что также не позволяет должным образом судам руководствоваться собственным усмотрением при оценке подобных решений.

Так, согласно п. 2 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10 февраля 2009 г. № 1 «О практике рассмотрения судами жалоб в порядке статьи 125 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» судам разъяснено, что помимо постановлений дознавателя, следователя и руководителя следственного органа об отказе в возбуждении уголовного дела и о прекращении уголовного дела судебному обжалованию в соответствии с частью 1 статьи 125 УПК РФ подлежат иные решения и действия (бездействие) должностных лиц, принятые на досудебных стадиях уголовного судопроизводства, если они способны причинить ущерб конституционным правам и свободам участников уголовного судопроизводства или иных лиц, чьи права и законные интересы нарушены, либо могут затруднить доступ граждан к правосудию.

Вместе с тем при изменении сложившейся практики оценки судом допускаемых нарушений законодательства на всех стадиях уголовного процесса использование судейского усмотрения представляется одной из важнейших гарантий защиты прав его участников.

Одним из наиболее верных, на наш взгляд, определений судейского усмотрения является определение термина, данное О.А. Папковой. Судейское усмотрение — это деятельность суда по применению права, для которой характерно то, что она предусмо-

трена законодательными нормами, осуществляется в предусмотренной законом форме и заключается в мотивированном выборе одного из предоставленных законом вариантов решения⁴⁹.

Таким образом, судейское усмотрение в уголовном процессе является фактически выбором нормы права, который, исходя из принципа презумпции невиновности, должен защищать гарантированные Конституцией РФ права. То есть любое сомнение при альтернативной возможности применения норм права должно быть использовано в пользу обвиняемого лица.

Однако формирование судебной практики является достаточно длительным процессом, не позволяющим своевременно реагировать и пресекать допускаемые ошибки в правоприменении.

Крайне лояльное отношение судебных органов, в том числе и высших судов к нарушениям уголовно-процессуального законодательства на стадии доследственной проверки и предварительного расследования приводит к достаточно негативным последствиям в виде формирования у правоохранителей стойкого убеждения, что соблюдение уголовно-процессуального закона не является для них обязательным, и любое его нарушение при рассмотрении уголовного дела по существу будет расценено как не «столь существенное» и не влияющее на доказанность виновности привлекаемого лица.

На стадии предварительного следствия сложно переоценить роль суда и возможности усмотрения суда в установленных законодательством пределах при оценке достаточности представленных следствием доказательств при избрании меры пресечения. Не случайно законодатель ограничил применение меры пресечения в виде заключения под стражу для предпринимателей в ч. 1.1 ст. 108 УПК РФ в связи с вменением лицу экономического состава. Такое ограничение связано не с тем, чтобы выделить предпринимателей в привилегированную категорию. Часть 1.1 ст. 108 УПК РФ была введена Федеральным законом № 383-ФЗ от 29.12.2009. Введение

⁴⁹ См.: Папкова О.А. Усмотрение суда. М.: Статут, 2005. С. 39.

такой гарантии вызвало неоднозначную реакцию в научной среде. В частности, высказывались мнения о том, что новой нормой был нарушен конституционный принцип равенства всех граждан перед законом и судом, а изъятие из общего процессуального порядка противоречат справедливости и увеличивают социальные различия.

Но на этот вопрос можно посмотреть и под иным углом. По данным, приведенным Уполномоченным по защите прав предпринимателей при Президенте РФ, предприниматель, помещенный в СИЗО, в большинстве случаев теряет бизнес, который в скором времени оказывается на стадии банкротства, что представляет собой еще более серьезную проблему, т.к. в таком случае работы лишаются сотрудники компании. Кроме этого, очевидно, что большинство предпринимателей, обвиняемых по экономическим составам, перечисленным в ч. 1.1 ст. 108 УПК РФ, не всегда осознают, что нарушают уголовное законодательство, либо может не идти речь об уголовно-правовой сфере в силу того, что большая часть составов погранична с гражданско-правовыми отношениями. Разграничение гражданско-правовых отношений в связи с неисполнением обязательств и уголовно-наказуемого деяния в связи с совершенным хищением происходит именно по субъективной стороне, т.е. наличию умысла. Так, следователи не устанавливают должным образом субъективную сторону предполагаемого преступления, наличие умысла, а при вменении суммы хищения не учитывают объемы надлежащего выполненных работ, оказанных услуг или поставленных товаров⁵⁰.

Но приходится констатировать достаточно нечастое на практике применение гарантии заключения под стражу предпринимателей только в исключительных случаях, несмотря на введение ограничения ч. 1.1 ст. 108 УПК РФ, когда речь идет об избрании меры

⁵⁰ См.: Авдеева Е.В., Данилов-Данильян А.В., Лебедева А.А. Проблемы отнесения хищений денежных средств при исполнении государственного контракта к преступлениям в сфере предпринимательской деятельности // Журнал российского права. 2020. № 3. С. 85.

пресечения в связи с вменением тех статей, где есть оговорка на совершение их в сфере предпринимательской деятельности. Вот именно при принятии решения и оценке представленных следствием доказательств ключевую роль, очевидно, играет судейское усмотрение. Несмотря на разъяснения, которые были даны в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 19 декабря 2013 г. № 41 «О практике применения судами законодательства о мерах пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста и залога» ситуация не была решена. Судьи не требовали от следствия надлежащих доказательств, подтверждающих факт совершения деяния не в сфере предпринимательской деятельности. С учетом того, что судам давалось общее указание в Постановлении Пленума ВС РФ № 41, по сути, дублирующее ч. 1.1 ст. 108 УПК РФ, и не было понятно кто должен доказывать совершение содеянного в сфере предпринимательской или не в сфере предпринимательской деятельности, на практике все бремя доказывания того, что деяние совершено именно в сфере предпринимательской деятельности ложилось на защиту, следствие могло ограничиться голословным утверждением. При вынесении постановления об удовлетворении ходатайства следователя суд нередко также сугубо формально подходил к вопросу и принимал голословное утверждение следователя, не ставя под сомнение заявленное в ходатайстве и действуя согласно сложившейся практики, не выяснял сферу совершенного деяния. Так, в реальных постановлениях об удовлетворении ходатайства следователя об избрании меры пресечения можно было встретить такие фразы, указывающие на взгляд суда на сферу совершения деяния, как «инкриминируемое лицу деяние не совершено в сфере предпринимательской деятельности, поскольку, как усматривается из представленных материалов, деятельность не отвечала положениям ст. 2 ГК РФ» или с добавлением фразы **«по смыслу действующего законодательства предпринимательская деятельность не может осуществляться в целях незаконного обращения чужого имущества путем обмана в свою пользу, то есть в корыстных целях»**, что делает вообще невозмож-

ным применение каких-либо процессуальных гарантий по ст. 159, 160 УК РФ, предусмотренных законодателем, т.к. очевидно, что в случае, если в действиях обвиняемого нет состава хищения, то не может быть речи об уголовном процессе с обвинением по ст. 159, 160 УК РФ.

Настоящим прорывом, на наш взгляд, стало внесение изменений 11 июня 2020 года в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 19 декабря 2013 г. № 41 «О практике применения судами законодательства о мерах пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста и залога». Согласно новой редакции по каждому поступившему ходатайству следователя, дознавателя о применении меры пресечения в виде заключения под стражу в отношении подозреваемого или обвиняемого в совершении преступлений, предусмотренных частями 1–4 статьи 159, статьями 159.1–159.3, 159.5, 159.6, 160, 165 и 201 УК РФ, являющегося индивидуальным предпринимателем или членом органа управления коммерческой организации, следует проверять, приведены ли в постановлении о возбуждении ходатайства и содержатся ли в приложенных к постановлению материалах конкретные сведения, подтверждающие вывод о том, что инкриминируемое ему преступление совершено не в связи с осуществлением им предпринимательской деятельности и (или) управлением принадлежащим ему имуществом, используемым в целях предпринимательской деятельности, либо не в связи с осуществлением им полномочий по управлению этой организацией или не в связи с осуществлением коммерческой организацией предпринимательской или иной экономической деятельности. При отсутствии указанных сведений такое ходатайство удовлетворению не подлежит.

Таким образом, судебными органами уже оценена значимость возникающих сложностей в правоприменении гарантий субъектов предпринимательской деятельности, что и послужило основанием для изменения редакции указанного постановления. Вместе с тем проблема игнорирования гарантий, предоставленных субъектам предпринимательской деятельности в уголовном процессе,

начинается значительно раньше рассмотрения ходатайства о мере пресечения.

Данная проблема могла бы быть решена незначительным изменением законодательства, а также наиболее смелым использованием судами своего усмотрения при оценке предоставляемых следователями материалов для решения вопроса об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу.

Стадия предварительного расследования достаточно подробно регламентирована определенными процедурами проведения следственных и процессуальных действий. Однако нарушения уголовно-процессуального законодательства настолько прочно вошли в деятельность правоохранительных органов, что судами воспринимается их допущение, как что-то незначительное и обыденное.

Так, помимо меры пресечения еще одним распространенным поводом для жалоб предпринимателей на нарушение их прав, законных интересов и гарантий при проведении предварительного следствия является изъятие при обыске или обследовании предметов, электронных носителей, документов, очевидно не имеющих отношения к проводимому расследованию, но необходимых для продолжения ведения предпринимательской деятельности. Оказывается, не работающей нормой ч. 4 ст. 164 УПК РФ, которой указывается на недопустимость применения мер, способных привести к приостановлению законной деятельности юридических лиц или индивидуальных предпринимателей, в т.ч. изъятие электронных носителей информации, требования ст. 164.1 УПК РФ не применяются. Статья 81.1 УПК РФ, которой предусмотрены логичные и разумные сроки для признания вещественными доказательствами предметов и документов, к сожалению, не применяется, т.к. деяния не признаются совершенными в сфере предпринимательской деятельности. Такое положение вещей приводит к очень долгому состоянию правовой неопределенности касательно изъятых имущества, находящегося без процессуального статуса. При этом в данном случае в связи с отсутствием процессуального решения заинтересованное лицо не может даже передать этот

вопрос на разрешение суда, который может усмотреть имеющее место нарушение.

Также в ходе проведения расследования следствие нередко выносит постановление об отказе в удовлетворении ходатайства защиты о проведении экспертизы, о проведении дополнительных следственных действий, в том числе, например, об изъятии документов, проведении очных ставок и т.д. По сути, таким образом нарушается право на защиту, но суд в данном случае не участвует в процессе, т.к. такие постановления не подлежат обжалованию в порядке ст. 125 УПК РФ, а потому невозможно рассчитывать здесь на судейское усмотрение.

На стадии предварительного следствия большое значение усмотрению суда отводится не только при избрании меры пресечения в виде заключения под стражу, но и при наложении ареста на все имущество и счета обвиняемого предпринимателя, а также на имущество и счета третьих лиц в порядке ст. 115 УПК РФ. При решении вопроса в соответствии со ст. 115 УПК РФ о наложении ареста на имущество суд должен указать на конкретные, фактические обстоятельства, на основании которых он принял такое решение, а также установить ограничения, связанные с владением, пользованием, распоряжением арестованным имуществом, что в связи с отсутствием четких критериев оснований наложения ареста особенно на имущество третьих лиц оставляет большое поле для судейского усмотрения. Практика показывает, что очень часто это важная мера и есть большая необходимость в ее применении, но далеко не всегда надлежащим образом устанавливается связь между совершенным преступлением и имуществом третьих лиц, а здесь уже может пострадать предприниматель-контрагент недобросовестного предпринимателя.

Так, недостаточно объективно судами дается оценка продлению сроков предварительного расследования, вопреки решениям высших судов.

В соответствии с Определением Конституционного суда Российской Федерации от 2 июля 2015 г. № 1541-О по конституцион-

но-правовому смыслу части шестой статьи 162 УПК Российской Федерации, предусмотренный ею порядок продления срока предварительного следствия:

- может применяться лишь в качестве исключения из общего порядка продления срока предварительного следствия;
- не предполагает злоупотребление правом на его использование;
- направлен на обеспечение принципов законности и разумного срока уголовного судопроизводства путем устранения выявленных нарушений и препятствий к дальнейшему движению уголовного дела, принятия мер, направленных на ускорение предварительного расследования в случаях его незаконного, необоснованного приостановления или прекращения;
- должен отвечать требованиям законности, обоснованности, достаточности и эффективности действий руководителя следственного органа, следователя, которые могут быть проверены в рамках судебного и ведомственного контроля, прокурорского надзора и должны быть учтены при приговоре компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок в соответствии с Федеральным законом от 30 апреля 2010 года № 68-ФЗ «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок» и статьей 6.1 УПК Российской Федерации⁵¹.

Иное истолкование оспариваемого законоположения, не имея конституционного основания, означало бы неисполнение требований Конституции Российской Федерации и Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации».

Несмотря на закрепленные нормы и подходы к оценке данного вопроса, судами очень часто игнорируются откровенные факты волокиты и неэффективного расследования, неоднократные ука-

⁵¹ URL: www.legalacts.ru

зания на необходимость выполнения одних и тех же следственных действий, несвоевременность назначения и проведения судебных экспертиз и проч.

Вместе с тем по смыслу закона при признании незаконным постановления о продлении сроков предварительного расследования доказательств, добытые в этот период не могут считаться допустимыми.

Игнорируются также и другие нарушения — невручение копий процессуальных документов, отказ в проведении следственных действий, влияющих на предмет доказывания, в том числе не проведении экспертных исследований, нарушение процедуры запросов документов, приобщения вещественных доказательств к материалам уголовного дела, нарушение процедуры вызова на допросы, привлечения понятых, предоставление материалов уголовного дела к ознакомлению и многие другие.

Однако данные нарушения становятся известны суду лишь при рассмотрении уголовного дела по существу, поскольку сложившаяся судебная практика предусматривает возможность судебного контроля лишь избранных действий следственных органов.

Завершение стадии предварительного расследования нередко сопряжено с тем, что срок избрания меры пресечения обвиняемому согласно ст. 109 УПК РФ достигает предельного значения и следствием ставится перед судом вопрос о продлении меры пресечения. Здесь, возвращаясь к мере пресечения, хотелось бы обратить внимание на то, что при выполнении требований ст. 217 УПК РФ предварительное следствие считается окончанным, а потому отпадает основание содержания лица под стражей или под домашним арестом, если мера обусловлена возможностью обвиняемого повлиять на ход предварительного следствия. Пределы усмотрения для суда здесь не ограничены действующими нормами УПК, а потому суд исходя из оценки представленных доказательств на основании внутреннего убеждения может изменить меру пресечения. В соответствии с ч. 6 ст. 109 УПК РФ если после окончания предварительного следствия материалы уголовного дела были

предъявлены обвиняемому и его защитнику позднее чем за 30 суток до окончания предельного срока содержания под стражей, то по его истечении обвиняемый подлежит немедленному освобождению. Также основания для отмены указаны в ч. 7 ст. 109 УПК РФ. Вместе с тем эти основания применяются редко, т.к. относятся к формальному соблюдению сроков, которые следствие старается не нарушать. В то же время мы на практике видим, что нередко объявление об окончании предварительного следствия является формальным действием для того, чтобы не допустить изменение меры пресечения при абсолютной незавершенности следствия, что остается без надлежащей оценки судом.

На наш взгляд, суды при рассмотрении ходатайств о продлении избранной меры пресечения в процессе ознакомления с материалами уголовного дела и выполнения требований ст. 217 УПК РФ должны более эффективно использовать судейское усмотрение, поскольку уголовно-процессуальное законодательство не содержит каких-либо ограничений на данном этапе. В частности, суды могли бы при рассмотрении таких ходатайств учитывать также, например, отсутствие надлежаще сформированных материалов уголовного дела, которые предъявляются во временных накопителях на стадии ознакомления, или отказ следствия в предоставлении следующих томов материалов дела и т.п.

Также на этапе выполнения требований ст. 217 УПК РФ имеет ключевое значение, что от усмотрения судьи зависит и ограничение в сроках ознакомления с материалами уголовного дела обвиняемого и его защитников. Важно, чтобы изложенное выше в полной мере учитывалось при вынесении такого постановления, что сегодня происходит далеко не всегда, поскольку признание факта злоупотребления правом обвиняемым и защитой судом признается по бездоказательственному утверждению следователя, без учета не соблюдения требований закона самим следователем. Так, проанализировав пределы судейского усмотрения и возможности через призму этого усмотрения устранять нарушения, мы видим, что судам фактически предоставлено право толкования по свое-

му усмотрению какие действия органов расследования способны причинить ущерб конституционным правам и свободам участников уголовного процесса, а какие нет.

К сожалению, во многих случаях суды используют свое усмотрение в данной сфере не в пользу участников уголовного судопроизводства и безмотивно приходят к выводу об отсутствии какого-либо ущерба конституционным правам привлекаемого к уголовной ответственности лица.

Вместе с тем Конституция Российской Федерации предоставляет каждому равные права на судебную защиту его прав и возмещение вреда, причиненного незаконными действиями органов власти и их должностных лиц.

Согласно ч. 2 ст. 2 УПК РФ порядок уголовного судопроизводства, установленный УПК РФ, является обязательным для судов, органов прокуратуры, органов предварительного следствия и органов дознания, а также иных участников уголовного судопроизводства.

То есть нарушения при производстве предварительного расследования должностным лицом требований нарушают права участников процесса, в том числе ч. 2 ст. 50 Конституции РФ, что является основанием для обращения за защитой своих нарушенных прав в судебную инстанцию, что также гарантировано Конституцией РФ.

Таким образом, именно формальный подход к оценке нарушений на стадии предварительного следствия и нарушений в деятельности следователей при осуществлении предварительного следствия значительным образом подрывает авторитет судебной власти, сказывается на оценке беспристрастности и объективности суда.

Совсем иной аспект приобретает судейское усмотрение при поступлении уголовного дела в суд для рассмотрения по существу.

В части 1 ст. 252 УПК РФ указано, что судебное разбирательство проводится только в отношении обвиняемого и лишь по

предъявленному ему обвинению. В соответствии с требованиями законодательства в обвинении должны быть указаны место и время совершения преступления, его способы, мотивы, цели, последствия и другие обстоятельства, имеющие значение для данного уголовного дела.

Согласно постановлению Конституционного Суда Российской Федерации от 14.02.2000 № 2 «По делу о проверке конституционности положений частей третьей, четвертой и пятой ст. 377 УПК РСФСР в связи с жалобами граждан Аулова А.Б., Дубровской А.Б., Карпиченко А.Я., Меркулова А.И., Мустафина Р.Р. и Стубайло А.А.» право на судебную защиту предполагает наличие гарантий, которые позволяли бы реализовать его в полном объеме и обеспечить эффективное восстановление в правах посредством правосудия, отвечающего требованиям справедливости. Одной из таких гарантий применительно к уголовному процессу является судопроизводство на основе состязательности и равноправия сторон.

Принципы состязательности и равноправия сторон распространяются на все стадии уголовного судопроизводства.

Таким образом, состязательность сторон является одним из основополагающих принципов рассмотрения уголовных дел.

Вместе с тем состязательность в уголовном процессе можно считать условной, поскольку на стадии предварительного расследования орган расследования обладает более широкими инструментами для сбора доказательственной базы, направления запросов, поручений, допроса свидетелей, проведения экспертных исследований и пр., чего защитник фактически лишен. Кроме того, процессуальная самостоятельность следователя позволяет без должной мотивации отказывать в ходатайствах защите о проведении значимых следственных мероприятий, что практически в каждом случае будет поддержано руководителем следственного органа и прокурором. Судейское усмотрение также в большинстве случаев используется в интересах обвинения и органа предварительного расследования, что также влияет на законодатель-

но обоснованную состязательность сторон при исследовании и оценке доказательств виновности.

Нередко допущенные нарушения препятствуют рассмотрению дела судом, и суд может принять решение о возвращении уголовного дела прокурору по основаниям, предусмотренным ст. 237 УПК РФ, причем как по ходатайству сторон, так и по собственной инициативе. Трудно переоценить на данной стадии роль судейского усмотрения, т.к. именно указания на допущенные ошибки в постановлении, указанные в постановлении о возвращении уголовного дела прокурору, являются основанием для проведения дополнительных следственных действий, которые нередко могут кардинально повлиять как на квалификацию содеянного обвиняемым, так и на обоснованность уголовного преследования в целом.

Отдельно следует сказать об особом порядке уголовного производства — рассмотрении уголовных дел без исследования доказательств.

Особый порядок уголовного судопроизводства представляет собой упрощенную форму судебного разбирательства, предназначенную для рассмотрения уголовных дел, в которых нет спора относительно содержания и объема обвинения, так как обвиняемый заявляет о своей согласии с обвинением. По своей сути такие процессуальные отношения являются договорными⁵².

Многолетний анализ рассмотрения уголовных дел в особом порядке, на наш взгляд, имеет негативные последствия для правоохранительной системы в целом.

Ориентация следователя на преимущественное рассмотрение уголовного дела в особом порядке фактически способствует утрате органами расследования функций качественного сбора доказательств, поскольку изначально со стадии возбуждения уголовно-

⁵² Хромова Н.М. Особый порядок процессуального разбирательства как процессуальный договор // Журнал российского права. 2013. № 6 (198). С. 107–115.

го дела, делается упор на признании привлекаемым лицом своей вины без учета фактических обстоятельств.

При очевидных признаках уголовного деяния общеуголовной направленности недооценивать целесообразность признания вины безусловно не следует.

Однако даже в этих случаях закон обязывает следователя к исполнению уголовно-процессуального законодательства по сбору доказательственной базы.

В контексте уголовно-правового поля экономических составов признание вины фактически освобождает следователя от необходимости доказывания одного из важных элементов преступления — субъективной стороны преступления, что имеет ключевое значение в подавляющем количестве преступлений в экономической сфере.

Используя убеждение и обещание самого минимального наказания, правоохранительные органы фактически вводят в заблуждение привлекаемых лиц относительно уголовно-правовых последствий в случае непризнания вины, тем самым возводя «царицу доказательств» в цель предварительного расследования.

Судами, вследствие высокой загруженности, не всегда должным образом используется свое усмотрение в целях объективности по делу, минимизируя трудовые затраты путем вынесения приговоров в особом порядке.

На стадии судебного следствия пределы судейского усмотрения имеют большое значение, т.к. именно судья направляет судебный процесс, принимая решения по многим вопросам, возникающим в процессе судебного следствия, руководствуясь своим усмотрением в границах, установленных законодательством. Таким образом, проблема судебного усмотрения при применении уголовно-правовых норм в процессе судебного следствия сводится к поиску оптимального соотношения связи правоприменителя рамками закона со свободой оценки и выбора мер уголовно-правового характера. Пути решения, которые ограничат правоприменителя, это: сокращение широты диапа-

зона санкций; законодательное закрепление сферы применения ст. 64 УК РФ; снижение судебного усмотрения при назначении условного осуждения. По мнению ученых, под судебским убеждением следует понимать умение судьи выбирать из двух и более альтернатив при условии их законности, что предполагает взвешенное, обдуманное решение, принятое путем тщательного изучения материалов уголовного дела и проверок, проявляющееся в достаточно критическом отношении судьи к предоставленным фактам и профессионализме в области знания и применения правовой нормы. Для носителя судебной власти необходимо использовать свое усмотрение здраво, разумно, справедливо и мотивированно⁵³.

В соответствии со ст. 15 УПК РФ для реализации состязательности сторон суд не является органом уголовного преследования, не выступает на стороне обвинения или стороне защиты. При этом указано на то, что суд создает необходимые условия для исполнения сторонами их процессуальных обязанностей и осуществления предоставленных им прав. Поэтому говоря о принятии решений в уголовном процессе судом в пределах допустимого усмотрения, необходимо учитывать, что такое усмотрение ограничено необходимостью обеспечить равные права на предоставление доказательств и критичности их оценке судом со стороны обвинения и защиты.

Судейское усмотрение имеет место и при назначении наказания, т.к. все санкции статей особенной части УК РФ имеют альтернативные виды наказания и вариативность границ нижнего и верхнего предела в рамках одного вида наказания. Так, законодатель определяет в санкции верхние границы назначения наказания, а иногда и нижние, а суд определяет, когда и в каких пределах он может назначить тому или иному лицу наказание: назначать это наказание по минимальному или максимальному пределу, применять или не применять наказание условно, назначать ниже низшего предела или нет и т.д.

⁵³ Вестник ВГУ. Серия: Право. 2016. № 1. С. 219.

Говоря о судейском усмотрении на стадии вынесения приговора, следует вспомнить печальную статистику оправдательных приговоров, которых по данным Интерфакс за 2019 год было менее 1%. Но оправдательный приговор является не единственным способом восстановления справедливости в случае допущенных нарушений в отношении обвиняемого, суды могут не только принимать решение о возвращении уголовного дела прокурору, но и прекращать уголовные дела в порядке ст. 254 УПК РФ.

Анализ роли судейского усмотрения для устранения допущенных нарушений по стадиям уголовного процесса позволил одновременно проанализировать процессуальные нарушения. Но помимо процессуальных нарушений предприниматели сталкиваются с нарушениями, связанными с квалификацией содеянного. К таким нарушениям следует в первую очередь отнести квалификацию содеянного по общим статьям, несмотря на очевидную необходимость применения специальных составов. Так, наиболее часто встречающимся нарушением норм материального права, которые автоматически влекут целый ряд нарушений норм процессуального права, является квалификация по ч. 4 ст. 159 УК РФ, несмотря на то, что речь идет о возможном мошенничестве, но точно в связи с неисполнением договорных обязательств. Или, например, квалификация возмещения НДС с установленным следствием нарушениями опять же по общеуголовной ч. 3 или 4 ст. 159 УК РФ, несмотря на отсутствие хищения. И в том, и другом случае необходимо обратиться к дефинициям и позиции Верховного и Конституционного судов, установив, что есть не только мошенничество, но и само хищение.

Следует учитывать, что ст. 159 УК Российской Федерации определяет мошенничество как хищение чужого имущества или приобретение права на чужое имущество путем обмана или злоупотребления доверием. При этом под хищением, согласно пункту 1 примечаний к статье 158 УК Российской Федерации, в статьях данного Кодекса понимаются совершенные с корыстной целью противоправные безвозмездное изъятие и (или) обращение чужо-

го имущества в пользу виновного или других лиц, причинившие ущерб собственнику или иному владельцу этого имущества. Нет оснований полагать, что указанные нормы содержат неопределенность в части признаков преступления (определения Конституционного Суда Российской Федерации от 16 апреля 2009 года № 422-О-О, от 17 июня 2013 года № 1021-О, от 20 марта 2014 года № 588-О, от 23 декабря 2014 года № 2859-О и др.). Закрепленные в этих нормах общие признаки мошенничества и предусмотренные в ч. 2–4 ст. 159 УК Российской Федерации квалифицирующие его признаки подлежат установлению во взаимосвязи с положениями Общей части данного Кодекса, в том числе определяющими принцип и формы вины, основание уголовной ответственности (статьи 5, 8, 24 и 25) (определения Конституционного Суда Российской Федерации от 26 января 2017 года № 78-О, от 19 декабря 2017 года № 2861-О и от 27 марта 2018 года № 834-О).

Кроме того, согласно определению Конституционного Суда РФ от 27.03.2018 № 834-О привлечение же к уголовной ответственности за мошенничество, совершенное под прикрытием правомерной гражданско-правовой сделки, возможно лишь в случае, если будет доказано, что, заключая такую сделку, лицо действовало умышленно, преследуя цель хищения имущества или приобретения права на него. Указанная позиция Конституционного Суда закреплена в его многочисленных решениях (Постановление от 11 декабря 2014 года № 32-П; определения от 29 января 2009 года № 61-О-О, от 2 июля 2009 года № 1037-О-О, от 29 мая 2012 года № 1049-О, от 21 мая 2015 года № 1175-О, от 20 декабря 2016 года № 2774-О и др.)⁵⁴. При этом, когда мы говорим о мошенничестве, сопряженном с преднамеренным неисполнением договорных обязательств в сфере предпринимательской деятельности, если это деяние повлекло причинение значительного ущерба в крупном или особо крупном размерах, основным объектом преступления, как нам представляется, являются отношения в сфере

⁵⁴ URL: www.legalacts.ru

предпринимательской деятельности (хотя данное преступление расположено в системе преступлений против собственности), а дополнительным — собственность как базы для ведения предпринимательской (экономической) деятельности.

Таким образом, если основной состав мошенничества применяется в сфере права собственности и других вещных прав (Вещное право), то мошенничество, сопряженное с преднамеренным неисполнением договорных обязательств в сфере предпринимательской деятельности, посягает на обязательственные отношения (Обязательственное право)⁵⁵, субъектами которых выступают в том числе лица, ведущие предпринимательскую деятельность.

Далеко не всегда при вменении лицу хищения следствие надлежало бы устанавливать сам факт обращения имущества или право на чужое имущество, ограничиваясь указанием на факт поступления денежных средств на счет юридического лица.

Несмотря на то что Президентом РФ был внесен в конце прошлого года проект Федерального закона № 871811-1, который вступил в законную силу 01 апреля 2020 года и был направлен в том числе на изменение ситуации с дополнительным необоснованным вменением предпринимателям ст. 210 УК РФ, до сегодняшнего дня имеют место вмененные ст. 210 УК РФ. Мы сталкиваемся с тем, что по сей день предпринимаются попытки направить дело в суд или рассматриваются в суде уголовные дела в отношении предпринимателей с дополнительно вмененными особо тяжкими составами, предусмотренными ст. 210 УК РФ при полной безосновательности такого вменения и даже при отсутствии установленных членов преступного сообщества и доказательств их участия в преступном деянии.

⁵⁵ См.: *Потапов О.Ю.* Уголовно-правовая ответственность в обязательственном праве. В сборнике: Актуальные проблемы обязательственного права и арбитражного процесса. Сборник научных статей (Ежегодник). Пермь, 2017. С. 132–136.

Чаще такое вменение до принятия закона происходило по причине почти полной идентичности признаков преступного сообщества, которые указаны в ст. 35 УК РФ, и признаков органично присущих коммерческой компании. Так, единое руководство корреспондируется с единоличным исполнительным органом, которым выступает генеральный директор; организованность и структурированность также характерны для коммерческой организации; финансовая или материальная выгода корреспондируется с преследованием **извлечения прибыли** в качестве основной **цели деятельности коммерческой организации**, что прямо указано в ст. 50 ГК РФ и в Уставе. Несмотря на то что по вопросам применения ст. 210 УК РФ есть разъяснение Пленума Верховного Суда РФ от 10 июня 2010 г. № 12 «О судебной практике рассмотрения уголовных дел об организации преступного сообщества (преступной организации) или участия в нем (ней)», где акцентировано внимание правоприменителей на то, что уголовная ответственность по ст. 210 УК РФ наступает в случаях, когда руководители (организаторы) и участники преступного сообщества (организации) объединены умыслом на совершение тяжких и (или) особо тяжких преступлений при осознании ими общих целей функционирования такого сообщества (организации) и своей принадлежности к нему (ней). Но практика последних лет свидетельствует о том, что правоприменители часто трактуют обычную хозяйственную деятельность компании как прикрытие совершения тяжких преступлений, к которым в том числе относится и наиболее «популярное» мошенничество (ч. 3, 4 ст. 159 УК РФ). Тогда коммерческая организация предстает как преступное сообщество.

Дополнительное вменение ст. 210 УК РФ создает невозможность в соответствии с законодательством применения тех гарантий, которые законодателем предусмотрены. Так, предпринимателю практически всегда при дополнительном вменении ст. 210 УК РФ избирается мера пресечения в виде заключения под стражу, т.к. гарантия ч. 1.1 ст. 108 УПК РФ не распространяет свое

действие на ст. 210 УК РФ, он не может рассчитывать на неограниченное посещение нотариуса в случае, если мера пресечения в виде заключения под стражу все же избрана, предприниматель не может быть освобожден от уголовной ответственности в связи с возмещением ущерба, что возможно по многим экономическим составам в соответствии со ст. 76.1 УК РФ и др.

Конечно же дополнительное вменение ст. 210 УК РФ для предпринимателей редко имеет под собой реальные основания и большей частью сопряжено с тем, что под давлением, которое создает для сотрудников, руководителей, собственников для следствия облегчается процесс доказывания. Угроза для сотрудников быть обвиняемыми лишь за то, что они исполняли трудовые обязанности, по тяжкой статье с лишением свободы от 7 до 10 лет, что предусмотрено санкцией ч. 2 ст. 210 УК РФ, создает предпосылки для того, чтобы они давали показания, которые хочет слышать следствие. Сами же руководители организаций готовы избаловать бенефициаров для снижения перспектив больших сроков лишения свободы для себя. Ну а бенефициарам ничего не остается, кроме как идти в особый порядок. Давление оказывается через риск больших санкций, почти 100% гарантией помещения в СИЗО предпринимателей и арестом имущества, что в совокупности в конечном итоге нередко приводит к банкротству, разрушая не только бизнес, но и лишая сотрудников рабочих мест, а бюджет — поступления налоговых отчислений.

Помимо указанных выше нарушений, которые могут быть устранены в том числе и судьей, имеют место и квалификация содеянного с противоречием правовой природы преступления есть проблемы квалификации, которые могут быть устранены только после внесения изменений в законодательство. Так, например, судейское усмотрение без изменения законодательства не сможет решить проблему вменения общих частей ст. 159 УК РФ, когда речь идет о мошенничествах в сфере госконтрактов. И если мы говорим о государственном или коммерческом контракте, то можем утверждать, что все же в большей части неисполнение посягает на

обязательственные отношения, из чего вытекает необходимость квалифицировать неисполнение госконтракта, как неисполнение договорных обязательств. Но является ли исполнение госконтракта разновидностью предпринимательской деятельности? Наш ответ — безусловно является⁵⁶. Действительно, госконтракт обладает всеми признаками предпринимательской деятельности, а сам контракт представляет собой договор, поэтому в случае внесения соответствующих изменений в примечание к ст. 159 УК РФ позволит решить вопрос с квалификацией, хотя вероятнее всего останутся существующие нарушения при квалификации, но после внесения изменений вопрос может быть поставлен на судебское усмотрение.

Подводя итоги анализа практики привлечения к уголовной ответственности субъектов предпринимательской деятельности, а также допускаемых нарушений норм материального и процессуального права при этом, можно сделать вывод о необходимости изменения подхода к оценке качества предварительного расследования.

Наиболее глубокое и смелое применение судебское усмотрение при рассмотрении уголовных дел данной категории на стадии судебного рассмотрения по существу, а также в ходе судебного контроля законности при производстве предварительного расследования коренным образом может изменить подход органов расследования к качеству своей работы.

Сложившаяся в настоящее время практика применения судебного усмотрения более способствует поиску альтернативных возможностей вынесения обвинительных приговоров, чем установлению истины по делу. Формальный подход к оценке доводов, свидетельствующих в пользу привлекаемого к уголовной ответственности лица, зачастую приводит к неверной квалификации либо к необоснованному осуждению в целом.

⁵⁶ См.: *Авдеева Е.В., Данилов-Данильян А.В., Лебедева А.А.* Проблемы отнесения хищений денежных средств при исполнении государственного контракта к преступлениям в сфере предпринимательской деятельности // Журнал российского права. 2020. № 3. С. 89.

На наш взгляд, судейское усмотрение сходно по своей природе с процессуальной самостоятельностью следователя, при этом основная функция органа расследования — установление всех обстоятельств дела объективно, на практике приводит к комплексу действий по направлению уголовного дела в суд любым способом.

При этом сторона защиты лишена возможности проверить и оценить все добытые следствием доказательства, поскольку ложно понятая процессуальная самостоятельность следователя вполне может привести к сокрытию данных, свидетельствующих в пользу обвиняемого, что практически невозможно установить ввиду отсутствия прозрачности в действиях следственного органа. На стадии судебного рассмотрения защита располагает большими возможностями в связи с предполагаемой поддержкой суда во исполнение принципа состязательности сторон.

Вместе с тем, несмотря на десятилетия измененного подхода к функциям суда от обязанностей исследования материалов по собственной инициативе к независимости в оценке предоставляемых сторонами доказательств, судебная система отдает преимущественное право доверия органам обвинения и следствия, называя это внутренним убеждением или судейским усмотрением в зависимости от ситуации. При этом оценка допущенным нарушениям на стадии расследования уголовного дела дается недостаточно мотивированно и обоснованно.

Таким образом, наиболее эффективное использование судейского усмотрения возможно в разрезе соблюдения требований уголовного и уголовно-процессуального законодательства, а также неукоснительного исполнения конституционных прав участников уголовного процесса, в том числе презумпции невиновности. Именно в этом случае судейское усмотрение помимо всех изложенных выше целей будет способствовать и укреплению доверия к правоохранительной и судебной системам, что является залогом благоприятного делового климата, а, следовательно, и экономического развития.

Судейское усмотрение как инструмент соблюдения баланса интересов сторон договора страхования

В договоре страхования стороны ставят зависимость его исполнения от некоего внешнего гипотетического обстоятельства (наступления страхового случая). При всем желании описать в словесной формуле все варианты развития возможных негативных рисков, влияющих на интересы страхователя, невозможно. Слишком общее описание потенциального страхового случая фактически приведет к невозможности оценки риска наступления негативных событий, а слишком узкое и точное описание риска настолько ограничит возможность применения страхования, что приведет к потере интереса страхователя в заключении договора. Поэтому, формулируя условия о страховом случае в договоре, чрезвычайно важно соблюсти баланс словесной формулы, не прибегая ни к излишне детерминированному описанию, ни к обобщенным определениям.

Такой вынужденный подход к описанию внешних гипотетических обстоятельств приводит к ситуации, когда удовлетворение стороны при исполнении договора страхования в значительной степени зависит от того, как стороны интерпретируют понятие страхового случая и соотносят его с произошедшими фактическими обстоятельствами.

Как правило, около 95% событий достаточно просто интерпретировать в соответствии с условиями договора страхования. Однако оставшиеся 5% неизбежно вызывают споры и разногласия сторон в отношении толкований условий страхования.

Несомненно, описание условий страхования, направленное на гипотетические внешние обстоятельства, и попытка сторон исказить толкование этих условий в свою пользу повлекло возникновение значительного числа гражданских судебных споров и обеспечило 1,2–1,8% всех судебных дел в 2010–2011 годах⁵⁷.

⁵⁷ См. график 1.

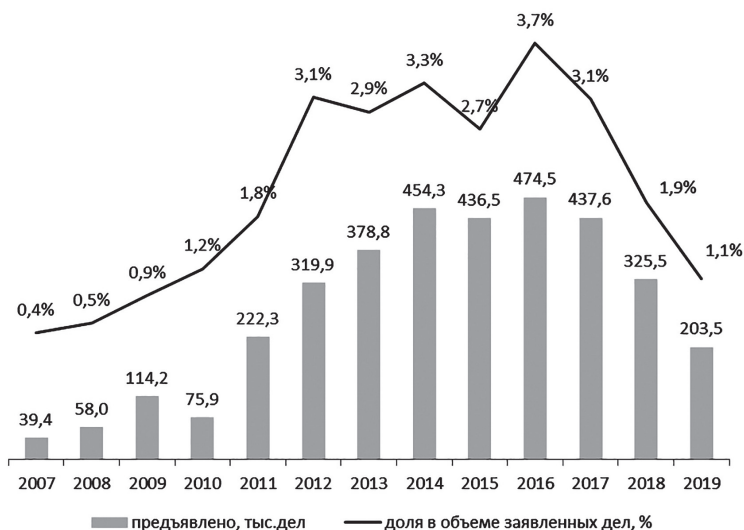


График 1. Динамика страховых споров в судах общей юрисдикции за 2007–2019 годы по данным статистики Судебного департамента при Верховном Суде РФ⁵⁸

При этом существенная часть споров была обусловлена использованием страховыми компаниями возможностей сильной стороны договора страхования. В обществе возникло стойкое убеждение, что достаточную страховую выплату от страховой компании можно получить только через суд.

В 2012 году Верховный Суд в попытке восстановить баланс интересов решил кардинально вмешаться в ситуацию и, применив судебное толкование, в целях стимулирования страховых компаний к надлежащему исполнению договоров страхования распространил нормы законодательства о защите прав потребителей на споры, вытекающие из договора страхования⁵⁹. Суды

⁵⁸ URL: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79>

⁵⁹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 28.06.2012 № 17 «О рассмотрении судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей».

моментально подхватили этот подход и практически сразу стали применять к страховым спорам 50% штраф от размера неудовлетворенных в досудебном порядке требований потребителя⁶⁰ и неустойку за просрочку страховых выплат в размере 3% за день просрочки⁶¹.

Кроме того, страхователям — физическим лицам была предоставлена возможность обращаться в суд без оплаты государственной пошлины (по спорам до 1 млн руб.) и подавать иски по своему месту жительства⁶².

Без изменения закона баланс интересов сторон договора страхования резко изменился. Увеличилась доступность судов для потребителей страховых услуг, резко расширилась география страховых споров, появилась возможность дополнительного заработка на штрафных санкциях.

Со страховыми компаниями стало выгодно судиться. Изменения в судебной практике породили не только потребительский экстремизм, но и специфичный юридический бизнес, основанный на выкупе у потребителей прав на получение страховой выплаты (уступке права требования), ее максимизации путем создания искусственных предпосылок для передачи спора на рассмотрение суда и взыскания штрафных санкций по Закону РФ «О защите прав потребителей».

В итоге политика Верховного Суда не привела к установлению справедливого баланса интересов страховых компаний и потребителей, а наоборот повлекла увеличение загрузки судебных органов. Уже в 2012–2013 годах количество страховых споров выросло в два раза по сравнению с 2010–2011 годами⁶³, а объ-

⁶⁰ Часть 6 статьи 13 Закона РФ от 07.02.1992 № 2300-1 «О защите прав потребителей».

⁶¹ Часть 5 статьи 28 Закона РФ от 07.02.1992 № 2300-1 «О защите прав потребителей».

⁶² Статья 17 Закона РФ от 07.02.1992 № 2300-1 «О защите прав потребителей».

⁶³ См. график 1.

ем взысканных со страховых компаний сумм вырос почти в три раза⁶⁴.

В 2013 году Верховный Суд выпустил сразу два документа, которые еще больше сместили фокус судейского усмотрения при рассмотрении страховых споров в пользу потребителей. Обзор по отдельным вопросам судебной практики, связанным с добровольным страхованием имущества граждан⁶⁵ и постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27.06.2013 № «О применении судами законодательства о добровольном страховании имущества граждан» вопреки логике построения страховых продуктов закрепили невозможность отказа в страховой выплате за угнанный автомобиль в случае утраты документов или ключей или при повреждении автомобиля при управлении им водителем, не указанным в договоре страхования. Также Верховный Суд поставил очередные барьеры для сильной стороны спора, запрещающие злоупотреблять применением износа имущества и франшизы при расчете суммы к страховой выплате. Одновременно Верховный Суд впервые попытался ограничить потребительский экстремизм, указав, что по добровольным видам страхования расчет неустойки по Закону «О защите прав потребителей» следует делать не от просроченной суммы страховой выплаты, а исходя из стоимости страхования — размера страховой премии, оплаченной потребителем при заключении договора. Кроме того, Верховный Суд достаточно стойко поддержал законодательные новеллы, связанные с осуществлением страховой выплаты в натуральной форме путем ремонта поврежденного имущества⁶⁶.

⁶⁴ См. график 2.

⁶⁵ утв. Президиумом Верховного Суда РФ 30.01.2013.

⁶⁶ Часть 4 статьи 10 Закона РФ от 27.11.1992 № 4014-1 «Об организации страхового дела в Российской Федерации».

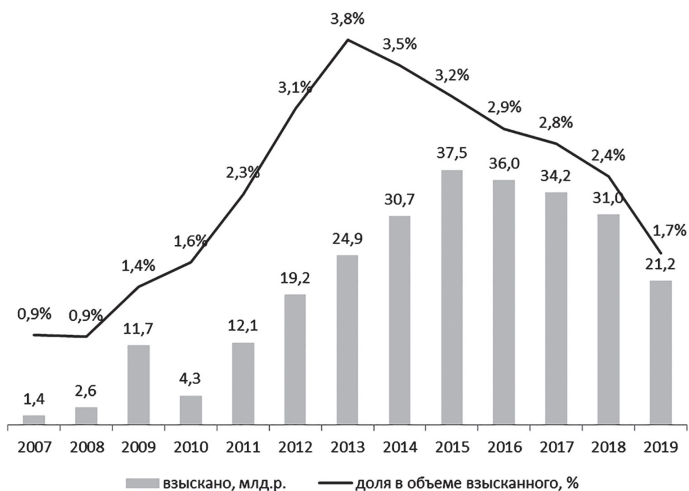


График 2. Динамика взысканных сумм по страховым спорам в судах общей юрисдикции за 2007–2019 годы по данным статистики Судебного департамента при Верховном Суде РФ⁶⁷

Несомненно, новые правила рассмотрения споров сразу же нашли отражение в судебной статистике в виде дальнейшего роста объема судебных споров. В итоге в 2014–2015 годах количество страховых споров превысило четырехтысячную отметку⁶⁸, а взысканные со страховых компаний суммы выросли в три раза и достигли рекордного показателя в 2015 году — 37,5 млрд руб.⁶⁹

К 2015 году стало очевидно, что судебное усмотрение, использованное Верховным Судом для усиления дисциплины в сфере страховых отношений, материализовалось в отдельную сферу юридического бизнеса по легальному обогащению за счет страхо-

⁶⁷ URL: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79>

⁶⁸ См. График 1.

⁶⁹ См. График 2.

вых компаний и не уменьшило, а наоборот в разы увеличило объем судебных споров.

С 2015 года Верховный Суд обращает больше внимания на споры по обязательному страхованию гражданской ответственности владельцев транспортных средств (ОСАГО). Тем более в объеме страховых споров ОСАГО составляет более 85%.

В январе 2015 года появилось постановление Пленума Верховного Суда РФ «О применении судами законодательства об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств»⁷⁰, которым были определены границы допустимого поведения сторон договора ОСАГО.

С одной стороны, этим постановлением был закреплен порядок применения Единой методики расчета ущерба, включая проведение судебной экспертизы, были определены случаи злоупотребления правом со стороны потребителя, например, уклонение от предоставления реквизитов для страховой выплаты.

Также впервые в сфере страхования Верховный Суд поддержал буквальное толкование закона, подтвердив возможность определения размера страховой выплаты по ОСАГО путем заключения соглашения между потребителем и страховой компанией. Фактически высший судебный орган подтвердил исключение из правила статьи 9 Гражданского кодекса РФ об отсутствии юридической силы отказа от реализации права, принадлежащего физическому лицу.

С другой стороны, Верховный Суд скорректировал сложившееся в практике судебное толкование применение штрафа за невыполнение требований потребителя в добровольном порядке. Если до этого страховая компания выплачивала сумму страховки до оглашения решения, и суд отказывал во взыскании штрафа, то с 2015 года выполнение требований потребителя в досудебном порядке стало означать исполнение обязательств страховщиком до принятия иска потребителя судом.

⁷⁰ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29.01.2015 № 2.

Кроме того, Верховный Суд установил новое спорное правило определения размера страховой выплаты, включив в нее размер утраты поврежденным автомобилем товарной стоимости (УТС)⁷¹. Ни Федеральный закон об ОСАГО, ни подзаконные акты Банка России не предполагали определение размера компенсации потерпевшему с учетом УТС. Тем не менее Верховный Суд отнес УТС к реальному ущербу, чем фактически увеличил размер взыскиваемых страховых выплат. Несмотря на то что страховщики под давлением судов стали чаще оплачивать УТС, порядок расчета УТС до сих пор не утвержден нормативными актами Банка России и может осуществляться по разным экспертным методикам.

Обзор практики рассмотрения судами дел, связанных с обязательным страхованием гражданской ответственности владельцев транспортных средств⁷², выпущенный летом 2016 года, закрепил и расширил тезисы, внедренные Верховным Судом в предыдущем году.

Кардинальные изменения судейского усмотрения при разрешении страховых споров произошли в 2017 году.

Появилось новое постановление Пленума, где Верховный Суд обозначил свой подход к трактовке новелл Закона об ОСАГО⁷³ в части недопустимости произвольной смены предписанной законом формы страховой выплаты с натуральной в форме ремонта поврежденного автомобиля на денежную. Также этим постановлением был расширен список возможных злоупотреблений со стороны потребителей, связанных с дроблением требований на несколько исков, воспрепятствованием определению страховщиком размера причиненного ущерба, а также ограничены случаи

⁷¹ Утрата товарной стоимости (УТС) – предполагаемое уменьшение рыночной стоимости транспортного средства после ремонта.

⁷² утв. Президиумом Верховного Суда РФ 22.06.2016.

⁷³ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 26.12.2017 № 58 «О применении судами законодательства об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств».

применения уступки права требования в части штрафа по Закону о защите прав потребителей.

Настоящая революция произошла в конце 2017 года в судебном толковании условий добровольного страхования имущества граждан в связи с изданием нового тематического обзора судебной практики⁷⁴.

Самым главным достижением нового обзора стало расширение принципа свободы договора страхования и отход от практики использования «трех статей». Ранее суды, не вдаваясь в то, как сформулировано в договоре определение страхового случая и исключения из страхового покрытия, признавали практически любое событие, связанное с повреждением застрахованного имущества, страховым случаем, ссылаясь на невозможность освобождения страховщика от страховой выплаты в силу закона. При этом правовая аргументация заключалась в применении статей 961, 963 и 964 Гражданского кодекса РФ, которыми предусмотрен закрытый перечень оснований для освобождения страховщика от исполнения обязательств по договору страхования. Однако Верховный Суд изменил этот подход, разграничив условия договора страхования о страховом случае и основания освобождения от исполнения договора страхования, и прямо указал, что договор страхования может предусматривать как перечень событий, являющихся страховым случаем, так и перечень событий, исключаящихся из страхового покрытия.

Расширение понятия свободы договора страхования в судебной практике было распространено не только на само понятие страхового случая, но и на условия договора, определяющие размер страховой выплаты. Верховный Суд РФ допустил как изменение страховой суммы в течение срока действия договора страхования, так и возможность исключения из объема части страховой выплаты, например, УТС.

⁷⁴ «Обзор по отдельным вопросам судебной практики, связанным с добровольным страхованием имущества граждан» (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 27.12.2017).

Изменение судебного толкования норм законодательства, касающихся договора страхования, сразу отразилось на объеме споров. Уже в следующем 2018 году количество страховых споров уменьшилось на четверть, а загруженность судов — более, чем на одну треть.

В 2019 году вступает в силу Федеральный закон РФ «Об уполномоченном по правам потребителей финансовых услуг». Указанным законом была введена новая обязательная досудебная стадия рассмотрения требований потребителей к финансовым организациям у финансового уполномоченного, решение которого в рамках такого спора имеет обязательную силу для финансовой организации.

Вместе с тем новый закон был воспринят судами по-разному. Требование об обязательном рассмотрении спора у финансового уполномоченного одними судами применялось по дате рассмотрения спора. В других случаях суды ориентировались на дату заключения договора с финансовой организацией, и еще длительное время суды принимали к рассмотрению иски без подтверждения обращения к финансовому уполномоченному.

Другой странной новеллой в новом законе стала норма об обжаловании решения финансового уполномоченного финансовой организацией в порядке гражданского судопроизводства. Тем более указанная норма не укладывалась в действующее процессуальное законодательство и более логично было бы предположить обжалование решений финансового уполномоченного в порядке, предусмотренном Кодексом административного производства. Однако арбитражные суды не поддержали такой порядок и всю нагрузку, связанную с обжалованием, принял на себя Замоскворецкий районный суд г. Москвы, который только спустя полгода с момента старта нового досудебного порядка стал принимать жалобы финансовых организаций в порядке искового производства по месту нахождения Службы финансового уполномоченного.

Наиболее спорные нормы Закона о финансовом уполномоченном были разрешены в Разъяснениях по вопросам, связанным с

применением Федерального закона «Об уполномоченном по правам потребителей финансовых услуг»⁷⁵. Разъяснения во многом заполняют пробелы в применении Закона о финансовом уполномоченном и ориентированы на жесткое применение судами требований об обязательном внесудебном порядке разрешения споров.

Сразу в преамбуле Разъяснений Верховный Суд, ссылаясь на отнесение новых норм к процессуальному законодательству, указывает на применение нового порядка с даты возникновения спора (на дату подачи иска), не связывая досудебное обращение с датой заключения договора потребителем. Также Верховный Суд обращает внимание на недопустимость формального обращения к финансовому уполномоченному при отсутствии у потребителя воли на разрешение спора у финансового уполномоченного, включая несоблюдение потребителем финансовых услуг требований к обращению.

Интересным представляются новые положения судебной практики, в которых Верховный Суд указывает на необходимость обоснования назначения судебной экспертизы по правилам для назначения повторной или дополнительной экспертизы в случае, если ранее экспертное исследование было выполнено на стадии рассмотрения дела у финансового уполномоченного. Подобная норма не представлена ни в самом Законе, ни в процессуальном законодательстве. Тем не менее Верховный Суд счел необходимым ограничить объем исследования обстоятельств дела, ранее установленных решением финансового уполномоченного, предоставив судам возможность оптимизировать рассмотрение исков при отсутствии у стороны спора достаточных доводов в поддержку иска.

Наиболее своеобразное толкование получила самая спорная норма Закона об оспаривании решения финансового уполномоченного в порядке гражданского судопроизводства. Верховный Суд пришел к выводу о том, что финансовая организация, иници-

⁷⁵ утв. 18.03.2020 Президиумом Верховного Суда РФ.

ирующая обжалование, должна обращаться в суд общей юрисдикции по месту жительства потребителя, а сам потребитель должен привлекаться к участию в деле, как и финансовый уполномоченный в качестве заинтересованного лица. В итоге, ориентируясь на Разъяснения, Замоскворецкий районный суд г. Москвы вернул все жалобы финансовых организаций на состоявшиеся решения финансового уполномоченного в связи с неподсудностью, чем фактически лишил финансовые организации права обжалования в связи с пропуском десятидневного срока обращения в суд.

Несмотря на некоторую дезориентацию судов в связи с появлением нового института досудебного разрешения споров, судебная статистика отреагировала однозначным снижением количества страховых споров, поступающих на рассмотрение в суды общей юрисдикции. Только за неполный год действия нового порядка количество исков к страховым компаниям снизилось в два раза по сравнению с пиковыми значениями 2014—2017 годов и вернулось к показателям уровня 2011 года — до момента изменения подхода Верховного Суда РФ, связанного с применением Закона РФ «О защите прав потребителей», к страховым спорам.

Разъяснения Верховного Суда о применении Закона о финансовом уполномоченном продолжили этот тренд. Согласно экспертной оценке количество страховых споров в 2020 году должно снизиться еще на одну треть.

Тем не менее остается еще нерешенным вопрос в части применения финансовым уполномоченным статьи 333 Гражданского кодекса РФ о возможности снижения размера неустойки. Мнение финансового уполномоченного основано на буквальном толковании этой статьи и возможностью ее использования только в судебном порядке. В итоге около 72% решений финансового уполномоченного не выдерживают обжалования в суде из-за чрезмерных штрафных санкций⁷⁶, что приводит к нивелированию роли фи-

⁷⁶ см. Отчет о деятельности Службы финансового уполномоченного за 2019 год. С. 38 // URL: <https://finombudsman.ru/wp-content/uploads/2020/05/Otchet-o-deyatelnosti-v-2019-godu.pdf>

нансового уполномоченного при разрешении споров и увеличению нагрузки на судебную систему. Представляется, что мнение Верховного Суда в данной ситуации могло бы стать решающим и позволило бы оптимизировать процедуру рассмотрения потребительских споров с финансовыми организациями.

За прошедшее десятилетие судейское усмотрение стало не только инструментом, закрывающим пробелы правоприменения в конкретных судебных спорах. Инициативы Верховного Суда, направленные на корректировку баланса интересов сторон договора страхования, и судебное истолкование закона определяют условия осуществления экономической деятельности хозяйствующими субъектами.

После распространения Закона «О защите прав потребителей» на отношения по страхованию в 2012 году доля страховых выплат по обязательному страхованию гражданской ответственности владельцев выросла до 25% в общей структуре страховых выплат⁷⁷. Баланс интересов сторон договора страхования сильно сместился в пользу потребителей, что повлекло за собой потребительский экстремизм и снижение доходности страхового бизнеса.

Использование судебных процессов для несправедливого обогащения за счет штрафных санкций привело к изменению судебной практики, введению института финансового уполномоченного и снижению объема страховых споров, передаваемых на рассмотрение суда. И сегодня мы наблюдаем стабилизацию отношений сторон в рамках договора страхования и придание нового значения понятию свободы договора страхования.

Сейчас первоочередное значение для страховых споров принимает координация работы судов и службы финансового уполномоченного. Несомненно, первый шаг к этому сделан Верховным Судом в Разъяснениях от 18.03.2020. Но еще остались нерешенные вопросы, и участники страховых правоотношений

⁷⁷ По данным Российского Союза Автостраховщиков // URL: https://autoins.ru/novosti/arkhiv-novostey/?ELEMENT_ID=5670

с нетерпением ожидают их разрешения в будущих актах Верховного Суда, посвященных систематизации судебной практики применения Закона о финансовом уполномоченном. От того, какой подход в использовании судебного усмотрения при разрешении страховых споров изберет судебная практика, будет зависеть новый баланс интересов сторон договора страхования.

РАЗДЕЛ 2. СМЕЖНЫЕ ВОПРОСЫ

Пешин Николай Леонидович
и.о. заведующего кафедрой административного права,
профессор кафедры конституционного
и муниципального права
Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова,
доктор юридических наук, профессор

Муниципальный контроль в системе единой публичной власти

Реализация контрольно-надзорной деятельности является важной частью стабильного, непрерывного функционирования государства. При отсутствии этого механизма становится весьма сомнительной даже сама возможность постоянного и надежного обеспечения соблюдения обязательных требований, правопорядка и законности в обществе. С этой целью органы публичной власти всех уровней, включая уровень муниципальной власти, должны получать информацию о реальном состоянии происходящих процессов, анализировать развитие событий и при соответствующих условиях влиять на деятельность подконтрольных субъектов. Публичная власть присущими ей формами и методами контролирует и направляет развитие общественных отношений.

Мировой опыт предлагает широкий спектр подходов к формированию систем местного публичного контроля (надзора), включая установление критериев оценки деятельности подконтрольных субъектов, разработки и внедрения методов оценки качества

принятия решений органами публичной власти. Особенно интересным в данном контексте представляется изучение опыта Западной Европы, где исторически возникли первые современные теории местного самоуправления и на их основе были созданы современные модели местного самоуправления: англосаксонская (модель корпоративного управления), французская (общинная модель) и немецкая (смешанная модель), отличающиеся разной степенью сочетания централизации и автономии органов местного самоуправления в решении тех вопросов, которые относятся к вопросам местного значения, представляется весьма актуальным для Российской Федерации в плане использования практики формирования надзорных механизмов, позволяющих обеспечить подконтрольность нижнего уровня публичной власти как обществу, так и государству.

Корпоративная система управления функционирует в Великобритании, несмотря на институциональную отделенность местного самоуправления от системы государственной власти и возможность его обособленного функционирования, то есть признания государством права на осуществление самостоятельных управленческих действий по решению вопросов местного значения.

Во Франции сложился особый тип местного самоуправления, который обычно именуется «*общинной моделью*» местного самоуправления. Общинная модель организации муниципальной власти предполагает, что основным субъектом местного самоуправления является местное сообщество (или территориальный публичный коллектив). Именно местное сообщество обладает правом на решение всего комплекса вопросов местного значения, включая вопросы контроля деятельности органов местного самоуправления. Общинное самоуправление при этом становится частью единой системы публичного управления, что позволяет территориальному публичному коллективу не только регламентировать определенную часть публичных вопросов (так называемых местных нужд), но и принимать участие в решении вопросов государственного значения.

В ФРГ сложился такой тип местного самоуправления, который иногда называется *смешанной*, иногда — *постобщинной* моделью местного самоуправления. Концептуально особенность этой модели муниципального управления заключается в том, что право на местное самоуправление перестает быть связанным напрямую с населенной территорией (корпоративная модель) или местным сообществом (общинная модель), но рассматривается как один из принципов правового государства, заключающийся, с одной стороны, в децентрализации власти в государстве (реализация принципа разделения властей «по вертикали»), а с другой стороны, обеспечивающего каждому жителю возможность реализовать принадлежащее ему право на непосредственное управление делами общества и государства⁷⁸. При этом контрольные механизмы в построении такой модели также играют ключевую роль.

В Российской Федерации в последние годы периодически проводятся реформы контрольно-надзорной системы, цель которых, по всей видимости, заключается в достижении такого уровня организации контроля в различных сферах жизнедеятельности общества, который бы в достаточной мере удовлетворял потребностям динамического развития институтов гражданского общества, формирования эффективных социальной и экономической систем, демократического и правового государства⁷⁹. Следует признать, что достичь этой цели пока не удалось. Поэтому по-прежнему перед государством стоит задача кардинально усовершенствовать систему контроля (надзора), как функции органов публичной власти, и поэтому уже достаточно давно начатая правовая реформа в этой сфере, несомненно, будет продолжаться. Кроме того, как представляется, в контексте развития гражд-

⁷⁸ См.: Гриценко Е.В. Местное самоуправление в системе публичного управления федеративного государства: Значение опыта ФРГ для России. Иркутск: Изд-во ИГЭА, 2001. 443 с.

⁷⁹ См. об этом: Бялкина Т.М. Конституционный принцип самостоятельности местного самоуправления в решении вопросов местного значения на современном этапе муниципальной реформы // Конституционное и муниципальное право. 2016. № 5. С. 69–73.

данского общества и открытого государства необходимо развитие и форм общественного контроля, отсутствие которого создает у субъектов публично-властной деятельности ощущение «вседозволенности» и неизбежно ведет к снижению эффективности работы единой публичной власти. Муниципальный публичный контроль в рамках этой системы публично-государственного контроля должен быть ориентирован, в том числе, и внутрисистемно, то есть направлен на определение недостатков в работе самих органов и должностных лиц местного самоуправления, препятствующих повышению качества управления и деятельности организаций. В итоге муниципальный публичный контроль должен способствовать более безопасному для граждан проведению работ и оказанию услуг физическими и юридическими лицами.

В отечественной и зарубежной науке достаточно полно исследованы основы отдельных видов публичного контроля, их происхождения, что является существенным для юридического анализа этой проблематики. Встраивание муниципального контроля в общую систему единого публичного контроля является сложным явлением и рассчитано на долгосрочную перспективу. Отдельные теоретические и практические аспекты этого вопроса и сейчас требуют глубокого аналитического осмысления и научно-системного обобщения.

Проведение мероприятий по осуществлению контрольно-надзорной деятельности на уровне местного самоуправления (который, по-видимому, теперь возможно именовать низовым уровнем единой системы публичной власти) должно иметь содержательное научное обоснование и теоретический фундамент, чтобы в совокупности решить важнейшую задачу: превратить муниципальный публичный контроль в эффективный инструмент соблюдения обязательных требований законодательства, защиты прав и свобод человека и гражданина на муниципальном уровне. Западная практика различается в данном вопросе. Так, как отмечают исследователи, в британской литературе взаимоотношения центральных и местных властей определяются «концепцией взаимозави-

симости». Р.А.В. Роде, указывает, что отношения центральных и местных органов характеризуются как некоторой степенью их независимости, так и взаимозависимостью и определяются реальным властным потенциалом сторон, имеющимися в их распоряжении ресурсами (особенно финансовыми) и средствами давления. Немалую роль в этих отношениях может сыграть личностный фактор, правильный выбор конкретной стратегии. Поскольку в настоящее время центральное правительство, как правило, не способно всецело контролировать местное управление, оно строит отношения с последним на основе переговоров, компромисса и обмена информацией⁸⁰.

Правительство контролирует парламент и в силу этого в состоянии добиться принятия законов, регулирующих и направляющих тем или иным образом деятельность муниципальных учреждений. Местные советы, в свою очередь, обладают самостоятельным мандатом, полученным от избирателей, собственными финансовыми ресурсами, собственной компетенцией, закрепленной за ними законодательством. В итоге не только местные органы публичной власти оказываются зависимыми от правительства (в плане общей поддержки, финансовых субсидий, законодательного регулирования и т.п.), но и правительство попадает в определенную зависимость от местных властей при реализации своего политического и экономического курса на местах⁸¹. В целом в британской доктрине выделяется три формы местного публичного контроля: финансовый контроль, общественный контроль и административный контроль.

Финансовый контроль осуществляется в форме внутреннего контроля — он реализуется финансовым комитетом (структурным подразделением) совета (напомним, подразделением, состоящим исключительно из депутатов), который оценивает потребности

⁸⁰ Цит. по: *Лапшина И.Е.* Полномочия органов местного управления в Великобритании и их взаимоотношения с центральной властью // Государственная власть и местное самоуправление. 2006. № 10. С. 34.

⁸¹ Там же.

каждого структурного подразделения в системе исполнительной власти в расходах, и внешнего финансового контроля, осуществляемого Национальной ревизионной комиссией (*National Audit Office*) и специальными контролерами — омбудсменами (*ombudsman*), которые вправе провести общий аудит муниципального образования (здесь мы видим еще одну параллель — с аудиторской проверкой корпораций).

Общественный контроль предполагает право любого жителя муниципального образования оспорить любое расходование средств из бюджета муниципального образования. Для того чтобы такая возможность была реальной, представительный орган муниципального образования обязан официально публиковать, в том числе в электронном виде, всю финансовую отчетность, включая декларации о доходах и расходах, расчете муниципального налога и т.д., заполняемые по формам, установленным центральным правительством. В случае поступления соответствующего обращения в совет, последний формирует ревизионную комиссию, которая проверяет законность и обоснованность соответствующих расходов. В случае несогласия с выводами ревизионной комиссии, жители могут обратиться в суд.

Административный контроль носит как предварительный характер, так и последующий. Предварительный состоит в использовании принципа контрасигнатуры и выражается в том, что органы местного самоуправления обязаны получить предварительное одобрение профильного министра центрального правительства по предлагаемым формам решения того или иного вопроса местного значения. Так, предварительного одобрения требуют планы территориального развития муниципального образования, проекты застройки территории, реализация инвестиционных программ и проектов, внесение изменений в структуру органов местного самоуправления, сделки с землей (в которых муниципальное образование выступает одной из сторон) и т.д. Последующий — это контроль со стороны правоохранительных органов за законностью действий и решений тех или иных лиц.

Во Франции традиционно публичный контроль осуществляют представители государства в регионах и департаментах — префекты. До реформы 1982 года во Франции именно префекты возглавляли и регионы, и департаменты. На сегодняшний день основная функция префекта — публичный надзор, обеспечение единства Французской республики и равенства всех перед законом. Префект проверяет соответствие законам республики всех действий и решений органов и должностных лиц местного самоуправления регионов и департаментов. Префект может потребовать внести изменения в муниципальный правовой акт, если он считает, что принятое решение противоречит закону. В случае отказа органа местного самоуправления внести изменения в свое решение, префект вправе обратиться в административный суд с иском об отмене решения. Помимо контроля со стороны префектов в рамках общинной модели существует также финансовый контроль. С этой целью в каждом регионе создается финансовый контрольный совет (*Chambre régionale des comptes*), подчиненный Национальному суду (*Cour des Comptes*); члены финансового контрольного совета имеют статус судей, хотя большая часть их деятельности — аудиторская. Они оценивают корректность текущей финансовой деятельности муниципальных образований; направляют заключение префекту на проект местного бюджета, в частности, по вопросам соблюдения процедуры его принятия, выполнения принципа сбалансированности и не выхода за пределы максимального объема кредитных обязательств. В случае, если заключение финансового контрольного совета по проекту местного бюджета отрицательно, префект вправе своим решением отменить принятый советом и утвердить новый местный бюджет (если представительный орган муниципального образования отказывается привести свой акт о бюджете в соответствие с требованиями, исходящими от финансового контрольного совета).

Третья форма контроля — внутримunicipальный контроль. Он состоит в том, что региональные советы контролируют деятельность органов местной власти коммун и департаментов (за

исключением самых малых коммун, в которые направляют своих представителей региональные отделения Министерства экономики и финансов) и частных организаций, получивших государственное или муниципальное финансирование.

Законодательство ФРГ допускает осуществление публичного надзора только в рамках надлежащей, т.е. установленной законом процедуры и только в случаях, предусмотренных нормативными правовыми актами. При этом целями такой надзорной деятельности является исключительно обеспечение соблюдения органами и должностными лицами местного самоуправления законов и подзаконных актов, т.е. контроль законности. Однако и так называемый административный контроль (т.е. контроль, предполагающий проверку не только законности, но и эффективности, целесообразности совершаемых действий и принимаемых решений) в отношении органов и должностных лиц местного самоуправления также может осуществляться — прежде всего, в рамках государственных полномочий, выполнение которых делегируется органам местного самоуправления, и в ряде иных случаев. При этом должен соблюдаться принцип пропорциональности вмешательства, то есть степень административного вмешательства контролирующего государственного органа должна быть адекватна степени важности интересов, которые оно (вмешательство) намерено обеспечить.

В местных публичных делах, которые являются обязательными функциями местных органов власти (*Pflichtaufgaben*), государственная власть вправе осуществлять оба вида контроля, в то время как в случае решения вопросов, самостоятельно принятых органами местного самоуправления к своему ведению (*freiwillige Aufgaben*), муниципалитеты обладают широкой дискреционной властью с ограниченными возможностями контроля со стороны государства — применяется только контроль законности. В процессе же осуществления отдельных государственных полномочий (*vom Staat zugewiesene Aufgaben*) местная публичная власть, по сути, выступает в качестве местной государственной власти, и в этом

качестве она напрямую подчинена государству, действуя в соответствии с предписаниями, входящими от представителей государственных органов, и под их прямым контролем.

Контроль законности действий и решений органов и должностных лиц местного самоуправления в основном осуществляется через систему органов министерства внутренних дел. Административный контроль — через систему отраслевых органов исполнительной власти.

Обобщая рассмотренные выше вопросы контроля местной публичной власти в странах Западной Европы, нельзя не указать на то, что анализ приводит к однозначному выводу о том, что важнейшим и необходимым условием эффективного осуществления задач и функций местного самоуправления в рамках любой модели — *корпоративной, общинной, смешанной* — является гарантированность его прав. Под гарантиями, как известно, понимаются те средства, способы и условия, с помощью которых обеспечивается осуществление того или иного права, возможности его реализации. Таким образом, система гарантий прав местного самоуправления, закрепляемая действующим законодательством, включает совокупность всех условий и средств, которые обеспечивают реализацию и правовую защиту местного самоуправления в странах Западной Европы. В каком-то смысле можно говорить о том, что наиболее общим условием существования местного самоуправления в странах Европы является та экономическая и политическая среда, которая возникает в каждом конкретном государстве и воздействует на реализацию власти на местном уровне. Однако, рассматривая вопрос о гарантиях в собственно юридическом ключе, можно говорить о более конкретных механизмах, посредством которых местное самоуправление обеспечивается. То есть применительно к нашей стране признание муниципального контроля одной из форм публичного общегосударственного контроля порождает ряд серьезных вопросов, решение которых является актуальной задачей муниципального права. Несомненно, что муниципальный контроль как форма публичного контроля должен

обладать такими специфическими признаками как правовой характер, императивный и обязательный характер, право контрольных органов вмешиваться в деятельность подконтрольных органов, возможность властного принуждения. Однако очевидно, что аппаратом властного принуждения может обладать только государство. И, как известно, местное самоуправление в Российской Федерации отделено от государства, органы местного самоуправления не входят в систему органов государственной власти согласно положениям ст. 12 Конституции Российской Федерации. Откуда же тогда появится возможность «властного принуждения»?

Рассмотрим примеры, возникающие в судебной практике. Как известно, одной из форм публичного контроля является муниципальный земельный контроль. Согласно ст. 72 Земельного кодекса Российской Федерации, земельный контроль может быть и муниципальным — это деятельность органов местного самоуправления по контролю за соблюдением органами государственной власти, органами местного самоуправления, юридическими лицами, индивидуальными предпринимателями, гражданами в отношении объектов земельных отношений требований законодательства Российской Федерации, законодательства субъекта Российской Федерации, за нарушение которых законодательством Российской Федерации, законодательством субъекта Российской Федерации предусмотрена административная и иная ответственность.

При этом данный публичный контроль осуществляется посредством проведения проверок должностными лицами органов местного самоуправления, однако в случае, если они выявляют нарушения требований земельного законодательства, за которое законодательством Российской Федерации предусмотрена административная и иная ответственность, то согласно указанной статье Земельного кодекса, они составляют акт проверки, и в этом акте они лишь отражают информацию о наличии признаков выявленного нарушения. Далее копия указанного акта направляется в орган государственного земельного надзора, который согласно ч. 6 ст. 72 Земельного кодекса рассматривает указанный акт и при-

нимает решение о возбуждении дела об административном правонарушении (или об отказе в возбуждении дела) и направляет копию принятого решения в орган местного самоуправления. При этом порядок взаимодействия органов государственного земельного надзора с органами, осуществляющими муниципальный земельный контроль, устанавливается Правительством Российской Федерации. То есть, в сущности, муниципальный земельный контроль представляет собой деятельность по формальной и субъективной оценке соблюдения различными субъектами в отношении объектов земельных отношений требований законодательства Российской Федерации, законодательства субъекта Российской Федерации. Иными словами, это деятельность, заключающаяся в наблюдении за использованием земельных участков, сочетающаяся с возможностью инициирования процедуры привлечения к публичной ответственности за нарушение законодательства. Но само решение о привлечении к публичной (обычно административной) ответственности принимает только и исключительно уполномоченный орган государственной власти.

Поэтому, с одной стороны, понятно, что при создании единой системы публичного контроля, ее творцы прорабатывали механизм децентрализации и контрольные функции органов местного самоуправления выступили одним из его элементов. С другой стороны, при таком подходе крайне сложно сбалансировать соотношение государственного и муниципального контроля так, чтобы последний осуществлялся бы лишь в сферах, имеющих прямое отношение к вопросам местного значения или отдельным делегированным государственным полномочиям. Типичный пример — **зачастую органы государственной власти требуют от органов и должностных лиц местного самоуправления осуществления контрольной деятельности по вопросам, не относящимся к сфере ведения местного самоуправления, по сути, «используя» перечень вопросов местного значения в интересах решения сугубо государственных задач.** Так, предметом проверок муниципального земельного контроля нередко определяется «соответствие выполнения работ в процессе

строительства, реконструкции объекта капитального строительства, а также результатов таких работ требованиям технических регламентов, проектной документации и наличие выданного разрешения на строительство». Очевидно, что в таком случае речь идет уже вовсе не о публичном земельном, а о публичном строительном надзоре. Но строительный надзор может быть только государственным и никак не муниципальным. Государственный строительный надзор, предметом которого является исполнение градостроительных норм и правил, и муниципальный земельный контроль, предметом которого является соблюдение норм земельного законодательства, отличны друг от друга по своей правовой природе, поскольку основаны на нормах разных отраслей права, не совпадающих по предметам регулирования. У каждого из них — собственные принципы, а также особый круг субъектов и объектов правового регулирования. Так, государственный строительный надзор основан на положениях градостроительного законодательства, особым субъектом градостроительных отношений выступает застройщик, в то время как государственный земельный надзор и муниципальный земельный контроль основаны на нормах земельного права, и субъектом правоотношений здесь являются собственники и обладатели иных прав на землю. Данный подход подтверждается и нормами особенной части Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП), которые устанавливают ответственность за нарушение специальных правил и требований, закрепленных в отраслевых федеральных законах и подзаконных нормативных правовых актах. В частности, вопросы административной ответственности за правонарушения, допущенные в процессе строительства, а равно строительные работы, выполненные без разрешения на строительство, регулируются главой 9 КоАП «Административные правонарушения в промышленности, строительстве и энергетике». В то же время земельные правонарушения, с учетом своей правовой специфики, совмещающей режим охраны права собственности на

землю и охрану земли как природного объекта, урегулированы главой 7 КоАП — «Административные правонарушения в области охраны собственности» и главой 8 КоАП — «Административные правонарушения в области охраны окружающей среды и природопользования». Таким образом, соответствие выполнения работ в процессе строительства, реконструкции объекта капитального строительства, а также результатов таких работ требованиям технических регламентов, проектной документации и наличие выданного разрешения на строительство не может быть предметом проверок муниципального земельного контроля, эти вопросы являются исключительно предметом государственного строительного надзора. Причем нельзя не отметить, что в сфере, урегулированной нормами Градостроительного кодекса Российской Федерации (далее — ГрК), она является ничем иным как обязанностью органов государственного строительного надзора, поскольку данные обязанности прямо перечислены в нормах ст. 54 ГрК. Указанный надзор осуществляется в форме федерального и региональных надзоров. В силу специфики публично-правовых отношений обязанность одного государственного органа не может являться правом другого государственного органа. Что же касается органов местного самоуправления и их должностных лиц, то они в силу положений ст. 12 Конституции Российской Федерации не входят в систему органов государственной власти и, таким образом, государственными функциями (и вытекающими из этих функций полномочий, то есть правами и обязанностями) не обладают даже в принципе. Более того, такого рода деятельность не может быть даже правом указанных органов при осуществлении муниципального земельного контроля: поскольку к вопросам местного значения не отнесено законодательством осуществление надзора или контроля в процессе строительства, следовательно, эта функция не входит в компетенцию местной публичной власти, то есть не порождает ни публичных прав, ни публичных обязанностей органов или должностных

лиц местного самоуправления⁸². Речь в рассматриваемом случае идет об административно-правовом регулировании, предметом которого, как известно, являются общественные отношения в области государственного управления. И здесь на первый план поставлены интересы именно государства, в связи с реализацией им управленческой и иных своих функций. Не случайно, выдающиеся ученые-специалисты в области административного права включали в его предмет так называемое внутреннее управление, т.е. деятельность государства, направленную на поддержание необходимого уровня безопасности граждан, а также иную государственную деятельность, имеющую целью путем повседневной управленческой деятельности создание условий для общественного прогресса (благополучия), в т.ч. развитие промышленности и сельского хозяйства, образование, санитарии, просвещение и духовное развитие граждан в широком смысле данного слова и многое другое⁸³.

Дело об административном правонарушении должно быть возбуждено должностным лицом государства, уполномоченным составлять протоколы об административных правонарушениях, при наличии хотя бы одного из признаков административного правонарушения, в том числе:

— непосредственное обнаружение должностными лицами, уполномоченными составлять протоколы об административных правонарушениях, достаточных данных, указывающих на наличие события административного правонарушения;

— поступившие из правоохранительных органов, а также из других государственных органов (органов местного самоуправления, от общественных объединений) материалы, содержащие

⁸² См. об этом: *Маркварт Э.* Конституционные основы компетенции местного самоуправления: Доклад о состоянии местного самоуправления в Российской Федерации / Под ред. Е.С. Шугриной. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2015. С. 53–76.

⁸³ *Фатьянов А.А.* Предмет административного права в трудах российских ученых-юристов периода последней четверти XIX – начала XX века // Административное право и процесс. 2016. № 12. С. 12.

данные, указывающие на наличие события административного правонарушения;

— сообщения и заявления физических и юридических лиц, а также сообщения в средствах массовой информации, содержащие данные, указывающие на наличие события административного правонарушения.

По общему правилу, должностные лица, наделенные правом рассматривать дела об административных правонарушениях, обладают всеми полномочиями в данной сфере, предусмотренной нормами КоАП. Иное толкование означало бы необоснованное освобождение от исполнения требований законодательства в строительной сфере конкретного круга лиц, что не соответствует принципу правовой определенности. Таким образом, осуществление государственного строительного надзора является исключительно государственной функцией, заключающейся в создании системы проверок соблюдения закона в процессе строительства с возможностью привлечения к юридической (в том числе административной) ответственности за нарушение законодательства.

Соответственно, при непосредственном обнаружении должностным лицом органа государственного строительного надзора достаточных данных, указывающих на наличие события административного правонарушения, ответственность за которое предусмотрена статьей 9.4 и 9.5 КоАП, или в результате получения информации о таком факте от иных публичных органов или частных лиц, оно должно инициировать предусмотренную КоАП процедуру привлечения виновных лиц к административной ответственности и принятия иных предусмотренных законом мер административного понуждения. При этом с учетом того, что объективная сторона указанных административных правонарушений не ограничена нарушениями, допущенными лишь в отношении объектов капитального строительства, проектная документация которых подлежит экспертизе в соответствии с требованиями градостроительного законодательства, должностное лицо органа государственного строительного надзора должно осуществить

вышеуказанные действия в отношении нарушений, допущенных в отношении любых объектов капитального строительства, включая объекты индивидуального жилищного строительства, садовые дома, многоквартирные дома с количеством этажей не более чем три, отдельно стоящие объекты капитального строительства с количеством этажей не более чем два, общая площадь которых составляет не более чем 1500 квадратных метров и которые не предназначены для проживания граждан и осуществления производственной деятельности и прочих, указанных в части 2 статьи 49 ГрК Российской Федерации, а также объектов незавершенного строительства.

Одно из стандартных требований, предъявляемых органам местного самоуправления, — выявление в рамках муниципального земельного контроля каких-либо признаков самовольной постройки, в частности, строительства и реконструкции без разрешения, нарушения требований технических регламентов, строительных норм, не может рассматриваться, по сути, иначе как незаконное присвоение органами (должностными лицами) местного самоуправления полномочий по осуществлению государственного строительного надзора. «Стандартным» такое требование к органам местного самоуправления все чаще становится в силу того, что ряд признаков самовольной постройки: например, возведение здания, сооружения или другого строения на земельном участке, не предоставленном лицу в установленном порядке; возведение здания, сооружения; или возведение какого-либо строения на земельном участке, разрешенное использование которого не допускает строительства на нем данного объекта, в принципе, возможно и в рамках земельного контроля. В частности, в процессе муниципального земельного контроля могут быть однозначно выявлены такие признаки самовольной постройки как самовольное занятие земельного участка и использование земельного участка не по целевому назначению. Но при этом ряд признаков самовольной постройки (такие как возведение здания, сооружения или другого строения без получения на это необхо-

димых разрешений и возведение здания, сооружения или другого строения с нарушением градостроительных и строительных норм и правил) могут быть установлены исключительно в процессе контроля строительства.

И во всех случаях следует учитывать, что Федеральным законом от 6 октября 2003 года № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»⁸⁴ решение каких-либо вопросов, связанных (прямо или косвенно) с пресечением самовольного строительства и строительного надзора не отнесено к перечню вопросов местного значения, следовательно, полномочий по пресечению такой деятельности, а равно, фактическому осуществлению строительного надзора у органов и должностных лиц местного самоуправления нет. Поэтому в случае выявления признаков самовольной постройки действия должностных лиц органа местного самоуправления должны быть ограничены исключительно следующими мероприятиями:

1) выявление (и фиксация) факта нарушения, предусмотренного ст. 7.1 КоАП (самовольное занятие земельного участка) и ч. 1 ст. 8.8 КоАП (использование земельного участка не по целевому назначению).

2) направление в территориальный орган Федеральной службы государственной регистрации, кадастра и картографии (Росреестра) на рассмотрение (административное производство) материала для привлечения виновного лица к административной ответственности (составление протокола об административном правонарушении).

Применять какие-либо меры принуждения, и вообще, совершать публично-властные действия органы и должностные лица местного самоуправления при этом не вправе. Непосредственное выявление наличия правонарушения и привлечение к

⁸⁴ Федеральный закон от 06.10.2003 № 131-ФЗ (ред. от 20.07.2020 г.) «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2003. № 40. Ст. 3822.

административной ответственности по статьям КоАП является формой государственного строительного надзора, поскольку это прямо предусмотрено нормами Постановления Правительства Российской Федерации от 1 февраля 2006 года № 54 (ред. от 25.10.2017) «О государственном строительном надзоре в Российской Федерации»⁸⁵ (п. 14 Положения и др.). При этом нельзя не отметить, что признаков, по которым ту или иную деятельность можно было бы отнести к проектированию, строительству, реконструкции или капитальному ремонту объектов именно капитального строительства ни нормы КоАП, ни нормы ГрК не содержат — а это квалифицирующие признаки, их наличие может быть установлено только уполномоченным компетентным органом или должностным лицом и в отсутствие данных признаков привлечение к административной ответственности невозможно.

Аналогичные требования к органам и должностным лицам местного самоуправления периодически можно встретить со стороны органов государственной власти субъектов Российской Федерации и в отношении других вопросов, относящихся к ведению субъектов Российской Федерации или даже вопросам совместного ведения Российской Федерации и субъектов — например, «ведомственный контроль в сфере соблюдения трудового законодательства», который также позиционируется в качестве одной из форм «муниципального контроля». Но при этом общеизвестно, что так называемые «трудовые инспекции» (государственные инспекции труда) являются только и исключительно государственными органами, они находятся в системе исполнительной власти субъектов Российской Федерации. И именно они в силу норм действующего законодательства осуществляют надзор и контроль за соблюдением трудового законодательства и иных нормативных правовых

⁸⁵ Постановление Правительства РФ от 01.02.2006 № 54 (ред. от 16.02.2019) «О государственном строительном надзоре в Российской Федерации» (вместе с «Положением об осуществлении государственного строительного надзора в Российской Федерации») // Собрание законодательства Российской Федерации. 2006. № 7. Ст. 774.

актов, содержащих нормы трудового права. Органы местного самоуправления ни в какой степени данными функциями не наделены и не вправе наделять себя ими путем принятия муниципальных правовых актов. И для того чтобы выполнить хоть в какой-то степени требования органов государственной власти субъектов Российской Федерации они вынуждены строить свои взаимоотношения с гражданами на принципах частного права, действуя, по сути, в рамках гражданского-правового (т.е. частноправового, а не публичного регулирования).

Так, статьей 222 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК) предусмотрена возможность сноса самовольной постройки, что представляет собой форму гражданско-правовой ответственности, направленной на восстановление нарушенного права (так называемая «деликтная ответственность»). Причем способ защиты нарушенного права (механизм его восстановления) выбирается лицом, чье право нарушено, самостоятельно. Исковое заявление о сносе самовольной постройки вытекает из гражданско-правовых правомочий собственника земельного участка или иного владельца вещного права. Частью 1 ст. 222 ГК предусмотрены четыре признака самовольной постройки. Таковыми являются:

- 1) возведение здания, сооружения или другого строения на земельном участке, не предоставленном в установленном порядке;
- 2) возведение здания, сооружения или другого строения на земельном участке, разрешенное использование которого не допускает строительства на нем данного объекта;
- 3) возведение здания, сооружения или другого строения без получения на это необходимых разрешений;
- 4) возведение здания, сооружения или другого строения с нарушением градостроительных и строительных норм и правил.

Между тем нельзя не отметить, что в данном случае возникает любопытное пересечение частного и публичного права: самовольное строительство, безусловно, всегда нарушает и общественный порядок, то есть одновременно является и административным правонарушением — противоправным, виновным действием

(бездействием) физического или юридического лица, за которое КоАП или законами субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях установлена административная ответственность. Таким образом, достижение стоящей перед муниципалитетом цели — сноса самовольной постройки — возможно, в принципе, и в административном порядке путем контроля исполнения предписания должностного лица государственного строительного надзора об устранении нарушения. Предписание, как известно, есть мера государственного принуждения, характер и объем которой определяется уполномоченными должностными лицами государственного органа в конкретном акте, выдаваемом нарушителю. Об императивности указанного предписания свидетельствует санкция, установленная законодателем в ст. 19.5 КоАП. И такая защита публичных интересов посредством административного преследования за совершение правонарушений рассматриваемого вида, как уже было отмечено выше, является публично-правовой обязанностью органа государственного строительного надзора. И в этом случае снова возникает вопрос — **можно ли возложить на органы местного самоуправления обязанности по осуществлению государственного строительного надзора или иного строительного надзора в отношении объектов (например, проведение экспертизы проектной документации на объекты индивидуального жилищного строительства, многоквартирные дома с количеством этажей не более чем три, отдельно стоящие объекты капитального строительства с количеством этажей не более чем два, общая площадь которых составляет не более чем 1500 квадратных метров и которые не предназначены для проживания граждан и осуществления производственной деятельности и прочих, указанных в части 2 статьи 49 Градостроительного кодекса Российской Федерации) и т.д.?**

Выявление самовольного строительства не может быть отнесено ни к целям, ни к задачам муниципального земельного контроля. Соответственно, данные вопросы актами органов государственной власти субъектов Российской Федерации не могут быть

урегулированы. Поэтому пресечение и предупреждение самовольного строительства относятся к предмету государственного строительного надзора, поскольку сам процесс строительства относится к предмету строительного надзора, а застройщик является субъектом государственного строительного надзора. Федеральный закон от 6 октября 2003 года № 131-ФЗ (в ред. от 29.12.2017 г.) «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» решение каких-либо вопросов, связанных (прямо или косвенно) с пресечением самовольного строительства и строительного надзора, не относит к перечню вопросов местного значения, а, следовательно, полномочий по пресечению такой деятельности и фактическому осуществлению строительного надзора у органов и должностных лиц местного самоуправления нет. Осуществление государственного строительного надзора — это предмет ведения (функция) органов государственной власти, в которую органы местного самоуправления не входят. Но именно в такой ситуации могут быть «задействованы» частноправовые «возможности» органов местной публичной власти по решению общественно значимых задач. Речь идет об обращении органа местного самоуправления в суд с исковым заявлением о сносе самовольной постройки — это возможность, основанная, как уже отмечалось, на нормах гражданского права, так как снос объекта самовольного строительства — форма гражданской ответственности. Гражданское законодательство определяет правовое положение участников гражданского оборота, основания возникновения и порядок осуществления права собственности и других вещных прав, прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (интеллектуальных прав), регулирует отношения, связанные с участием в корпоративных организациях или с управлением ими (корпоративные отношения), договорные и иные обязательства, а также другие имущественные и личные неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности участников.

Участниками регулируемых гражданским законодательством отношений являются граждане и юридические лица. В регулируемых гражданским законодательством отношениях могут участвовать также Российская Федерация, субъекты Российской Федерации и муниципальные образования. Выше было указано, что ч. 1 ст. 222 ГК предусмотрены четыре признака самовольной постройки: 1) возведение здания, сооружения или другого строения на земельном участке, не предоставленном в установленном порядке; 2) возведение здания, сооружения или другого строения на земельном участке, разрешенное использование которого не допускает строительства на нем данного объекта; 3) возведение здания, сооружения или другого строения без получения на это необходимых разрешений; 4) возведение здания, сооружения или другого строения с нарушением градостроительных и строительных норм и правил. Если наличествует первый признак, то надлежащим субъектом по данной категории дел является только собственник земельного участка или иной законный владелец (частноправовое основание). Но деликтом возведение самовольной постройки может быть признано только в той ситуации, в результате которой нарушаются права и законные интересы третьих лиц. В случае же нарушения градостроительных и строительных норм и правил (и ненарушения прав и законных интересов третьих лиц) самовольная постройка не может быть признана гражданским правонарушением. А к имущественным отношениям, основанным на административном или ином властном подчинении одной стороны другой, в том числе к налоговым и другим финансовым, а равно, административным отношениям, гражданское законодательство не применяется, если иное не предусмотрено законодательством (что в данном случае не предусмотрено). Таким образом, органы местного самоуправления вправе обращаться в суд с исковым заявлением о сносе самовольной постройки, но только в случае ее возведения на земельном участке, относящемся к муниципальной собственности.

Рассматривая вопрос о том, в каких случаях обращение в суд с исковым заявлением о сносе самовольной постройки является обязанностью органа местного самоуправления, следует еще раз отметить, что исковое заявление о сносе самовольной постройки вытекает из гражданско-правовых отношений. При этом Российская Федерация, субъекты Российской Федерации: республики, края, области, города федерального значения, автономная область, автономные округа, а также городские, сельские поселения и другие муниципальные образования выступают в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, на равных началах с иными участниками этих отношений — гражданами и юридическими лицами. Сам по себе факт участия муниципального образования в гражданских правоотношениях не меняет их гражданско-правовую природу на публично-правовую. Исковое заявление о сносе объекта самовольной постройки также не является публично-правовым по своей природе и непосредственно не связан с выполнением органами муниципального образования властно-распорядительных функций, следовательно, это действие не может быть отождествлено с правами или обязанностями, т.е. полномочиями органа или должностного лица местного самоуправления. Иное толкование данных положений означало бы нарушение принципа равенства участников гражданского оборота, что является неотъемлемым признаком регулирования гражданским законодательством общественных отношений, а также нарушение абсолютного характера правомочий собственника и нарушение принципа неприкосновенности собственности.

Седова Жанна Игоревна
Доцент кафедры международного права
Российского государственного университета правосудия,
кандидат юридических наук

Пределы усмотрения работодателя при выборе вида ответственности работника за причинение ущерба: вопросы регулирования правоотношений смешанного характера

В целях развития правового регулирования трудовых отношений в сочетании с антикоррупционным законодательством, особенно когда правоотношения между сторонами носят смешанный характер (т.е. трудовые и гражданско-правовые отношения пересекаются в соглашении о расторжении трудового договора) предлагается обсудить следующие вопросы:

Применимы ли в трудовых правоотношениях такие локальные нормативные акты работодателя, как Кодекс Этики, Положение о недопустимости коррупции, Инструкция о конфликте интересов и иные локальные нормативные акты, направленные на предотвращение коррупции?

Может ли работодатель выбрать вид ответственности работника между гражданско-правовой и уголовной в случае выявления внутренним аудитом компании-работодателя нарушений работником положений Кодекса Этики и Инструкции о конфликте интересов?

Поставленные вопросы возникли при изучении следующей практической ситуации.

Работодатель в рамках предоставления дополнительных социальных гарантий для надлежащей реализации работниками их права на достойную жизнь, предусмотренного ст. 7 Конституции РФ, предоставляет работникам негосударственные корпоративные пенсии.

Работник при увольнении по соглашению сторон за год до наступления пенсионных оснований заключил с работодателем соглашение о расторжении трудового договора, предусматривающее, что работодатель за безупречный труд работника через год после его увольнения, т.е. с момента наступления пенсионных оснований, предоставит уволенному работнику: а) негосударственное пенсионное обеспечение по поддерживающей программе корпоративного плана пожизненно с ежемесячными выплатами в размере определенной суммы процентов от среднего заработка, рассчитанного на момент увольнения; б) единовременную выплату выходного пособия в связи с расторжением трудового договора в размере десяти средних зарплат.

В период ожидания уволенным работником наступления пенсионных оснований, отдел внутреннего аудита работодателя провел запланированный аудит процессов приемки выполненных работ у подрядчиков по разным видам работ и выявил нарушения уволенным работником трудовых обязанностей, причинивших ущерб работодателю на несколько миллионов рублей. Работником также были нарушены такие локальные нормативные акты, как Кодекс этики и Инструкция о конфликте интересов, принятые работодателем в порядке ст. 8 Трудового кодекса РФ: работником были приняты не выполненные подрядчиком работы посредством подписания им актов выполненных работ. Стоимость принятых и оплаченных, но фактически не выполненных работ является суммой ущерба работодателя. После увольнения работник устроился на работу к подрядчику, у которого были приняты невыполненные работы.

Работодатель на основании отчета внутреннего аудита и службы безопасности компании о выявленных нарушениях работника до даты наступления пенсионных оснований направил работнику уведомление об отказе от исполнения (расторжении) соглашения о расторжении трудового договора в части того пункта соглашения, который предусматривает предоставление негосударственного пенсионного обеспечения. Работодатель обосновал свой от-

каз от исполнения тем, что заключил соглашение под влиянием заблуждения. В связи с этим возникает следующий вопрос: может ли гражданско-правовая норма о влиянии заблуждения на сделку применяться к соглашению о расторжении трудового договора? Ответ на данный вопрос может быть следующим: соглашение о расторжении трудового договора в зависимости от включенных в него условий может представлять собой смешанный договор, который регулирует трудовые и гражданские правоотношения сторон. Урегулирование разных видов правоотношений одним договором не противоречит смыслу ни трудового, ни гражданского законодательства.

Учитывая, что работодатель является публичным акционерным обществом, то для соблюдения биржевых требований листинга компания имеет отдельное структурное подразделение, осуществляющее внутренний аудит, которое подотчетно совету директоров компании. Утвержденное советом директоров положение о внутреннем аудите предписывает подготовку и предоставление совету директоров отчетов по проверкам соблюдения персоналом положений законодательства и внутренних распорядительных документов работодателя, касающихся противодействия коррупции и соблюдения требований локального Кодекса этики. Согласно ст. 5 Трудового кодекса РФ, трудовые отношения и иные непосредственно связанные с ними отношения регулируются также коллективными договорами, соглашениями и локальными нормативными актами, содержащими нормы трудового права.

Более того, рекомендациями (пп. 5 п. 272) Кодекса корпоративного управления, утвержденного Письмом Банка России от 10.04.2014 № 06-52/2463, предусмотрено, что *«к задачам внутреннего аудита рекомендуется отнести: ...5) проверку соблюдения ... работниками положений законодательства и внутренних политик общества, касающихся ... борьбы с коррупцией, соблюдения требований кодекса этики общества»*.

Советом директоров общества-работодателя утвержден Кодекс этики, который содержит описание этических норм и степени от-

ветственности в ходе осуществления трудовой и корпоративной деятельности сотрудниками компании. Принципы и положения Кодекса этики распространяются на всех работников компании. Работники ознакомлены с Кодексом этики под роспись.

Таким образом, работодателем создан весь необходимый правовой инструментарий для того, чтобы проводить проверки соблюдения работниками положений законодательства и внутренних политик компании, касающихся борьбы с коррупцией, соблюдения требований Кодекса этики.

Положение о негосударственном пенсионном обеспечении работников (далее — «Положение о НПО»), являющееся частью коллективного договора, представляет собой гармоничный документ, в котором основным принципом предоставления негосударственной пенсии становится добросовестность работника.

Коллективным договором предусмотрено, что он основан на принципах уважения и учета прав и законных интересов сторон социального партнерства, добровольности, законности, обоснованности принятия на себя обязательств; работники обязуются: добросовестно выполнять трудовые обязанности, установленные трудовыми договорами и иными руководящими документами, бережно относиться к имуществу работодателя, в соответствии со своими должностными обязанностями принимать меры к обеспечению его сохранности. Добросовестное исполнение работником своих трудовых обязанностей закреплено ст. 21 Трудового кодекса РФ.

Положением о НПО предусмотрено прекращение перечисления пенсионных взносов в случае наложения дисциплинарного взыскания. Учитывая, что уволенный работник не может быть подвергнут дисциплинарному взысканию, то спорные правоотношения сторон переходят из трудовых в плоскость гражданско-правовых.

На момент заключения соглашения о расторжении трудового договора с работником работодателю не были известны факты ненадлежащего исполнения работником возложенных на него трудовых обязанностей (т.е. не было известно о недобросовестном

поведении работника), а работник скрыл от работодателя свое ненадлежащее поведение, повлекшие причинение ущерба работодателю.

Вместе с тем если бы на момент заключения соглашения работодатель обладал информацией о допущенных работником нарушениях, повлекших причинение ущерба, то работодатель не заключил бы указанное соглашение или заключил бы его на значительно отличающихся условиях. Таким образом, негосударственное пенсионное обеспечение недобросовестному работнику не было бы предоставлено.

Достижение правомерной цели соглашения имеет значение не только для самих сторон, но и для налоговых последствий. Например, для признания экономически оправданными расходами выплат работникам при расторжении трудовых договоров по соглашению сторон необходимо установить достижение цели — фактическое увольнение конкретного работника с учетом соблюдения баланса интересов работника и работодателя (при котором выплаты направлены на разрешение возможной конфликтной ситуации при увольнении и не служат исключительно цели личного обогащения увольняемого работника)⁸⁶.

Одной из основных задач трудового законодательства признается «создание необходимых правовых условий для достижения оптимального согласования интересов сторон трудовых отношений, интересов государства» (ч. 2 ст. 1 Трудового кодекса РФ).

Нельзя говорить о каком-либо согласовании интересов работодателя и работника в ситуации, когда работодатель, подписывая соглашение о расторжении трудового договора с пунктом о предоставлении работнику негосударственного пенсионного обеспечения, находился под влиянием существенного заблуждения по поводу добросовестности осуществления работником его трудовой функции в момент заключения соглашения.

⁸⁶ Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 3 (2017) (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 12.07.2017) // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2018. № 9. Сентябрь.

Также интересам государства не может соответствовать поддержка работодателями тех работников, которые совершают неправомерные действия.

Статья 178 Гражданского кодекса РФ говорит о заблуждении в отношении обстоятельств, имевших место либо в прошлом, либо на момент совершения сделки. К таким обстоятельствам можно отнести допущенные работником до подписания соглашения нарушения трудовых обязанностей, обнаруженные после подписания соглашения проверкой внутреннего аудита работодателя.

Согласно п. 1 ст. 178 ГК РФ *«сделка, совершенная под влиянием заблуждения, может быть признана судом недействительной по иску стороны, действовавшей под влиянием заблуждения, если заблуждение было настолько существенным, что эта сторона, разумно и объективно оценивая ситуацию, не совершила бы сделку, если бы знала о действительном положении дел»*. При этом согласно п. 2 ст. 178 ГК РФ *«...заблуждение предполагается достаточно существенным, в частности если: ... (4) сторона заблуждается в отношении лица, с которым она вступает в сделку, или лица, связанного со сделкой; (5) сторона заблуждается в отношении обстоятельства, которое она упоминает в своем волеизъявлении или из наличия которого она с очевидностью для другой стороны исходит, совершая сделку»*.

Общество, являющееся работодателем, по пп. 4 п. 2 ст. 178 Гражданского кодекса РФ заблуждалось в отношении лица, с которым оно вступало в сделку, т.е. в отношении личности работника. Заблуждение относительно отдельных качеств стороны сделки может быть основанием недействительности, если они имели существенное значение для другой стороны при заключении договора.

В пункте 2 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 10.12.2013 № 162 «Обзор практики применения арбитражными судами статей 178 и 179 Гражданского кодекса Российской Федерации» разъяснено, что основанием недействительности может стать заблуждение не только относительно личности контрагента в целом, но даже от-

носителем его отдельных качеств. Такие качества должны иметь существенное значение для другой стороны.

В настоящем деле для работодателя существенное значение при заключении соглашения и предоставлении негосударственного пенсионного обеспечения имеет такое качество работника, как его добросовестность: при исполнении трудовых обязанностей и сохранении имущества работодателя согласно требованиям коллективного договора.

Также следует обратить внимание на то, что аналогами термину «заблуждение» являются термины «обман», «злоупотребление». В частности, согласно ряду положений Конвенций Международной организации труда, если заинтересованное лицо пыталось получить или получило пособие обманным путем, то оно лишается права на его получение или ограничивается в этом праве⁸⁷.

Таким образом, при подписании соглашения имели место следующие характеристики заблуждения работодателя, влияющие на его решение подписать соглашение и являющиеся пороком формирования воли работодателя: (1) очевидность заблуждения работодателя, презюмировавшего добросовестность работника

⁸⁷ См. подпункт «е» пункта 20 Конвенции № 168 Международной организации труда «О содействии занятости и защите от безработицы» (заключена в г. Женеве 21.06.1988) // Конвенции и рекомендации, принятые Международной конференцией труда. 1957–1990. Т. II. – Женева: Международное бюро труда, 1991. С. 2171–2184; подпункт «с» пункта 1 статьи 28 Конвенции № 130 Международной организации труда «О медицинской помощи и пособиях по болезни» (заключена в г. Женеве 25.06.1969) // Конвенции и рекомендации, принятые Международной Конференцией труда. 1957–1990. Т. II. – Женева: Международное бюро труда, 1991. С. 1581–1599; подпункт «с» пункта 1 статьи 22 Конвенции № 121 Международной организации труда «Об обеспечении в связи с несчастным случаем на производстве и профессиональным заболеванием» (заключена в г. Женеве 08.07.1964) // Конвенции и рекомендации, принятые Международной Конференцией труда. 1957–1990. Т. II. – Женева: Международное бюро труда, 1991. С. 1421; подпункт «с» пункта 2 статьи 10 Конвенции № 44 Международной организации труда «О пособиях лицам, являющимся безработными по независящим от них обстоятельствам» (заключена в г. Женеве 23.06.1934) // Конвенции и рекомендации, принятые Международной конференцией труда. 1919–1956. Т. I. – Женева: Международное бюро труда, 1991. С. 337–343.

при подписании соглашения; (2) существенность заблуждения, т.к. работодатель, зная о нарушениях работника, вообще бы не заключил соглашение; (3) допустимость заблуждения, т.к. действия работника по причинению ущерба работодателю не могли быть покрыты должной осмотрительностью последнего.

В юридической литературе отмечалось, что норма о недопустимости злоупотребления правом содержится в Гражданском кодексе РФ (статья 10), а не в Трудовом кодексе РФ, но при этом пункт 27 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17.03.2004 № 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации» разъясняет, что при реализации гарантий, предоставляемых Трудовым кодексом РФ работникам, в случае расторжения с ними трудового договора, должен соблюдаться общеправовой принцип недопустимости злоупотребления правом, в том числе и со стороны работников. Таким образом, Верховный Суд РФ распространяет общеправовой принцип недопустимости злоупотребления правом на трудовые отношения, подчеркивая необходимость соблюдения данного принципа в том числе и работником⁸⁸. Таким образом, добросовестность участников гражданских правоотношений и разумность их действий предполагаются, как того требует ст. 10 Гражданского кодекса РФ, а работник, в свою очередь, добросовестно исполняет свои трудовые обязанности, возложенные на него трудовым договором, как того требует ст. 21 Трудового кодекса РФ⁸⁹.

Следует также учитывать, что негосударственное пенсионное обеспечение предоставляется только добросовестным работникам. При этом пенсионное обеспечение является подотраслью права социального обеспечения, а область страховых пенсий является специальным правовым регулированием. Ценность не-

⁸⁸ Сухарев А.Е. Действия работодателя и типичные заблуждения работников при увольнении по сокращению штата работников организации // Бизнес, Менеджмент и Право. 2018. № 3. С. 37–42.

⁸⁹ Поплавская В. Анализ судебной практики по привлечению работников к дисциплинарной ответственности в виде увольнения за нарушение правил поведения на работе // Трудовое право. 2019. № 11. С. 37–45.

государственного пенсионного обеспечения заключается в том, что оно предоставляется работникам в качестве корпоративной поддержки за безупречную работу, что должно быть стимулом для всех работников. Предоставление негосударственного пенсионного обеспечения является следствием исполнения работодателем норм двух отраслей права: (1) трудового права, т.к. согласно ст. 22 и 191 Трудового кодекса РФ, работодатель вправе поощрять работников за добросовестный эффективный труд (также в трудовом договоре может быть также предусмотрено дополнительное условие о дополнительном негосударственном пенсионном обеспечении работника согласно ст. 57 Трудового кодекса РФ); (2) права социального обеспечения, т.к. согласно ст. 36.31 Федерального закона от 07.05.1998 № 75-ФЗ «О негосударственных пенсионных фондах» работодатель разрабатывает пенсионные программы. При этом негосударственное пенсионное обеспечение представляется на базе трудового договора или коллективного договора и гражданско-правового договора — договора негосударственного пенсионного обеспечения.

Стимулирование поведения работника в процессе труда основывается на известной возможности работника самому определять наиболее приемлемый для себя вариант поведения в процессе производства. Управляя организацией, работодатель использует именно эту составляющую программирования добросовестности в труде. Согласно коллективному договору его целями является обеспечение социальной стабильности в компании работодателя, повышение производительности труда и качества работы и соблюдение трудовой дисциплины. Также Положение о НПО предусматривает, что негосударственное пенсионное обеспечение работников предназначено для достижения таких целей, как развитие корпоративной культуры общества и мотивация работников к эффективному труду.

Таким образом, предоставление негосударственного пенсионного обеспечения работнику, который причинил ущерб работодателю неправомерными действиями и нарушил свои трудовые обя-

занности, не способствует достижению цели негосударственного пенсионного обеспечения, противоречит корпоративной культуре, не мотивирует других работников компании к эффективному труду, разрушает социальную стабильность в компании работодателя из-за несправедливости предоставления негосударственной пенсии работнику, причинившему убытки работодателю.

Работодатель справедливо посчитал, что работник совершил нарушения, которые не совместимы с получением негосударственного пенсионного обеспечения в силу трудовых норм коллективного договора и Положения о НПО, а также в силу принципа добросовестности, который является межотраслевым принципом права.

В частности, в п. 3 Рекомендации № 130 Международной организации труда «О рассмотрении жалоб на предприятии с целью их разрешения» от 29.06.1967⁹⁰ указано, что «причины, по которым может представляться жалоба, могут относиться к любой мере или любому положению, касающимся взаимоотношений между предпринимателем и трудящимся, или которые затрагивают или могут затронуть условия труда одного или нескольких трудящихся на предприятии, если эта мера или положение представляются противоречащими условиям действующего коллективного договора, или индивидуального трудового договора, правилам внутреннего трудового распорядка, положениям законодательства, а также обычаю или практике в данной профессии, отрасли экономической деятельности, или стране, с учетом принципов добросовестности».

Интерес представляет позиция суда общей юрисдикции, который считает, что:

— во-первых, проверка внутреннего аудита работодателя не является достаточным основанием для выводов о нарушении ра-

⁹⁰ Рекомендация № 130 Международной организации труда «О рассмотрении жалоб на предприятии с целью их разрешения» (принята в г. Женеве 29.06.1967 на 51-ой сессии Генеральной конференции МОТ) // Конвенции и рекомендации, принятые Международной конференцией труда. 1957–1990. Т. II. – Женева: Международное бюро труда, 1991. С. 1525–1529.

ботником трудовых обязанностей. Суд предлагает работодателю обратиться с соответствующим заявлением в полицию. Однако работодатель выбрал более гуманную позицию, оставив работнику единовременную выплату выходного пособия в связи с расторжением трудового договора в размере десяти средних заработков, но лишив его права на получение негосударственной пенсии. При этом работодатель не рассматривал ситуацию с уголовным преследованием работника пенсионного возраста, посчитав более чем достаточной применение санкции в виде лишения негосударственного пенсионного обеспечения. Учитывая, что правоотношения между работником и работодателем имеют, как правило, личный эмоциональный окрас из-за изменившегося уровня доверия между сторонами или выявленных злоупотреблений одной из сторон, то актуальным является вопрос о предоставлении работодателю права самостоятельного определения вида ответственности работника;

— во-вторых, суд не рассматривает Кодекс Этики, Положение о недопустимости коррупции, Инструкцию о конфликте интересов в качестве локальных нормативных актов, регулирующих именно трудовые отношения, в связи с чем нарушение данных актов не относится к нарушению трудовых обязанностей;

— в-третьих правила ст. 178 Гражданского кодекса РФ о сделках, совершенных под влиянием заблуждения, не могут напрямую применяться к трудовым правоотношениям.

Указанные рассуждения суда свидетельствуют о наличии недостатков в правовом регулировании трудовых отношений и смешанных правоотношений, об отсутствии способности трактовать правовое регулирование с системе и взаимосвязи с учетом межотраслевых принципов права, а также об отсутствии четко сформулированных злоупотреблений (правовых форм недобросовестного поведения сторон трудовых отношений), которые не охватываются действующими правовыми положениями трудового законодательства, что требует его совершенствования. Государство в рамках своих позитивных обязанностей должно разрабо-

тать соответствующие меры с целью предотвращения возможных злоупотреблений в сфере трудовых правоотношений и смешанных правоотношений (с элементами трудовых и гражданских), в связи с чем компетентный орган власти, изучив выявленные судебной практикой злоупотребления, которые не подпадают под действие существующих законоположений в сфере труда, должен представить предложения относительно улучшения российского трудового законодательства.

НАУЧНОЕ ИЗДАНИЕ
SCIENTIFIC EDITION

СУДЕЙСКОЕ УСМОТРЕНИЕ

Сборник статей

Ответственные редакторы:

О.А. Егорова, В.А. Вайпан, Д.А. Фомин

JUDICIAL DISCRETION

Collection of articles

Edited by

О.А. Egorova, V.A. Vaypan, D.A. Fomin

ИЗДАТЕЛЬСТВО «ЮСТИЦИНФОРМ»
юридическая, экономическая и деловая литература;
журналы «Право и экономика», «Вестник арбитражной практики»,
«Журнал предпринимательского и корпоративного права»
«YUSTITSINFORM» PUBLISHING HOUSE
legal, economic and business literature
magazines «Law and Economics», «Bulletin of arbitration practice»,
«Journal of Entrepreneurship and Corporate Law»

Главный редактор В.А. Вайпан
Chief editor V.A. Vaypan
Генеральный директор В.В. Прошин
CEO V.V. Proshin

Подписано в печать 01.10.2020. Формат 60x90/16. Бумага офсетная.
Печ. л. 11. Тираж 1000 экз.

Signed in print 01.10.2020. Format 60x90/16. Offset paper. 11 printer's sheets.
Print run: 1000 copies.

Юстицинформ
119607, г. Москва, ул. Лобачевского, 94, оф. 7. Тел.: (495) 232-12-42
Yustitsinform
119607, Moscow, Lobachevsky st., 94, office 7. Phone number: (495) 232-12-42
<https://www.jusinf.ru> E-mail: info@jusinf.ru

Издательство «Юстицинформ» — лауреат:



Высшей
юридической
премии «Фемида»



Национальной премии
«Открытая книга
России»

Этот сборник — результат проведенного в 2019 году Первого Московского правоприменительного форума на тему «Судейское усмотрение в практике судов города Москвы». Успешное проведение Форума и его научно-практическое оформление в виде настоящего издания явились важным результатом работы Московского отделения Ассоциации юристов России.

Организаторы Московского правоприменительного форума



Вайпан Виктор Алексеевич

Председатель Московского отделения Ассоциации юристов России, проректор МГУ имени М.В. Ломоносова, доктор юридических наук, профессор, Почетный юрист города Москвы



Кравченко Дмитрий Валерьевич

Адвокат Адвокатской конторы «Аснис и партнеры» МГКА, председатель Исполкома Московского отделения Ассоциации юристов России, член Совета Адвокатской палаты г. Москвы, кандидат юридических наук

Адрес: 119607, г. Москва,
ул. Лобачевского, д. 94, офис 7
Тел: (495) 232-12-42
<https://www.jusinf.ru>

ISBN 978-5-7205-1678-9

