

ХОЗЯЙСТВЕННОЕ УГОЛОВНОЕ ПРАВО РОССИИ И ЗАВИСИМОСТЬ ОТ ПРЕДШЕСТВУЮЩЕЙ ТРАЕКТОРИИ РАЗВИТИЯ

Р.Н. АЛИМОВ,

преподаватель факультета права ГУ – ВШЭ

Введение

Как можно легко предположить, совмещение юридических и экономических изысканий в рамках одной научной работы – вещь достаточно сложная. От исследователя, помимо обязательного параллельного ознакомления с юридической и экономической литературой, требуется и изобретательность. Дело в том, что наука права как таковой имманентна формальной логике и, следовательно, дескриптивный подход к общественным отношениям. Тогда как экономика не вполне может довольствоваться освещением позитивных начал в правоведении, для нее характерно вкрапление нормативных моментов в науку, широкая аналогия и редукционизм.

Система хозяйственных преступлений, сформировавшаяся в том или ином государстве, как правило, обладает социально-экономической доминантой, то есть от того, как построена данная система, во многом зависит национальная модель развития общества. Поясним. Соответствующий раздел уголовного законодательства в континентальной правовой семье или, скажем, сочетание прецедентного и статутного права в common law, опосредующее экономические отношения, не являются изолированными от общества правовыми сигналами или декларациями.

Многоэтажное здание хозяйственного уголовного права предполагает несколько регулятивных и охранительных уровней. В регулятивной сфере, прежде всего, выясняется объект правовой охраны, то есть те ценности, нарушения которых влечёт уголовную репрессию. Следовательно, выявляется логическая зависимость уголовного ресурса от порядка управления экономическими отношениями.

Скажем, в рыночной экономике защита имущественных прав частных лиц осуществляется в качественно ином объёме, нежели это бывает административно-командных системах. Объясняется это, очевидно, тем, что, во-первых, объём предпринимательской и иной экономической деятельности в этих системах кардинально несовместим, во-вторых, правовой инструментарий, управляющий рыночной экономикой куда более разнообразен и изощрен (в административно-командной системе вполне достаточно общих запретительных оговорок). Поэтому, скажем, при переходе от одной системы к другой проблема зависимости от предшествующего пути развития (path dependence) становится весьма и весьма актуальной.

Помимо защиты прав собственности и иных имущественных прав, в хозяйственном уголовном праве, как цельном юридическом здании, выявляются и

другие «пассионарные» элементы. Во-первых, входя в отрасль уголовного права, хозяйственное уголовное право, становится её частью. Следовательно, для неё не могут не быть обязательны структура, правовой аппарат, психология и т.п. уголовного законодательства в целом.

Так, я вполне разделяю взгляды европейских юристов (Ж. Праделя, В. Жандидье, Г. Данекера и т.д.) о том, что хозяйственное уголовное право является специфической областью Особенной части уголовного законодательства для которого, возможно, и характерны определенные черты, но единственно важным и разумным критерием их отграничения от других преступлений является их подсудность «экономическим» судам¹.

Вместе с тем, в связи с отсутствием уголовно-хозяйственной подсудности в Российской Федерации, поиск решения в данной системе усложняется. Однако мне бы не хотелось увязать в многочисленных юридических прениях, посвященной классификационной тематике. Ограничимся лишь указанием на то, что в тех дискуссиях, где спор имеет прикладной характер (является ли хозяйственной (предпринимательской) медицинская, адвокатская, трудовая и т.п. деятельность), необходимо просто договариваться.

Другим, важным этажом в хозяйственном уголовном праве является его сфера действия в нормативном пространстве. Скажем, существует большое количество споров относительно деления деликтов на уголовные и административные. Сама дискуссия имеет и множество юридических выходов. Так, распространяются ли правила ведения дел в уголовном суде, установленные Конституционным Судом РФ или Европейским Судом по правам человека, на административное производство, насколько приемлемо отождествлять уголовно-правовой и административный аппараты и т.д.?! Всё это, как ни странно, напрямую влияет на конкурентоспособность товаров, брендов и технологий.

Таким образом, проблема зависимости от предшествующего развития, всегда актуальна не только при кардинальном экономическом сломе общественных отношений, но и при, казалось бы, незначительных правовых изменениях. Известно, что значительно легче поменять политические и экономические взгляды (Общую Часть), чем отказаться от своих любимых, сугубо частных привычек (Особенная часть).

Как указывают Р.М. Нуреев и Ю.В. Латов “смысл теории Path Dependence в том, что возможности выбора, который делается «здесь и сейчас», жестко детерминирован выбором, сделанным «где-то и когда-то раньше»” [16, с. 3.]. Возникшая 20 лет тому назад благодаря американским экономистам Полу Дэвиду и Брайану Артуру, теория зависимости от предшествующего пути развития имела первоначально сугубо технологическое значение. Спор о порядке расположения компьютерной клавиатуры или размера железнодорожной колеи, по началу, переносился в научную плоскость практически без изменения его прикладного характера. Вместе с тем, подобная интеллектуальная «новинка» явно выходила за рамки своего первоначального предназначения.

Поэтому, опираясь на другие социальные науки, теория path dependence приобрела и чисто гуманитарное значение. С одной стороны, принцип «history matters», который, так или иначе, преобладает в этой концепции, послужил стимулом к исследованию институционального фона любых социальных преоб-

¹ Более подробно в русском варианте см. позиции: [7, с. 413, 9]

разований. С другой, теория зависимости от предшествующего пути развития, истолкованная по-разному, тем не менее, утвердила более спокойный характер исследований, понизив *eo ipso* научную ценность маргинальных (схоластических) позиций.

Неслучайно, что такие ученые как С. Марголис и С. Лейбовиц, подчеркнули многоступенчатость концепции, наличие в «истории» как положительных, так и отрицательных моментов, невозможность поспешных и опрометчивых выводов в условиях нехватки информации. [32.] На наш взгляд, указанная теория, в целом, обозначила не столько проблему зависимости от предшествующего развития или доминанту предыдущего выбора, сколько наличие линейных моментов в развитии институтов. Понятия «последовательность» и «совместимость» – отличительные черты теории зависимости от предшествующей траектории развития. Работая постоянно, институт вбирает в себя множество прикладных моментов, которые, в свою очередь, задают параметры его эффективности. Это означает, что пересадка института в чуждую для него почву обернется сбрасыванием накопившегося социального опыта, деформацией развития, возвращением к «младенчеству»².

В этих условиях, представляется, что эффективность должна трактоваться релевантно, то есть с учетом всех обстоятельств, в том числе выгод и издержек такой трансформации.

Поэтому, потенциал теории не исчерпывается критическим анализом. Скажем, даже в случае с QWERTY-клавиатурой сравнительная эффективность DSK далеко не всем очевидна. Следовательно, качественный позитивный анализ, вскрывающий парадигму института и его фон, обладает не меньшей пользой.

В дальнейшем анализ хозяйственного уголовного права в рамках теории зависимости от предшествующей траектории развития «path dependence» будет строиться именно в этом ключе.

С точки зрения юриспруденции, хозяйственное уголовное право может иметь сколько угодно внутренних классификаций. Наиболее оптимально будет, на наш взгляд, рассмотреть его структуру с позиций элементов состава преступления, а именно наличия в хозяйственных преступлениях объекта, объективной стороны, субъекта, субъективной стороны. В качестве Специальной части у нас будет фигурировать общие выводы и заключение.

Понятие объекта в системе хозяйственных преступлений

Под объектом преступления в российской уголовно-правовой литературе принято понимать общественные отношения, подлежащие правовой охране. Данная позиция во многом сформировалась под влиянием советской юриспруденции, изначально базировавшейся на жестком разграничении объекта и предмета преступления.

Необходимо иметь в виду, что советская правовая наука (и уголовное право – не исключение) противостояло имперской юриспруденции лишь на самых первых революционных этапах государственного развития; в дальнейшем, классические взгляды Н.С. Таганцева, С.Е. Познышева, В.Д. Спасовича и др. не

² Как считают известные экономисты, «маятник качнулся в сторону куда более пессимистических культурологических концепций, утверждающих, что изменение институтов требует смены нескольких поколений и сколько-нибудь фундаментальные трансформации в обозримом будущем в принципе невозможны ввиду жесткого защитного культурного панциря и сильной инерции сложившихся институтов». [12, с. 6.]

только прижились, но и стали преобладающими, правда, без ссылки на свои истоки. В этих работах, в свою очередь, преобладали умеренные европейские традиции, в которых уже ранее обозначилось социологическое направление юриспруденции.

Поэтому, восприятие объекта уголовного преступления в советском праве как сугубо объективного явления, непосредственно не связанного с нарушенными правовыми благами не стало случайностью. Лишь жесткий этатизм в общественных науках сделал невозможным позиционирование советских юристов как продолжателей европейских идей.

Естественно, что в ходе либеральных реформ проверка на адекватность социальных теорем стала насущной проблемой. Одной из первых сфер радикального преобразования стали хозяйственные отношения. По сути, исчезнувший в годы советской власти рыночный сектор экономики поставил перед необходимостью и экономистов, и юристов исследовать и урегулировать заново всё народное хозяйство в целом. Формальная регламентация этого здания коренным образом должна была отличаться от предшествующего опыта.

Поэтому, у экономистов наверняка может вызвать удивление то обстоятельство, что объектом хозяйственных преступлений до сих пор в уголовном праве выступают, соответственно, экономические отношения, а не правовые блага, ценности и т.д. [10]. Безусловно, это явление нельзя иначе объяснить как зависимость от предшествующего развития. Дело в том, что подобная трактовка объекта преступления – результат марксистской интерпретации социальных явлений: «...для нас все в области хозяйства есть публично-правовое, а не частное» [13, т. 44 с. 398–400]. Вместе с тем, возникает законный вопрос о том – насколько подобная трактовка объекта хозяйственного преступления социально значима?

На мой взгляд, было бы крайней ошибкой предавать таким чисто доктринальным суждениям эсхатологическое значение. Ценность и эффективность хозяйственного уголовного права определяется практикой применения соответствующих статей УК, качеством повседневного обращения уголовных норм в экономической сфере.

Следовательно, необходимость непременно обновить традиционный понятийный аппарат УК РФ, в угоду веяниям, ничего иного кардинального, кроме как раздражения у консервативных юристов вызвать не может³.

Вместе с тем судебная практика по уголовно-хозяйственным делам весьма неоднородна. Показательными, в таких случаях, следует признать дела рутинного типа, поскольку именно в них действуют традиционные стимулы и импульсы.

Так, любопытным, кажется, следующее разбирательство в одном из районных судов г. Москвы.

Предпринимателю Н. было предъявлено обвинение в том, что он при отпуске товара обманывал путём обсчета потребителей И. и К., продавая новогодние ели за 1 погонный метр по 100 руб. с завышением размера последних. В качестве доказательства обвинение ссылалась на Европейские Стандарты по измерению новогодних елей и устаревшие ТУ.

Судья, удовлетворяя впоследствии отказ государственного обвинителя от обвинения, мотивировал своё решение, в частности, следующим: «Во-первых, указанные стандарты не утверждены в порядке, предусмотренном для межгосударственных соглашений, и обязательной силы для товаропроизводителей не имеют.

³ См., например: [25]

Во-вторых, в соответствии с текстом этих стандартов они разработаны для установления единых критериев измерения новогодних елей, сортировки по качеству и условию срезки, что к предъявленному подсудимому обвинению отношения не имеет. В-третьих, в этих стандартах предусмотрено измерение елей от среза до точки соприкосновения конца побега верхнего яруса со стволом».

«При таких обстоятельствах ни ТУ, ни Стандарты не предназначены для определения цены реализуемых подсудимым елей и не использовались им, поскольку в силу предусмотренных ст. 421 ГК РФ правил свободы договора, условия договора купли-продажи елей определяются по усмотрению сторон (мое выделение – А.Р.) и государственное регулирование цен на этот вид товара законом не предусмотрено...»

Очевидно, что органы правоохраны, не нашли состава хозяйственного преступления (впоследствии отмененная ст. 200 УК РФ) в действиях предпринимателя Н, именно в силу отсутствия посягательства на объект и объективную сторону деяния.

С одной стороны, в этом деле объект хозяйственного преступления понимается именно с позиций общественных отношений. Во-первых, указывается, что порядок его регулирования определяется условиями договора купли-продажи, во-вторых, подчеркивается, что цена в этом договоре не устанавливается государством.

Следовательно, трактовка объекта хозяйственного преступления как нарушенного правового блага со смещением акцента в сторону защиты потерпевшего, изменила бы формулировку самого судебного решения.

С другой, как отмечается в литературе, неактивное вмешательство правоохранительных органов в дела, подверженные межотраслевому регулированию – явление хоть и удивительное, но вполне обычное⁴. Объясняется это, как правило, нехваткой практических навыков и профессиональной квалификации работников правоохранительных органов. Также, очень часто в качестве причины правового вакуума указывается несовершенство законодательства.

Следовательно, теоретическое расхождение в трактовке понятия объекта хозяйственного преступления обуславливает лишь возможную траекторию развития (модельную форму) будущего права, тогда как уголовная инфраструктура в целом определяется иными, более сильными импульсами. Поэтому, изменение содержания понятия, предложенное в юридической литературе некоторыми авторами (А.В. Наумовым, Г.П. Новоселовым, А.В. Пашковской)⁵, а, по сути, возврат к классическим разработкам юриспруденции (правовое благо, правовая ценность, люди), конечно, отвечает либеральным интересам рыночной экономики, но не гарантирует соответствующих изменений в уголовной политике.

Как справедливо замечают Р. Нуреев и А. Рунов, для того, чтобы обеспечить реальный переход к рыночным институтам необходимо заполнить частную форму частным содержанием [33]. Напротив, чересчур активное акцентирование внимания на защите правовых благ в хозяйственной сфере даже на теоретическом уровне, может быть, нежелательно. Под видом защиты подобных ценностей способны усилиться различные парадигмы уголовного права, оправдывающие жесткую государственную репрессию.

⁴ Во всяком случае, такова позиция многих уважаемых юристов. См., например, работы И. Клепичко, И. Пастухова, П. Яни и т.д.

⁵ Наиболее методологически исследовано Г.П. Новоселовым. [15]

Как верно указывает И.А. Клепицкий, «охрана порядка ради порядка там, где речь о жизненно важном интересе общества относительно эффективного функционирования народного хозяйства – дело бессмысленное и даже вредное», «нормы о хозяйственных преступлениях призваны обеспечить не только и не столько порядок в хозяйственной сфере, сколько нормальные условия для эффективного функционирования народного хозяйства». [9, с. 48.] В этом случае, подобная охрана – явный пережиток советской эпохи.

Поэтому, такие понятия, как общественные отношения, порядок, нормальные условия, и даже эффективность, которые, свою очередь, уже опосредуют объективный результат (технологический выход) деяния, могут оказаться даже предпочтительными. И главное – в этом вопросе нельзя заикливаться на понятийном споре, существенным должна оставаться лишь связь между нарушением условий, порядка и т.д. функционирования и причиненным, вследствие этого, вредом.

Другой «старой новой» категорией, требующей освещения в рамках вопроса об объекте хозяйственного преступления, является «общественная опасность». Этот вопрос имеет уже и чисто прагматический подтекст.

Какова экономическая граница между уголовным и административным деликтом? Каковы предпосылки формальных составов в УК? Каково должно быть соотношение между формальными и материальными составами?

«Общественная опасность», согласно ст. 14 УК, это признак преступления, выражающий его материальную сущность. В соответствии с п. 1 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 11 июня 1999 г. № 40 «О практике назначения судами уголовного наказания», «характер общественной опасности преступления зависит от установленных судом объекта посягательства, формы вины и отнесения Уголовным кодексом преступного деяния к соответствующей категории преступления (ст. 15 УК РФ), а степень общественной опасности преступления определяется обстоятельствами содеянного (например, степенью осуществления преступного намерения, способом совершения преступления, размером вреда или тяжестью наступивших последствий, ролью подсудимого при совершении преступления в соучастии». Как видно, «общественная опасность» разлита ВС РФ по всем элементам состава, образуя при этом легитимный каркас преступного деяния. Доказательство общественной опасности – необходимое условие привлечения лица к уголовной ответственности⁶.

Несмотря на острую и лишь отчасти справедливую критику теории *social danger*, я думаю её (критику) можно в данном случае проигнорировать. С точки зрения развития российской правовой системы, указанная теория – и легитимный базис УК, и, одновременно, визитная карточка. Являясь своего рода брендом отечественного законодательного производства (несмотря на то, что по корням теория вполне европейская) она имеет конкурентоспособный потенциал⁷.

Экономическим объяснением существования данной категории (причем, особенно в сфере хозяйственного уголовного права) могут служить следующие положения:

⁶ В этой связи можно вспомнить знаменитую речь адвоката Плевако в защиту старушки, укравшей чайник: «Все вытерпела, все преодолела Россия, только крепла и росла от испытаний. Но теперь, теперь... Старушка украла старый чайник ценою в 30 копеек. Этого Россия уж, конечно, не выдержит, от этого она погибнет, безвозвратно» [17.] Понятие «Малозначительность деяния», оставшееся нам по наследству от царской и советской России, едва ли заслуживает укоров со стороны теории *path dependence*. Напротив, она смягчает критику нашего родового понятия «общественная опасность», широко развернувшуюся за рубежом. См. [30.]

⁷ Так, некоторые арабские ученые предлагают, по сути, заимствовать формально-материальное определение УК РФ и включить его в Уголовные кодексы мусульманских стран [2; 14].

- в рамках правовой системы существуют множество коллизий, разрешения которых требует наличия объективных элементов вменения, повышенной осторожности актора;
- усложнение хозяйственного оборота, изменение технологической инфраструктуры делают процедуру доказывания деяния чрезвычайно трудоемкой и, следовательно, избирательной;
- повышение профессиональной квалификации «беловоротничковой» преступности превращает презумпцию невиновности в исключительную юридическую фикцию; в таких преступлениях, умысел (вина) может и предполагаться;
- в некоторых случаях категория «общественной опасности» обеспечивает экономию уголовной репрессии, соизмерение затрат раскрытия преступления с причиненным ущербом;
- «общественная опасность» обладает и символическим действием, стигматизирует определенные преступные деяния.

Вместе с тем было бы большой ошибкой использовать категории подобного рода с целью «борьбы» с экономической преступностью. Народное хозяйство чрезвычайно чувствительно к внешней конъюнктуре, поэтому исключительно жесткое воздействие на него может парализовать весь оборот, привести к тому, что отдельные негативные элементы системы станут восприниматься обществом как её неотъемлемые признаки.

Например, широко распространенное негативное мнение о «новых русских», «русской мафии», культивированное СМИ, вряд ли, соответствовало масштабам их нелегальной деятельности. Экономический урон, нанесенный нарождающему национальному хозяйству в результате подобных атак, на наш взгляд, требует отдельного подсчета.

Уголовная политика не должна восприниматься гражданами как средство общественного спасения, напротив, постановка уголовного права, только как права исключительной и, одновременно, ограниченной меры, возможно, даст результаты. К сожалению, на сегодняшний день тенденции совершенно иные: уже говорят о тюремной народной культуре, понятиях, авторитетах и т.д. В данном случае – «зональная» хозяйственная культура – ещё одно подтверждение теории зависимости от предшествующего пути развития (так, как и в советские годы в местах лишения свободы постоянно находятся не менее миллиона человек).

Поэтому, уголовная ответственность за хозяйственные преступления (и не только) рассматривается в развитых правовых системах комплексно, то есть, с учетом наличия иных формальных и неформальных мер принуждения. На юридико-техническом уровне это проявляется в исследовании понятий хозяйственного права, уточнении их содержания, выявлении общих правовых сигналов.

На уровне экономическом – востребован, прежде всего, анализ социальных последствий деяния.

В этой связи, категория «общественной опасности», на наш взгляд, по-особому позиционирует уголовное право.

Так, известный советский ученый М.С. Строгович, оценивая взаимодействие уголовного и административного права, отрицал за административным деликтом свойство общественной опасности, мотивируя это следующим: «Если считать все правонарушения общественно опасными деяниями, которые различаются лишь по

степени их общественной опасности, понятие общественной опасности потеряет всякую определенность, получится, что любой проступок, заслуживающий отрицательной правовой оценки, будет общественно опасным деянием». [22, с. 139.]

В принципе, несмотря на известную схоластичность высказываний подобного рода, за ними кроется рациональное зерно, например стремление дифференцировать нелегальное поведение, индивидуализировать ответственность, что особенно значимо в экономических отношениях.

Вместе с тем, общеевропейский кризис уголовного права, от которого Россия не может не зависеть придает данным общим спорам оттенок виртуальности. Эта зависимость от предшествующего (все равно, европейского) развития означает, что наряду с национальными социальными болезнями, страна должна решать и глобальные проблемы. Вкратце, они в хозяйственном уголовном праве таковы:

- инфляция уголовного законодательства, ужесточение репрессивной политики;
- одновременно с этим, сужение потенциально эффективных способов борьбы с преступностью, объясняемое, в том числе, и необходимостью поддержки силами всей правовой системы национальной экономической конкурентоспособности;
- возрастающая затратность правоохраны;
- этническая, конфессиональная и социальная сегментизация правовой системы, требующая, в свою очередь, как твердой постановки толерантности в обществе, так и ассимиляции населения.

Думается, что решать такие вызовы необходимо на совершенно иной теоретической подкладке: «Голые декларации, которыми насыщены наши хозяйственные законы (порой напоминающие учебные пособия по экономической теории), совершенно не характерны для законов государств с развитой рыночной экономикой». [9, с. 88.] Подобная декларативность, и отчасти, схоластичность уголовной системы, проявляется, на наш взгляд, прежде всего, в формулировке объективной стороны хозяйственных преступлений.

Объективная сторона хозяйственных преступлений

Советская методология регулирования народного хозяйства, опрокинутая либеральными реформами, ограничивалась наличием двух-трех статей в Уголовном Кодексе, полностью исключавшим предпринимательский оборот как таковой. Кроме того, имелась (на ранних этапах) широкая правоприменительная практика. Естественно, что принятие подобного уголовного законодательства и, главное, его применение не требовало больших интеллектуальных усилий.

В результате реформ, законодательный массив в сфере хозяйственного законодательства существенно возрос. Образовалось несколько, совершенно новых сфер регулирования. Тем не менее, ощущение «советского духа» в принятом 1996 г. Уголовном Кодексе осталось. «Тропа зависимости» пролегла по следующим узловым моментам: преобладание в УК (прежде всего в гл. 22) статей, основанных на охране интересов государства в предпринимательской сфере.

Во-первых, публичная власть строго воспроизводит свою контрольно-надзорную функцию, добиваясь от своей законодательной ветви при этом жестких санкций за посягательство на неё (ст. 170, 171, 172 и т.д. УК). Во-вторых, она

обеспечивает на правовом уровне фискальный аспект собственной деятельности, проявляет заботу, прежде всего, об источниках пополнения казны (например, ст. 193, 194, 198, 199 УК).

Естественно, что наличие порядка в экономических отношениях, формальных и неформальных барьеров для криминальной деятельности – вещь вполне необходимая. Налоговые неплатежи также серьёзно делегитимизируют предпринимательский оборот. Однако ни контроль за прозрачностью экономических отношений, ни казенный интерес сутью хозяйства не являются. Как пишет П. Крючкова, наблюдается «тенденция к максимальной регламентации хозяйственной деятельности, генерации формальных норм даже тогда, когда это не является необходимым... В российских условиях ни законодательно, ни неформально не ограничены сферы вмешательства государства в экономику (а priori признается, что государство может создавать правила в любой сфере...)» [11, с. 68–69]. Вместе с тем, восстановление административных методов, присущих советской системе, не сопровождается ни усилением качества правоохраны, ни последовательностью в его проведение. Барьеростроение, как считают экономисты, осуществляется на основе «кормленческих» интересов бюрократии. Таким образом, сочетание уголовного и внеуголовного контроля происходит произвольно, не зависит от индивидуальной эффективной доли каждого. В таких условиях, попытки некоторых юристов разработать «Курс теневого права» не кажутся чем-то уж асоциальным и ненужным⁸.

Мозаичность уголовно-правовой охраны, непоследовательность правовых сигналов. Коль скоро государство уделяет такое большое внимание прозрачности экономических отношений (иначе избыточную формализацию на легитимном уровне трудно будет объяснить), то встаёт законный вопрос – насколько это должно само по себе влиять на конструкцию состава преступления. Если предпороговый контроль становится общественным приоритетом, то уголовные санкции за нарушения его норм должны быть, и должны быть, независимо от причиненного вреда. Однако, как уже было не раз отмечено в юридической литературе, материальные составы в деяниях подобного рода преобладают – то есть, вред становится криминообразующим фактором [9, с. 57].

С одной стороны, такое допущение «искусственных» материальных составов, либеральное благо, поскольку процедура доказывания прокуратурой таких преступлений значительно усложняется – происходит фактическая депенализация деяния (см. ст. 171, 172 УК) Некоторые экономисты даже поддерживают подобные «принципиальные изменения» законодательства:

- «переход к максимально возможному упрощению доступа хозяйствующих субъектов на рынок при одновременном повышении ответственности ... за реальный результат деятельности;
- перемещение акцентов с контроля наличия и правильности оформления документов ... на контроль самой деятельности, реального качества товаров, реального поведения предпринимателей на рынке;
- создание механизмов несения ответственности нарушителей не только перед государством...» [3, с. 86].

С другой, «благими намерениями...» Во-первых, формальные правила, таким образом, превращаются в ненужный обществу административный частокор, подверженный всем «превратным ветрам», коль скоро они уголовно не значимы. Во-

⁸ Предложение кафедры конституционного и административного права ГУ–ВШЭ.

вторых, сама искусственность материального состава (т.е. отсутствие реальной причинной связи между деянием и вредом)⁹ заставляет судебную систему её выискивать, причём иногда самым замысловатым образом. Так, рождается проблема оценочных понятий и судейского усмотрения.

Декларативность и размытость многих составов преступлений, заимствованных из иностранного и русского права (криминальное банкротство, антимонопольное законодательство, кредитный обман и т.д.). Юридический анализ (при фактическом отсутствии статистических данных для национально-экономических исследований) подобных уголовно-правовых норм строится на воспроизведении зарубежного опыта регулирования, подыскивании подходящих формулировок для УК РФ. Использование современных охранительных процедур в народном хозяйстве станет возможным только тогда, когда совпадут различные по своей направленности публичные и частные интересы.

Как следствие, при охране хозяйственных отношений в судебной практике используются традиционные (универсальные) составы, которые, конечно, необходимы (убийство, мошенничество, налоговые преступления и т.д.), но недостаточны для защиты именно рыночных ценностей.

Вместе с тем было бы неправильно оценивать сложившуюся уголовно-хозяйственную систему однозначно (неважно, негативно или позитивно). Так, Н.А. Лопашенко объясняет присутствие материальных составов в хозяйственных преступлениях двумя факторами – наличием такого обстоятельства, исключающего преступность деяния как обоснованный риск и системой налоговых правонарушений¹⁰.

Анализ уголовной системы в рамках объективной стороны хозяйственных преступлений – это анализ её возможностей по управлению экономическими отношениями с помощью материальных норм. Этот анализ имеет серьёзные ограничения. Скажем, типичное поведение, как отмечают многие юристы (А.Э. Жалинский, Н.Ф. Кузнецова и т.д.), каким бы оно антисоциальным не было, вряд ли поддается эффективному уголовно-правовому регулированию. Также, скажем, серьёзное присутствие государственного сектора в экономике (причем, независимо от степени демократичности режима), делит коммерческие корпорации на ряд классов, что вряд ли способствует воплощению концепции равноудаленности бизнеса, в том числе, и в хозяйственном уголовном праве. Исследование этих ограничений весьма полезно.

Поэтому, анализ субъекта хозяйственного преступления приобретает особое значение.

Как отмечается в правовой литературе, развитие взаимоотношений между государством и частными лицами в России последовательно шло по направлению уменьшения прямого управления субъектами права, при сохранении и увеличении объёма регулирования их деятельности¹¹.

⁹ См., например, ст. 173 УК.

¹⁰ Выступление Н.А. Лопашенко на конференции в Институте государства и права РАН, посвященной десятилетию УК РФ. Надо отметить, что в таком случае наличие интеллектуальных связей между предпринимательской деятельностью и категорией «обоснованный риск» ставит под сомнение конституционность многих уголовных запретов.

¹¹ [23, с. 3]. Надо заметить, что в юриспруденции это тематика широко освещается. Скажем, существует последовательный анализ перехода регистрации субъектов гражданского оборота с концессионной системы к явочной. и т.д. Например, некоторые американские административисты при мотивировке по сути правильной позиции о необходимости более тщательного контроля над юридическими лицами, чем над лицами физическими, одним из доводов в пользу своего решения приводят то обстоятельство, что юридические лица являются «творением законодателя» [28, с. 712].

Вместе с тем, исторические перепады в экономическом и политическом развитии страны не позволяли избавиться от комплекса «европейской» неполноценности при либеральной эволюции в этой сфере.

Например, ещё такие известные дореволюционные правоведы как К.П. Победоносцев и И.А. Покровский [18, с. 210; 19] указывали на ситуацию «опасливой неопределенности», сложившейся в статусе частного субъекта. Вкратце она выразилась в следующих негативных чертах:

- правовой статус субъекта (в том числе и уголовно-правовой) определялся исходя из общей лояльности власти. Чем выше лояльность, тем ниже уголовная репрессия;
- положение конкретного лица зависело в некоторых вещах от социального, религиозного, этнического происхождения.

Скажем, евреям-колонидам в царской России не дозволялись шинкарство, факторство и содержание харчевен. Кроме того, на территории Российской империи, так или иначе, действовали различные правовые системы: ГК Германии, Кодекс Наполеона, шариат и т.д.¹² Являясь хорошим примером межнационального общения, данная система, тем не менее, в уголовном праве, безусловно, нуждалась в общей кодификации;

- предпринимательская профессия воспринималась, в целом, неодобрительно. Скажем, широко дискутировалась сама необходимость иностранных инвестиций;
- купеческое сословие, боясь больше власти, нежели революции, зачастую, стремилось переложить бремя государственной повинности на плече подотчетных работников.

По мере институционального развития эти наболевшие проблемы зависимости от предшествующего пути развития понемногу решались. Например, тот же В.И. Ленин подчеркивал: «Прокурор отвечает за то, чтобы ни одно решение ни одной местной власти не расходилось с законом»¹³.

Действующая Конституция РФ – это эффективный отказ от какой-либо дискриминации на формально-юридическом уровне, в том числе, и в хозяйственном уголовном праве.

Допустим, национальные республики, не обладая никакими полномочиями в уголовно-правовой сфере, тем не менее, через некоторые процедуры совместного ведения (административное, экологическое, трудовое и т.п. право) способны оказывать воздействие на формирование федеральной политики в хозяйственном праве¹⁴. Подобная политика, последовательно осуществленная, позволит как избежать институциональных ловушек, связанных с веяниями прошлого, так и обеспечить долгосрочность федеральной парадигмы.

Вместе с тем, ряд социальных вопросов в хозяйственном уголовном праве стоит довольно остро. На скамье подсудимых, например, в делах, связанных с уклонением от уплаты налогов (ст. 198–199 УК), дачей взятки (291 УК) очень часто оказываются простые статисты, роль которых в формировании преступного умысла минимальна. Социальное неравенство в таких случаях приводит и

¹² Неправильно считать, что подобный полиюридизм было своего рода институциональной ловушкой (Е.В. Блавацкий). В некоторых случаях, напротив, унификация более вредна в сферах межнационального общения, нежели плюрализм, принося неисчислимые беды. Кратковременный эффект формальной унификации разрушается очень быстро маргинальными силами как в центре, так и на местах, загнанными внутрь.

¹³ В.И. Ленин. [13] (мои выделения).

¹⁴ См., например, об этом: [5; 20].

к неравенству в уголовно-процессуальных правах. Индивидуализация ответственности, повышение качества возбуждения и рассмотрения дел – насущные российские приоритеты.

Как уже отмечалось, сугубо национальная проблематика идет об руку с проблематикой уже глобальной: уголовная ответственность юридических лиц, международное уголовное право, транснациональные корпорации и хозяйственное уголовное право и т.д.

С одной стороны, разрешение социально-экономических задач затягивает внедрение международного экономического законодательства в сферу российской юрисдикции. Это дает повод многим субъектам международных отношений резко реагировать на суверенные маневры России. Вместе с тем, только решением внутренних проблем обеспечивается внешняя интеграция страны, в противном случае, трансплантация только уводит в тень собственные институты, маргинализируя весь хозяйственный оборот.

С другой стороны, многие глобальные вызовы схожи с российской проблематикой. Социальная ответственность крупного бизнеса перед предпринимательским сообществом (нашумевшие дела ЮКОСа, Enron, WorldCom и т.д.)¹⁵, порядок функционирования естественных монополий (Газпром, континентальные монополии), защита социально уязвимых слоев населения (потребителей, инвалидов и т.д.), поощрение изобретателей одинаково актуальны во всем мире. Уголовная политика в этой области зачастую является синонимом политики государственной.

Однако, если регулирование правосубъектности – прерогатива сугубо государства, своеобразная рефлексия общества и государства на само себя, то субъективная сторона хозяйственных преступлений опосредует уже психологию самой предпринимательской сферы.

Как в экономической, так и в юридической литературе утверждается взгляд о российском предпринимателе как о малокультурном, вороватом существе, неспособном к абстрактному (ценностному) мышлению. Быть может, это правда. Вместе с тем, подобные суждения, отражая определенные «моменты истины» нуждаются в дополнительных социологических проверках. Тем не менее, уже сейчас законодателю приходится при регулировании экономической сферы считаться с подобным общественным мнением.

Конструкция субъективной стороны хозяйственного преступления, как нельзя более, должна быть подвержена социальному напору и, соответственно, изменениям. Однако, субъективные теории, выработанные советской юридической наукой, продолжают оставаться господствующими. Почему?

Вина, как одно из ключевых понятий уголовного права, отражает в себе или концентрирует необходимость уголовной репрессии, легитимизацию УК. Следовательно, определение этого термина весьма важно. В уголовно-правовой доктрине данное понятие раскрывается как психологическое отношение субъекта к преступному деянию, выраженное в двух формах: умысле и неосторожности. Таким образом, социальная окраска вины переносится (транслируется) в других нормативных признаках преступления, скажем, общественная опасность или противоправность.

¹⁵ Чтобы не быть голословным следует отметить, что введение THE SARBANES-OXLEY ACT в США стоило немало: 5,5 млрд. долл. в год [31].

В литературе уже было высказано предположение о том, что едва ли понятие «общественная опасность» в одиночку способно позиционировать легитимность субъективного вменения¹⁶. Низкая правовая культура («правовой нигилизм») предпринимателя требует, на наш взгляд, специального законодательного регулирования.

Так, ещё В.И. Ленин своеобразно и оригинально поставил задачу: «Торгуй, наживайся, мы это тебе позволим, но втрое подтянем твою обязанность быть честным, давать правдивые и аккуратные отчеты, считаться не только с буквой, но и с духом ... законодательства, не допускать ни тени отступления от наших законов...»¹⁷.

Например, с нашей точки зрения, хозяйственная осмотрительность, так же как и бесхозяйственность должны быть разведены в уголовном праве уже на уровне Общей части. Оттенок индифферентности законодателя, использующего психологический подход в определении понятия, может быть оправдан только в странах развитой демократии, тогда как российские условия не позволяют решать проблему таким образом.

Кроме того, скажем, в уголовном законодательстве США и ФРГ социальные категории в определении вины используются и не без успеха (*persnliche Vorwerfbarkeit, blameworthiness*)¹⁸. Быть может, прямое заимствование понятие упречности было бы актом неуважения к уголовно-правовой теории (либо даже невозможностью в силу *path dependence*), однако, определенные вкрапления в социальную ткань вины, на наш взгляд, могут принести только пользу.

В противном случае, дальнейшее расширение уголовно-правовой охраны хозяйственных отношений (криминализация неосторожного банкротства, формализация материальных составов и т.д.) будет трудно объяснить, в первую очередь, предпринимательским кругам.

Другим важным вопросом в хозяйственном уголовном праве остается необходимость криминализации неосторожных деяний¹⁹, которые, кстати, составляют если не большую, то существенную часть XVII европейских стран.

Жесткое внедрение момента должностования в хозяйственных отношениях в идеале может привести к следующему. С одной стороны:

- повысится прозрачность и чистоплотность оборота, профессиональность в формальных вопросах;
- усилится общий эффект хозяйственной уголовной репрессии;
- унификация правил делового оборота станет тотальной и т.д.

С другой стороны, возможны и негативные последствия:

- предпринимательские (в том числе, внедренческие) риски только возрастут;
- увеличение репрессии – увеличение расходов на её проведение;
- унификация станет не только тотальной, но и формальной, что может привести к оттоку внесистемного капитала (e.g. олигархического бизнеса, средств исламских банков и страховых обществ и т.д.)

¹⁶ См.: [1, 24].

¹⁷ [13, с. 399-400] (мои выделения). Как ни странно, эта позиция во многом перекликается с современными зарубежными концепциями ХУП.

¹⁸ См., например: [29.; 6, с. 210].

¹⁹ Применительно к уголовному праву (в противоположность деликтному) эта проблема *Law and Economics* не рассматривалась.

– усилится конкурентоспособность государственных корпораций в сравнении и за счет частных.

Вместе с тем, постсоветская действительность пока, что сталкивается лишь с малой толикой современных вызовов, поэтому, европейская проблематика остается маяком «светлого будущего». На сегодняшний день, необходимо, наряду с повышением дисциплины в экономическом обороте, усиливать надзор за методами правоохраны (допустим, соотношение налоговых проверок и уголовной репрессии, дублирование публичных функций, неэффективность антимонопольных структур и т.д.). Поэтому, совместная проработка властью и бизнесом субъективных моментов снизит трансформационные издержки, связанные со становлением хозяйственного оборота и его культуры.

Хозяйственное уголовное право и зависимость от предшествующей траектории развития: заключение. Было бы большой ошибкой посчитать, что проведенное исследование хоть в какой-то мере заполнило пробел, образовавшийся в результате жесткой специализации науки уголовного права и экономической теории. Детальное изучение взаимодействия хозяйственного уголовного права и зависимости от предшествующей траектории развития ещё впереди. Вместе с тем, некоторые важные выводы можно сделать уже сейчас.

Во-первых, в некотором противоречии с мнением о том, что «хозяйственно-правовой плюрализм представляет собой питательную среду для экономического загнивания и деградации социума»²⁰, мы сочтем нужным сказать, что это в никакой мере не должно лимитировать следующие тенденции: а) соперничества между экономическими (неформальными) и правовыми нормами с отбором наиболее эффективных, б) конкуренции уголовно-правовых норм с хозяйственно-правовыми (с четкой легитимацией подмены диспозитивного регулирования – охранительным, и наоборот), в) свободного вхождения легального иностранного ресурса в экономику, г) уважением традиций и обычаев. Плюрализм, в том числе и правовой, и его прогрессивное движение вполне отвечает ситуации Парето-улучшения – выигрывают все. Поэтому, складывавшаяся в России веками поливариантность мировоззрения, вполне соответствуя теории зависимости от предшествующего пути развития, тем не менее, не несла и не несет отрицательной нагрузки.

ЛИТЕРАТУРА

1. *Алимов Р.Н.* Развитие однородных связей между нормами гражданского и уголовного права: экономический подход // Модернизация экономики и выращивание институтов (сб. студенческих работ) ГУ-ВШЭ, 2005.
2. *Амин Омар Ахмед Бабикер.* Развитие уголовного законодательства Судана. Автореферат дис. на соиск уч. ст. к.ю.н. М., 1999.
3. *Аузан А. Крючкова П.* Административные барьеры в экономике: задачи деблокирования // Вопросы экономики. № 5. 2001.
4. *Блавацкий Е.В.* Правовой плюрализм как форма институциональной ловушки // «20 лет исследования QWERTY-эффектов и зависимости от предшествующего развития». ГУ-ВШЭ, 2005.

²⁰ [4, с. 50] «Важной и интересной особенностью развития почти всех современных национально-правовых систем является создание альтернативных не только наказанию, но и уголовной ответственности форм разрешения уголовно-правовых конфликтов или компенсационно-примирительных мер реагирования на преступления» [26, с. 63]. Разумеется, при этом конкуренция должна быть разумной, последовательной, непротиворечивой.

5. *Вайда Я.С.* Договорное регулирование федеративных отношений между Россией и Татарстаном // Актуальные проблемы истории государственности татарского народа. Казань, «Матбугат йорты» 2000.
6. *Дубовик О.Л.* Кризис уголовного права и уголовно-правовой теории // Право и политика. 2001. № 2.
7. *Жалинский А.Э.* Современное немецкое уголовное право. М. 2004.
8. *Жалинский А.Э.* Уголовное право как ресурс: проблемы модернизации // Конкурентоспособность и модернизация экономики. Отв. ред. Е.Г. Ясин. Кн. 2. М., 2004.
9. *Клепицкий И.А.* Система хозяйственных преступлений. М., 2005.
10. Комментарий к УК РФ. Отв. Ред. А.И. Рарог. М., 2004.
11. *Крючкова П.* Снятие административных барьеров в экономике // Вопросы экономики. № 11. 2003.
12. *Кузьминов Я.И., Радаев В.В., Яковлев А.А., Ясин Е.Г.* Институты: от заимствования к выращиванию. Опыт российских реформ... ГУ-ВШЭ, 2005.
13. *Ленин В.И.* Полн. Собр. Соч., Т. 44–45.
14. *Набиль Абдельрахман Аль-Ассуми.* Преступление и наказание по уголовному праву Бахрейна и ОАЭ. Автореферат дис. на соиск уч. ст. к.ю.н. М., 2000.
15. *Новоселов П.* Учение об объекте преступления. М, 2001.
16. *Нуреев Р.М., Латов Ю.В.* Теория зависимости от предшествующего развития в контексте институциональной экономической истории // «20 лет исследования QWERTY-эффектов и зависимости от предшествующего развития». ГУ-ВШЭ, 2005.
17. *Плевако Ф.Н.* Избранные речи. М., 1993.
18. *Победоносцев К.П.* Курс гражданского права. Первая часть. М., 2002.
19. *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. М., 2001.
20. *Равилова Э.И.* Обеспечение права на благоприятную окружающую среду в Республике Башкортостан. Автореферат дис. на соиск уч. ст. к.ю.н. Уфа, 1999.
21. *Резник М.* Вступление // Плевако Ф.Н. Избранные речи. М., 1993.
22. *Строгович М.С.* Основные вопросы советской социалистической законности. М., 1966.
23. *Тихомиров Ю.А.* Государственная регистрация статусов юридических и физических лиц // Право и экономика. 2000. № 1.
24. *Фаткуллина М.Б.* Юридические и фактические ошибки в уголовном праве: проблемы квалификации. Автореферат дис. на соиск уч. ст. к.ю.н. Екатеринбург, 2001.
25. *Филимонов В.Д.* Охранительная функция уголовного права. СПб., 2003.
26. *Хатеневич Т.* Проблемы адекватности применения норм, регламентирующих освобождение от уголовной ответственности по специальным основаниям // Юстыцыя Беларусі. № 8. 2004. С. 63.
27. *Цирель С.В.* QWERTY-эффекты, Path Dependency и закон Седова, или Возможно ли выращивание устойчивых институтов в России // «20 лет исследования QWERTY-эффектов и зависимости от предшествующего развития». ГУ-ВШЭ, 2005.
28. *Alfred C. Aman, Jr, William T. Mayton* Administrative Law.. West Group. 1998.
29. *Randy E. Barnett.* Getting even: restitution, preventive detention, and the tort / crime distinction // 76 Boston ULR 157 F/A 1996.

30. *Cooter R., Ulen T.* Law & Economics. Third edition
31. *Roland Hefendehl.* Enron, WorldCom, and the Consequences: Business Criminal Law Between Doctrinal Requirements and the Hopes of Crime Policy // BUFFALO CRIMINAL LAW REVIEW (Vol. 8:51. 2004).
32. *Margolis S.E., Leibowitz S. J.* Path dependence // The New Palgrave Dictionary of Law Economics. Ed. By. P. Newman. L., 1998.
33. *Nureev R., Runov A.* Back to Private Ownership or On to Private Ownership // Social Sciences. Vol. 34. № 2, 2003.