

ЭКОНОМИЧЕСКАЯ ТЕОРИЯ КАК ОСНОВАНИЕ КОНСТИТУЦИОННОГО ТОЛКОВАНИЯ

Д. В. НЕФЁДОВ*

Нормы конституции не всегда конкретны. В результате этого ее толкование многовариантно. Часто такая ситуация используется государственной властью для того, чтобы реализовать на практике проект, по сути противоречащий конституционным основам, под предлогом специфического толкования. В таких случаях необходимо обращаться не только к тексту основного закона, но и к его смыслу. Но как понять смысл Конституции, как выяснить действительное значение ее положений и, главное, кто способен это сделать, рассматривается в представленной статье. Автор исходит из того, что Конституционный Суд — не единственный эксперт в таких вопросах, поскольку его решение часто связано публичным интересом, который противоречит объективной экономической логике или даже противоположен ей. Учитывая это, главная роль в конституционном толковании должна принадлежать науке, более независимой в своих заключениях. При этом правовой доктрине следует тесно взаимодействовать с экономической, поскольку только последняя представляет нам систему объективных законов экономического развития, а право призвано лишь оформлять их в соответствующие законодательные нормы.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: экономический анализ права, экономическая теория, источники права, правовая доктрина, конституционная экономика.



Нефёдов Дмитрий Викторович, профессор, заведующий кафедрой финансового права юридического факультета НИУ «Высшая школа экономики» (С.-Петербург), доцент, кандидат юридических наук

NEFYODOV D. V. ECONOMIC THEORY AS A FOUNDATION OF THE CONSTITUTIONAL INTERPRETATION

Regulations of the Constitution are not always specific. As a result, its interpretation is various. Often such a situation is used by the government to implement the project which in fact contradicts the constitutional bases on the ground of specific interpretation. In such cases it is necessary to address not only the text of the fundamental law, but also its sense. But how to understand the sense of the

* Nefyodov Dmitry Viktorovich — professor, head of the Department of Financial Law, Law Faculty of the National Research University Higher School of Economics (St. Petersburg), associate professor, candidate of legal sciences.

E-mail: 007dnef@gmail.com

© Нефёдов Д. В., 2013

Constitution, how to find out the real meaning of its provisions and, primarily, who is capable of making it, — these questions are considered in the provided article. The author recognizes that the Constitutional court is not the only expert in such questions, as its decision is often connected with the public interests which contradict the objective economic logic or are even contrary to it. In consideration of the foregoing, the science shall play the main role in the constitutional interpretation because it is more independent in its conclusions. Thus, the legal doctrine should closely interact with the economic one, as only the latter represents the system of objective laws of economic development, and the law is aimed at arranging them in the relevant legislative regulations.

KEYWORDS: economic analysis of law, economic theory, sources of law, legal theory, constitutional economics.

1. ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМЫ

Идея написания этой статьи зрела довольно долго, пока не появилась замечательная иллюстрация к ней в виде работы к. ю. н., доцента кафедры конституционного права Северо-Западного института управления РАНХиГС, начальника Управления конституционных основ публичного права КС РФ Е. В. Тарибо «Конституционное измерение качества и обоснованности фискальных барьеров в сфере предпринимательства (комментарий к Постановлению Конституционного Суда РФ от 23 мая 2013 года № 11-П)». Его статья стала удачным поводом, чтобы систематизировать собранную ранее информацию и показать ту пользу, которую представляет для юристов экономическая теория. В последнее время часто говорят об экономическом анализе права, и хотя, как мне кажется, этот термин не совсем удачный, в нашем случае он может быть использован без каких-либо сомнений.

Статья Е. В. Тарибо посвящена, казалось бы, рядовому случаю — обоснованию постановления Конституционного Суда РФ.¹ В ней он выражает интерес к критике своей позиции, несмотря на то что ранее всячески способствовал принятию соответствующего постановления. Причина этого желания могла быть любой: необходимость еще больше укрепиться в своей правоте или, наоборот, выслушать дополнительную критику. Сейчас это уже не важно, поскольку затронутая им тема по своей значимости превосходит не только само постановление, но и те аргументы, которые были положены в его основание.

В чем суть проблемы, скрывающейся от нас за фасадом высокого судебного акта? Фабула дела проста. Заявитель обратился в Конституционный Суд РФ, желая оценить справедливость норм Налогового кодекса РФ. Будучи предпринимателем, он пытался получить лицензию и уплатил госпошлину. В выдаче лицензии ему отказали, а пошлину не вернули. Предметом конституционной проверки стали нормы Налогового кодекса, регулирующие эти отношения. Суд постановил, что с 29 января 2010 г. действует новый порядок, в соответствии с которым позиция лицензирующего органа законна. Далее он поддержал законодателя, указав на то,

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 23 мая 2013 г. № 11-П «По делу о проверке конституционности пункта 1 статьи 333⁴⁰ Налогового кодекса Российской Федерации в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью «Встреча» // СЗ РФ. 2013. № 22. Ст. 2862.

что 1) заявитель может обжаловать отказ в выдаче лицензии в обычном порядке и 2) деятельность предпринимателя (оборот в сфере алкогольной продукции) носит специфический характер, допускающий невозврат пошлины как дополнительную меру ее ограничения. В этой безупречной с формальной точки зрения позиции есть некоторые слабые места, заставляющие сомневаться в ее обоснованности.

Конституционный Суд РФ знал, что предметом его анализа станут общие вопросы. Просьба заявителя состояла в том, чтобы оценить конституционность норм закона. Она была последней попыткой защититься от произвола бюрократии. Этот «крик о помощи», связанный с известными злоупотреблениями лицензирующих органов, выглядит крайней мерой, поскольку предпринимателя явно возмутила не потерянная сумма, а абсурдность предлагаемой модели лицензирования. Его просьба осталась без внимания, суд сделал вид, что не понимает, о чем идет речь, уклонившись предложить опротестовать отказ в обычном порядке. Как пишет Е. В. Тарибо: «Конституционный Суд специально акцентирует на этом внимание в установочной части постановления, где указывается, что заявитель не подвергал сомнению правомерность самого отказа в предоставлении лицензии». Следует заметить, что претензия предпринимателя была в другом. Его возмутила легализация законодателем стяжательства чиновников. Предметом конституционного анализа должен был стать бюрократический произвол, а не процессуальные вопросы. Это и есть та основная, скрытая от нас проблема, которая требует научной оценки. Нужно отдать должное автору статьи, который ее понимает: «...в данном постановлении рассмотрена проблема обоснованности установления фискальных барьеров в сфере предпринимательства. Влияет ли на установление фискальных барьеров специфика той или иной предпринимательской деятельности? Какими правовыми гарантиями обладают предприниматели...».

Какими аргументами были подкреплены выводы суда? Их два. Первый — это выведенный автором статьи оригинальный принцип «касса сдачи не дает», а второй заключается в том, что торговля алкогольными напитками наносит ущерб здоровью потребителей и поэтому полностью открывать законодательные шлюзы для такого рода предпринимательства нельзя, поскольку это может вызвать «эффект домино», инициируя увеличение аналогичных исков. Такими слабыми с научной точки зрения утверждениями доказательства ограничиваются, и автор поясняет, что «соискателям лицензии следовало перейти на новые рельсы...», а также им «необходимо было осознать...» что-то. Очевидно, именно эти фразы точно передают общую атмосферу принятия соответствующего акта.

Первый аргумент даже трудно принять всерьез. Хотя мы и привыкли слышать что-то подобное от чиновников, в качестве доказательства такое утверждение явно неуместно. Увидев надпись «касса сдачи не дает», клиент всегда имеет возможность выбрать другой способ удовлетворить свою потребность, что вполне логично для диспозитивных отношений. Рассматриваемая же ситуация возникла в рамках принципиально иной, императивной, модели отношений, и в таком случае, получив отказ, ему идти некуда, поскольку лицензирующий орган один. Вернуть уплаченную госпошлину также нельзя, поскольку это запретил законодатель.

Второй аргумент связан с деятельностью истца, которую суд расценил как «безнравственную». Автор пишет: «Конституционный Суд посчитал, что невозврат государственной пошлины в случае отказа в предоставлении лицензии направлен, помимо прочего, на защиту нравственности и здоровья, других конституционно значимых ценностей, а потому является

допустимым элементом регулирования рынка алкогольной продукции». Обратимся к закону. Является ли оцениваемая деятельность запрещенной? Нет, она разрешена. Тогда кто и в каком порядке может ее ограничивать? Если такое право предоставить чиновнику, лицензирующему деятельность, уверен, что единственным критерием «нравственности, здоровья и других конституционно значимых ценностей» будет лишь размер взятки. Оправдывать несправедливость этими высокими и безответственными фразами нельзя.

Столь же сомнительна боязнь «эффекта домино», о чем пишет автор, которая напомнила мне стремление участкового улучшить статистику раскрываемости преступлений и поэтому не принимающего заявления от потерпевших. Так же и Конституционный Суд РФ вместо оценки конституционности (справедливости) закона рекомендовал обратиться в другой суд.

Как видим, предлагаемые аргументы не выдерживают критики. Они удивительно поверхностны по сравнению с масштабом поднимаемых автором проблем. Для их решения нужно избавиться от штампов и воспользоваться экономическим анализом права. Вначале сформулируем проблему предельно конкретно: имеет ли законодатель право в принципе нарушить интерес предпринимателя? Уверен, что большинство, в том числе и суд, ответят однозначно: конечно, да! Ведь для этого и существует законодатель.

Это единодушие заставляет, прежде всего, задуматься о его причинах. Почему мы заранее убеждены в том, что государство справедливо, а предприниматель — нет? Почему правота государства всем кажется очевидной, хотя экономическая теория часто утверждает обратное?² Приращение роли предпринимателя в нашем обществе во многом — следствие остаточной советской психологии.³ Эта позиция суда явно не логична для рынка.⁴ Таким образом, старый подход, настаивающий на приоритете интересов государства, нельзя использовать в условиях рыночной экономики, когда на первый план выходит предпринимательский интерес.⁵

2. КОНСТИТУЦИЯ КАК ОСНОВАНИЕ КОНСТИТУЦИОННОГО ТОЛКОВАНИЯ

Конституция имеет огромное значение. Она занимает особое место в системе законодательства, поскольку в ней сосредоточены важнейшие принципы организации общественной жизни. Благодаря такому акту формируется единое правовое пространство. Без основного закона регулирование стало бы фрагментарным, подчиняясь лишь практическим нуждам. Тем не менее нормативные акты часто противоречат конституции, и нам предстоит выяснить, почему это происходит.

Утверждение о важности главного закона принадлежит к числу своеобразных аксиом. Принимая ее без должной критики, всю текущую работу,

² Кирцнер И. Конкуренция и предпринимательство. Челябинск, 2010.

³ Ротбард М. Власть и рынок. Челябинск, 2010.

⁴ Правоту чего подкрепляет норма ст. 8 Конституции РФ: «...в Российской Федерации гарантируются... поддержка... экономической деятельности. В Российской Федерации признаются и защищаются равным образом частная, государственная, муниципальная и иные формы собственности».

⁵ Рэнд А. Капитализм: Незнакомый идеал. М., 2011; Шумпетер Й. Капитализм, социализм и демократия. М., 1995.

казалось бы, можно свести к простой формуле — приведение «плохого» законодательства в соответствие с «хорошей» конституцией. Часто ли мы задумываемся о состоятельности такого подхода? Отсутствие других, более общих целей лишает правовую науку глубины, превращая ее лишь в корректирование принятых актов. То же происходит на практике. Постепенно хозяйственная жизнь начинает существовать сама по себе, допуская возможность не только спорных правил, но и прямых противоречий с основным законом. Отдельные нарушения еще можно ликвидировать с помощью активности Конституционного Суда РФ, но что делать, когда игнорирование основного закона становится всеобщим, с чем суд справиться уже не в силах?

Чтобы разобраться в этом, необходимо отбросить дежурное оправдание о недостатках юридической техники конституции и обратить внимание на экономику. Меняясь, она требует не только смены конкретных норм, но и изменения стратегических подходов в системе законодательства. Конституция, естественно, не успевает за меняющейся хозяйственной жизнью, поэтому ее несоответствие последней не может быть устранено полностью, оно объективно. Бдительность Конституционного Суда РФ, при всей его активности, не способна исправить ситуацию до конца. Описываемое несоответствие бывает двух видов. Так, конституция может фиксировать устаревшую модель экономики, ярким примером чего были советские конституции 1924, 1936 и 1977 гг. Жизнь тогда требовала рыночных реформ, а советское законодательство продолжало защищать плановые догмы. Заметим, что при этом в праве конфликта не было. Парадоксально, но факт: при глубочайшем противоречии права и экономики противоречий между конституцией и законодательством не было. Причиной краха СССР стал вовсе не конституционный кризис, а экономическая ситуация, т. е. то, что находится вне права. Наблюдая за ситуацией изнутри законодательства, мы не способны обнаружить симптомы даже очень крупных социальных потрясений, а гармония конституционного регулирования вовсе не свидетельствует об истинной социальной гармонии.

Другую модель несоответствия демонстрирует нам современный период. Принятая на волне радикальных реформ в 1993 г. нынешняя Конституция РФ включает большое число либеральных положений. К их числу можно отнести: «Российская Федерация — Россия есть... правовое государство; ст. 2 — «Человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина — обязанность государства»; ст. 3 — «Носителем и единственным источником власти в Российской Федерации является ее многонациональный народ»; ст. 8 — «В Российской Федерации гарантируются... поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности. В Российской Федерации признаются и защищаются равным образом частная, государственная, муниципальная и иные формы собственности». К сожалению, наше время характеризуется тотальным откатом в прошлое относительно этих принципов, следствием чего стала парадоксальная ситуация: принятая 20 лет назад Конституция РФ оказывается гораздо прогрессивнее современной нам практики.⁶

⁶ Достаточно обратить внимание на следующие акты: Указ Президента РФ от 4 августа 2004 г. № 1009 «Об утверждении Перечня стратегических предприятий и стратегических акционерных обществ» (СЗ РФ. 2004. № 32. Ст. 3313), который устанавливает для ряда предприятий особые условия деятельности. Причина понятна и связана с необходимостью сохранения обороноспособности страны, сохранения системообразующих

Но главный «недостаток» конституции заключается в том, что ее нормы слишком абстрактны и допускают различное толкование.⁷ Она регулирует наиболее общие отношения, что диктует необычный стиль этого закона, допускающего порой противоположные выводы. В результате чего суд и практика имеют возможность оценивать такие нормы в своем интересе. Этот недостаток нельзя исправить улучшением юридической техники. Даже идеальная конституция все равно будет предполагать некоторую вариативность поведения, и конституционность конкретного нормативного акта невозможно оценить, руководствуясь только текстом нормы. Постановление Конституционного Суда РФ от 23 мая 2013 г. № 11-П — яркий тому пример. Невзирая на требование ст. 8 Конституции РФ о гарантии поддержки экономической деятельности, Налоговый кодекс РФ ввел норму, явно нарушающую права предпринимателя, а Конституционный Суд РФ не увидел здесь нарушения. Таким образом, конституционные нормы, являясь абстрактными и часто не соответствуя реалиям экономической жизни, объективно не могут быть эталоном.

Конституция — это лишь нормативный акт. Она не может определять суть общественных отношений, а лишь формализует их. Именно поэтому ее исполнение не исключает ошибок, заблуждений и даже злоупотреблений. Улучшить здесь ситуацию только посредством конституционного

и градообразующих предприятий, с поддержкой жизненно важных отраслей экономики. Эти причины стандартны, как известны и последствия такого протекционизма. Выделенные таким образом отрасли, по существу, переносят свои проблемы на потом, вместо того чтобы решать их сейчас. Результатом такой политики становится будущая кризисная ситуация, которая, по масштабам, значительно опаснее, чем те неблагоприятные последствия, которые мы могли бы испытать сегодня. Законсервированный кризис переносится в будущее. При этом Конституция РФ 1993 г. провозглашает важнейший рыночный принцип — конкуренции и равных условий для всех форм собственности. Следуя ему, вопросы проблемных отраслей нужно решать с помощью банкротства, которое ограничивает распространение проблем в экономике, и в неблагоприятном сегменте скоро наступают заметные улучшения.

Кроме того, несмотря на оправданную критику, продолжают сохраняться такие одиозные формы хозяйственных организаций, как госкорпорации. Расширение их деятельности относится к 2007 г., когда появились Росатом, Фонд содействия реформированию ЖКХ, Ростехнологии, Роснанотех, Олимпстрой, Банк развития (Федеральный закон Российской Федерации от 23 ноября 2007 г. № 270-ФЗ «О Государственной корпорации «Ростехнологии»» // РГ. 26 ноября 2007г.; Федеральный закон Российской Федерации от 21 июля 2007 г. № 185-ФЗ «О Фонде содействия реформированию жилищно-коммунального хозяйства»// РГ. 27 июля 2007 г.; Федеральный закон от 19 июля 2007 г. № 139-ФЗ «О Российской корпорации нанотехнологий» // СЗ РФ. № 30. 2007; Федеральный закон Российской Федерации от 1 декабря 2007 г. № 317-ФЗ «О Государственной корпорации по атомной энергии «Росатом»»// РГ. 5 декабря 2007 г.; Федеральный закон Российской Федерации от 30 октября 2007 г. № 238-ФЗ «О Государственной корпорации по строительству олимпийских объектов и развитию города Сочи как горноклиматического курорта» // РГ. 3 ноября 2007 г.; Федеральный закон Российской Федерации от 17 мая 2007 г. № 82-ФЗ «О банке развития» // 24 мая 2007 г.). Их статус крайне неопределенный и выбивается из существующей системы юридических лиц, а имущество формируется и распределяется абсолютно бесконтрольно, что предполагает возможность разнообразных злоупотреблений с бюджетными средствами. По существу, власть поставила их вне закона, что, естественно, противоречит Конституции РФ. Тем не менее госкорпорации продолжают существовать, обильно финансируются государством и даже рассматриваются им как некое основание его хозяйственной политики.

⁷ Термин «недостаток» я здесь употребляю с известной условностью, поскольку речь идет о естественном, объективно присущем любой конституции свойстве. И, скорее, здесь следует говорить просто о свойстве конституции.

надзора явно недостаточно, поскольку, прежде всего, необходимо выяснить те причины, которые определяют облик всего законодательства в целом, включая и саму конституцию. Эти причины находятся в экономической области. Другая сложность заключается в том, что даже, будучи профессиональным, суд не всегда может дать объективную оценку, поскольку не обладает для этого необходимой самостоятельностью от власти. *Текст конституции, вследствие объективно присущих этому закону свойств, не может рассматриваться в качестве единственного источника конституционного толкования, которое должен проводить не только и не столько конституционный суд.*

3. ДОКТРИНА КАК ОСНОВАНИЕ КОНСТИТУЦИОННОГО ТОЛКОВАНИЯ

Обязанность толковать конституцию часто связывают лишь с деятельностью соответствующего суда, что является принципиальной ошибкой. Эффективность работы конституционного суда в условиях кризиса законодательства часто бывает крайне мала и вне его внимания всегда остается огромный нормативный массив, который никогда не будет оценен судом. Причин этому две: большое число подобных актов, а также невозможность любого суда противостоять массовым нарушениям. Кроме того, в отдельных хозяйственных вопросах обнаруживается антиконституционный интерес самого государства. Тогда проблема выходит за рамки права и приобретает политический смысл. Здесь суду, особенно в нашей стране, противостоит сила, с которой он не решается спорить.⁸

Сегодня реальная производительность конституционного надзора, на самом деле, очень низкая, и нам требуется кардинально расширить круг лиц, способных эффективно его осуществлять. На мой взгляд, огромный не используемый в полной мере потенциал принадлежит здесь доктрине. Этот абсолютно неразвитый в нашей правовой культуре инструмент скрывает величайшие возможности. Правовая доктрина, понимаемая как мнение известных ученых-юристов, имеет свои преимущества и недостатки. Начну со вторых, поскольку они известны нам гораздо лучше. Надо признать, что научное толкование весьма непопулярно в среде практиков. Я здесь не говорю об отдельных фактах их плодотворного сотрудничества, которые своей малочисленностью только подтверждают общее правило.

⁸ Вот только один яркий пример — ст. 8 Конституции РФ: «...в РФ признаются и защищаются равным образом частная, государственная, муниципальная и иные формы собственности». В ней говорится о фундаментальном принципе любой рыночной экономики — равенстве в правах всех участников хозяйственной деятельности. Его нарушение может быть связано с фактами протекционизма со стороны государства в отношении отдельных предпринимателей или с установлением для них неравных условий деятельности. Несмотря на это, 13 октября 2008 г. был принят Федеральный закон № 173-ФЗ «О дополнительных мерах по поддержке финансовой системы Российской Федерации», в соответствии с которым «государственная корпорация “Банк развития и внешнеэкономической деятельности”... вправе предоставлять организациям, удовлетворяющим требованиям... кредиты... Общая сумма указанных кредитов (займов), а также приобретаемых Внешэкономбанком прав требований не должна превышать сумму, эквивалентную 50 млрд долларов США» (СЗ РФ, 2008. № 42. Ст. 4698). В результате государственная поддержка пришла только системообразующим банкам, что резко сократило число кредитных организаций в 2008 г. Многие из них были ликвидированы или вынуждены пройти разорительную процедуру реорганизации. Насколько такая политика соотносится с указанным конституционным принципом, неясно.

Неразвитости доктринального толкования есть объяснение. Наука зачастую предлагает нам мнения, абстракции и гипотезы. Она допускает и даже приветствует различные, порой противоположные оценки. Тем не менее ее значение общепризнано.

Активное использование науки в суде и в законодательном процессе — широко распространенная мировая практика. Если обратиться к истории, мы видим, что римское право, являясь классикой правовой культуры, представляет собой продукт коллективного творчества поколений римских ученых-юристов. Оно никогда не было нормативно-правовым актом в его сегодняшнем понимании. Папиниан, Гай, Павел, Ульпиан, Модестин не были законодателями, а лишь высказывали свое профессиональное мнение, которому в дальнейшем было придано значение *jus respondendi*, обязательности для судей. В современной Швейцарии доктрина официально рассматривается источником законодательства, а в англосаксонской системе велико влияние доктрины и «разума». ⁹ Мусульманское право основано на доктрине. ¹⁰ Российское право также признает доктрину источником международного частного, процессуального и международного публичного права. Наука принимает активное участие в формировании нового законодательства. Многие известные ученые работают в судах, законодательных комитетах, а многие государственные чиновники имеют юридическое образование. Но я бы хотел обратить внимание на другое.

Ученый часто воспринимается как менее сведущий в практических вопросах, чем чиновник, поскольку последний в силу своей близости к практике часто знает о ней гораздо больше. Но моя симпатия все равно остается на стороне ученого, что никак не связано с его особыми личными качествами. Близость мнения ученых к истине обусловлена только тем, что таких мнений... много. Это дает свободу выбора их. Притом что каждый конкретно, естественно, отстаивает свой собственный интерес, соперничество идей рождает наиболее выгодный подход. За конкуренцией ученых наблюдают общество, суд, законодатель, делая независимый выбор. Доктрина, таким образом, всегда выгодно отличается от субъективного мнения законодателя, чьи нормативно-правовые акты рождаются не в результате конкурса идей, а по воле власти. По той же причине позиция ученых-чиновников часто бывает напрямую связана с их службой. Любые исключения из этого правила представляют нам отчаянные поступки выдающихся государственных деятелей, но государственная система обычно отторгает их, предпочитая таланту административное единообразие. Таким образом, нельзя обеспечить качество законодательства в отсутствие конкуренции мнений о нем. ¹¹

⁹ Марченко М. Н. Источники права: Учебное пособие. М., 2008. С. 744.

¹⁰ Там же. С. 605.

¹¹ Яркий пример сказанному — последние изменения в ГК РФ (Федеральный закон от 30 декабря 2012 г. № 302-ФЗ «О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 2012. № 53 (ч. 1). Ст. 7627). Процедура их принятия была связана с широким обсуждением научной общественностью разнообразных предложений, что, кажется, противоречит моему утверждению о низкой роли доктрины в законотворчестве. Но, к сожалению, я остаюсь при своем мнении, поскольку 1) процедура обсуждения привела к тому, что практически невозможно было понять его предмет; 2) даже ученые, возглавлявшие дискуссию, сознавались в том, что не понимают, откуда и каким образом поступают предложения; 3) не ясным было, почему в последний момент в уже принятый законопроект чиновники вносили весьма существенные поправки (Результат обсуждений на Сенатских чтениях в Конституционном Суде РФ выступления первого заместителя председателя Совета Исследовательского

Выгодность науки становится еще более очевидной, если попытаться представить необходимый объем конституционного толкования. Известно, что даже при максимальной загруженности суда вне его рамок всегда остается огромное количество спорных актов, которые он просто не в состоянии оценить. Его возможности ограничены. Причиной этого не всегда является правовой нигилизм или «нерасторопность» суда. Сомнительные акты годами регулируют важнейшие сферы хозяйственной и финансовой жизни, не попадая в орбиту конституционного контроля, например, только потому, что нет соответствующего заявления. Другая причина — это всем известное поведение суда, который, испытывая перегруженность исками, часто... не обращает внимания на нарушения. В этой ситуации правовая доктрина не только лучший, но и единственный способ конституционного контроля. Ее бдительность не ограничена какими-либо регламентами, поэтому ученые способны оценить состоятельность гораздо большего числа актов, чем любой суд. Особенно это касается практикующих ученых, деятельность которых непосредственно связана с выявлением соответствующих противоречий. Кроме прочего, наука имеет возможность не только проверить техническое соответствие норм, но и соотнести их с «духом закона», что не может сделать никакой суд.

Любой ученый заинтересован в развитии доктрины, но в глубине души мало верит в эту возможность, хотя наука гораздо предпочтительнее других инструментов, стоит нам только обратить внимание не на ее недостатки, а на недостатки других известных нам источников законодательства. Первое место здесь традиционно отводится нормативно-правовым актам. Возможно, это еще одна своеобразная правовая аксиома, которая оправдывается обычно высоким профессионализмом законодателей или особой процедурой принятия актов. Все эти причины стали предметом интенсивной критики со стороны тех ученых, которые проявили большую скрупулезность в этом вопросе. Как, например, известный итальянский теоретик права Б. Леони,¹² который в своей работе «Свобода и закон» представил не иллюзорную, а реальную картину того, как и кем принимаются законы. Предпринятый им анализ заставляет усомниться в истинности многих убеждений. Прежде всего, он оспаривает традиционное мнение о профессионализме законодателя и о том, что принимаемые им акты действительно служат интересам общества. Часто законодатели находятся под влиянием личных амбиций, а их образование бывает явно недостаточным для принятия компетентных решений. Нередко они руководствуются только житейским опытом или указаниями руководства. Насколько такой подход удовлетворяет требованиям избирателей — вопрос открытый, но очевидно, что принятие важных для экономики решений нельзя оставлять без должной критики со стороны науки.

центра частного права, д. ю. н. А. Л. Маковского «Уроки реформирования Гражданского кодекса России (2008–2013 гг.) 12 апреля 2013 г.). Но основная проблема заключалась даже не в этом. В ходе развернувшейся дискуссии обсуждали все что угодно, кроме главного вопроса — о необходимости самой реформы, которая, по каким-то до сих пор никому не понятным причинам, была нужна власти. Если бы этот принципиальный вопрос был отдан на суд академической общественности, уверен, вердикт был бы однозначным: реформа не нужна. Получается, что предложенная властью модель широкого обсуждения на самом деле была имитацией. Научный спор не был так важен, как установка власти на необходимость реформы. В результате реформа стала, пожалуй, самой неудачной за всю историю гражданского законодательства.

¹² Леони Б. Свобода и закон. М., 2008. С. 75 и далее.

Апелляция к авторитету большинства здесь также несостоятельна. Демократия обеспечивает зависимость принимаемых актов от общественных интересов, но только при условии, что она не искажена властью. Иначе ее процедуры служат ширмой для принятия нужных чиновникам законов, принадлежащий обществу механизм законотворчества переходит в руки бюрократии, которая манипулирует понятием справедливости, а судебная система становится инструментом политического интереса. Во многом это естественные издержки позитивной модели права вообще.

Б. Леони обращает внимание на различное толкование известного термина *rule of law*, что часто понимают как верховенство закона. В действительности же его смысл гораздо глубже. Речь идет не столько о подчинении всех закону, сколько о том, что сам закон должен подчиняться праву, т. е. о верховенстве права перед законом.¹³ Об этом пишет и известный английский конституционалист А. Дейси: «...общие принципы английской конституции (например, право на личную свободу и право на свободу собраний) являются результатом судебных решений... в то время как во многих иностранных конституциях гарантии личных прав вытекают из общих (абстрактных) принципов конституции».¹⁴

Верховенство права означает равенство всех перед законом. Недопустимо законодателю для различных групп создавать изъятия из общего правила. Кроме того, что это нерационально с юридической точки зрения, поскольку предлагает огромное количество лишних актов, засоряющих правовое пространство,¹⁵ есть и другая причина. На примере государственных корпораций мы видим, что пока существует специальное законодательство о них, принцип верховенства закона не нарушается, в то время как верховенству права наносится огромный ущерб.

Также сомнителен принцип определенности права, привычная трактовка¹⁶ которого сводится к тому, что определенным может быть только написанный закон. На самом же деле этот принцип подразумевает, что норма права должна быть известной настолько, что ее смысл естественно ясен всем. Этот принятый всеми неписанный закон с естественно-правовой точки зрения куда более предпочтителен. Закон часто меняется, его знают немногие, и потому он несправедлив и является инструментом подчинения, в то время как неписанный закон (например, обычай) справедлив и основан на свободе.

Свобода также имеет различное понимание. Она предполагает не только самостоятельное поведение, что известно всем, но еще и необходимость защиты личных прав от посягательств извне, в том числе со стороны государства, которое посредством законодательства влияет на граждан, нарушая их свободу. Естественные законы поэтому предпочтительнее публичных актов. Но обнаружить естественные нормы может только доктрина, что еще раз доказывает ее явное преимущество перед законом.

Конституционный суд, оценивая состоятельность акта, часто обращает внимание лишь на его соответствие другим актам (в том числе конституции), а не на его естественные основания. Особенно наглядной такая

¹³ См.: Романов А. К. Правовая система Англии. М., 2000. С. 333.

¹⁴ Dicey A. V. Introduction to the Study of the Law of the Constitution. London, 1915. P. 185.

¹⁵ Нефёдов Д. В. О статусе кредитных организаций // Российский ежегодник предпринимательского (коммерческого) права. № 1. СПб., 2007.

¹⁶ Леони Б. Свобода и закон. С. 95.

ошибка становится при оценке опыта «сталинской» или «брежневской» конституций. Как с их помощью можно было оценить состоятельность закона того времени? Известные издержки здесь сохраняются, поэтому суду в поиске справедливости следует обращаться к некоторым естественным основаниям, которые находятся вне законодательства и права.

Понимание свободы не одинаково с позиции разных правовых парадигм. Общество, столетиями основывавшееся на легистском праве,¹⁷ единственным смыслом своего правопонимания видит толкование юристами текстов своих же законов. В. А. Четвернин пишет, что «из неправовых наиболее распространена силовая (потестарная) интерпретация сущностного единства права и государства. В этой интерпретации государство предстает как верховная социальная сила, которая устанавливает общеобязательные нормы — право... Принципиальное различие юридической интерпретации и всех иных, неюридических, интерпретаций права и государства можно обозначить как два типа правопонимания — юридический и позитивистский (от лат. *positio* — установление)».¹⁸ Обратим внимание на то, что в позитивистском понимании происходит отождествление права с законом. Правом становится все, что считает нужным законодатель. Такая позиция, в конце концов, ведет к откровенному произволу. Следствием позитивизма, и особенно его крайней разновидности — нормативизма, является откровенная или завуалированная поддержка существующей власти.

Нельзя сказать, что этот спор не затронул и Конституционный Суд РФ. Здесь следует обратиться к интересной и, одновременно, противоречивой работе судьи Конституционного Суда РФ Г. А. Жилина «Соотношение права и закона»,¹⁹ в которой он обращает внимание на необходимость различать право как объективный регулятор отношений и закон как его внешнюю форму. Автор также критикует легизм, выделяя законы правовые и неправовые: «...государство, в лице его органов законодательной, исполнительной и судебной власти, обязано действовать не по субъективному усмотрению, а в соответствии с объективными требованиями права». Вместе с тем позиция судьи Г. А. Жилина содержит, на мой взгляд, очевидные противоречия. Он убежден в том, что 1) современная Конституция РФ исходит из юридического, а не легистского правопонимания и 2) чтобы понять заложенный в ней смысл, достаточно обратиться к ее тексту. Но как быть в тех случаях, когда такой смысл неочевиден и конституция не предлагает нам ясного ответа, а ее юридическая сущность непонятна и противоречива? Описанная ситуация не исключительна. Если правила толкования не общеизвестны и не приняты абсолютно всеми (как, например, обычай), остается предположить, что знание их сакрально и известно лишь судьям Конституционного Суда РФ. Тогда справедливым будет названо все, что решит этот суд. Такая постановка вопроса противоречит процитированному утверждению судьи о необходимости всем органам, включая и сам суд, подчиняться определенным правовым принципам. Особенно трудно следовать этому правилу, когда личное мнение судьи или разделяемое им мнение власти противоположны духу права, но находятся в полном соответствии с законом. Авторитет права перед законом должен быть

¹⁷ В. С. Нерсесянц назвал легистским, законническим позитивистский тип правопонимания (см.: *Нерсесянц В. С.* Общая теория права и государства. М., 1999. С. 28).

¹⁸ *Четвернин В. А.* Введение в курс общей теории права и государства. Учебное пособие. М., 2003. С. 11.

¹⁹ Российская юстиция. 2000. № 4. С. 8–10.

настолько высок, чтобы суд не смел ему противоречить, даже если закон позволяет ему это сделать. Будучи зависимым от власти, конституционный суд не в состоянии принимать решения против нее даже в пользу таких высоких, но абстрактных понятий, как право и справедливость. Успокоить свою совесть суд может в этом случае только одним способом: объявив, что законодательство — это и есть право. Именно это мы и обнаруживаем, у Г. А. Жилина, который пишет, что «основным источником действующего права является Конституция РФ... Иными словами, основным и непосредственным критерием должны выступать конституционные положения». Верно разделяя такие понятия, как «право» и «закон», источником права он все же считает закон — конституцию, что является принципиальным заблуждением. Конституция, при всей своей важности, остается законом. Она лишь несовершенная форма права, а не его суть. Законодатель, суд и даже конституционный суд не формируют право и его принципы, в лучшем случае они могут им следовать, принимая соответствующие акты. Источник права не является результатом усилий никакого суда, и любые попытки требовать это от него тщетны. *Таким образом, наиболее полно понять сущность права может только доктрина, призванная выступать главным инструментом конституционного толкования и источником права.*

4. ЭКОНОМИЧЕСКАЯ ДОКТРИНА КАК ОСНОВАНИЕ КОНСТИТУЦИОННОГО ТОЛКОВАНИЯ

Доктрина действительно должна стать важным инструментом конституционного толкования, но о какой именно доктрине может идти речь в данном случае? Правовая наука имеет огромные достижения, оказывая серьезное влияние на практику. Среди ее наиболее крупных достижений можно отметить выводы, полученные еще советскими учеными, о структуре права и законодательства.²⁰ Чуть раньше в дискуссии о понятии юридического лица были найдены сразу несколько подходов в оценке этого феномена применительно к статусу хозяйствующего субъекта.²¹ Многие из теоретических институтов позже прочно вошли в практику: право оперативного управления и право хозяйственного ведения.²² Актуальность научных достижений сохраняется десятилетиями и даже столетиями, что заставляет верить в то, что и дальше правовая доктрина будет полезна обществу.

Но задачи правовой науки не должны ограничиваться оценкой принятых актов и их систематизацией. Она должна исследовать содержание права. Для этого необходимо начать с выяснения экономической природы регулируемых правом отношений и только после этого предлагать механизм их регулирования. Особенно это важно в коммерческой области. Здесь знание экономики — важная предпосылка для выводов юриста. Предложения законодателя, основанные только на политической конъюнктуре, вредят интересам общества. Ставить целью регулирования все

²⁰ Иоффе О. С. Развитие цивилистической мысли в СССР. Л., 1975. С. 71.

²¹ Основные подходы изложены в работах: Аскназий С. И. Об основаниях правовых отношений между государственными социалистическими организациями. Л., 1947. С. 5; Толстой Ю. К. Содержание и гражданско-правовая защита права собственности в СССР. Л., 1955. С. 60; Венедиктов А. В. Государственная социалистическая собственность. М.-Л., 1948. С. 665.

²² Венедиктов А. В. Государственная социалистическая собственность. Гл. V.

более и более подробную регламентацию экономики недопустимо, поскольку это обнаруживает лишь некомпетентность юристов в таких вопросах. Качественное правовое регулирование должно исходить из понимания экономической логики, поскольку иначе закон существует очень недолго. Последствия допущенных здесь юристами ошибок могут быть катастрофическими и лягут на плечи всего общества.

Экономическая культура суда обнаруживается в том, что он следует экономической логике даже тогда, когда это противоречит общепринятому мнению или директиве власти. Что может заставить суд сделать такой выбор? Хозяйственный расчет ему не интересен, поскольку суд не понимает, зачем он должен следовать именно экономической логике, а не общепринятому мнению. Оставим в стороне моральные основания такого выбора и допустим, что суд действительно хочет разобраться в проблеме. Любое его решение имеет опосредованное влияние на будущее, определяя не только и не столько состояние законодательства, сколько жизнь всего общества в целом. Такие решения имеют важные экономические последствия, способствующие или экономическому росту или, наоборот, подталкивающие страну к кризису. Решение суда должно учитывать последствия. Безупречная с юридической точки зрения и полезная в краткосрочной перспективе позиция может быть крайне вредной для будущего. Какой выбор в таком случае должен сделать суд? Для верного ответа на такой вопрос ему необходимы экономические знания. За рутинной современной жизни суд должен 1) уметь обнаруживать перспективу и 2) иметь возможность отстоять даже непопулярную точку зрения. Анализ последствий демонстрирует не только общую культуру суда, но и его профессионализм, поскольку основывается на научном выборе, а не на эмоциях. Наоборот, выгодное только сегодня решение непрофессионально, поскольку не требует каких-либо глубоких знаний. Для этого достаточно обладать известной информацией об имеющемся законодательстве и не требуется научного анализа. «Экономическое» поведение юриста, таким образом, напрямую характеризует уровень его профессионализма.

Нельзя сказать, что современная юриспруденция вообще не обращается к экономической теории. Сегодня существует сразу несколько довольно популярных направлений, основными из которых являются экономический анализ права (право и экономика) и конституционная экономика. Все они развивают идею о необходимости экономического подхода для права. Экономический анализ права получил обоснование, прежде всего, в работах Г. Калабреззи, С. Пельцмана, Р. Коуза и особенно в работах Р. А. Познера.²³ В России он также имеет своих сторонников.²⁴ Отправным пунктом их позиции стало то, что экономическое поведение — это образец рационального поведения. Поэтому суд должен поддерживать справедливый экономический интерес.

Конституционная экономика, в свою очередь, оценивает состояние хозяйственной жизни с позиции основного закона. Это научное направление отстаивает преимущества справедливого экономического порядка, предусматривающего баланс публичного и частного хозяйственного интереса. Правда, сразу обратим внимание на то, что речь здесь идет не о любом экономическом интересе, а только о том, который соответствует

²³ Познер Р. Экономический анализ права. СПб., 2004.

²⁴ См., напр.: Одинцова М. И. Экономические доводы в конституционном суде: возможности и границы их применения // Очерки конституционной экономики. М., 2009. С. 224.

конституционным принципам.²⁵ Это направление является настолько близким экономическому анализу, что я буду говорить о них, используя общий термин — экономический анализ права.

При всей важности рассмотренных здесь подходов есть причина, заставляющая меня иначе рассматривать взаимодействия права и экономики. Основное сомнение рождает вопрос о том, почему субъект должен действовать обязательно экономически. Часто мы отвергаем экономическую выгоду и порицаем расчетливое решение, которое кажется нам несправедливым. Если такие поступки вполне логичны в некоторых личных вопросах, то в экономической сфере расчет необходим. Он — основа экономической морали, а поведение, ему противоречащее, с хозяйственной точки зрения должно признаваться аморальным. К сожалению, в нашей жизни часто происходит подмена понятий и перенос правил личных отношений на экономическую сферу. Такое поведение является следствием недостаточности экономического образования или корыстного интереса. В последнем случае за громкими фразами о необходимости социальной миссии, которую якобы должен нести на себе бизнес, скрываются ошибки чиновников, желающих скрыть от нас провалы своей экономической политики и переложить всю ответственность за кризис на предпринимателей. Иррациональное экономическое поведение часто легализует судебная практика.²⁶ Такой судебский выбор ничем не связан, лишен каких-либо оснований, и хозяйственное решение отдается полностью на его усмотрение.

Я полагаю, однако, что поведение суда все же должно находиться в некоторых рамках, продиктованных объективными факторами, которые находятся вне его воли. Эти факторы — экономические законы.²⁷ Причина необходимости выбора между рациональным, с точки зрения экономики, и иррациональным поведением связана с природой регулируемых правом отношений. Для части из них требуется соблюдение экономической целесообразности, в то время как для других предпочтительна иная модель поведения.²⁸ С этой точки зрения совершенствование законодательства только внешне является следствием приведения его в соответствие с конституцией. В основе — зависимость всех нормативно-правовых актов, регулирующих хозяйственную жизнь, включая и основной закон, от характера регулируемых отношений. Экономика — это главный фактор, влияющий на предпринимательское законодательство. Такое влияние

²⁵ *Мау В. А.* Экономическая реформа: сквозь призму конституции и экономики. М., 1999; *Очерки конституционной экономики* / под ред. Г. А. Гаджиева. М., 2009.

²⁶ См., напр.: *Постановление КС РФ от 27 ноября 2008 г. № 11-П* «По делу о проверке конституционности части второй статьи 5 ФЗ “О минимальном размере оплаты труда” в связи с жалобами граждан А. Ф. Кутиной и А. Ф. Поварницкой на нарушение их конституционных прав», в котором суд признал, что помимо гражданско-правовой составляющей в нормах, регулирующих договоры пожизненной ренты и пожизненного содержания с иждивением, есть определенное социально значимое содержание.

²⁷ Следует сразу сказать о том, что экономическая целесообразность ограничивается областью предпринимательских отношений и не распространяется в те сферы, которые допускают иррациональный, с экономической точки зрения, выбор. При этом нельзя впадать и в другую крайность, отрицая преимущества экономического подхода полностью. На это, в частности, обращает внимание М. В. Антонов в своей статье: *Антонов М. В.* О некоторых теоретических проблемах применения экономического анализа права в России // *Право. Журнал Высшей школы экономики.* 2011. № 3. С. 15.

²⁸ И хотя я не согласен, что такое поведение должно быть обязательно иррациональным, для целей этой статьи будет достаточно использовать выражение «другое или неэкономическое поведение».

носит не формальный, а сущностный характер. Экономика формирует предпринимательское законодательство, включая и его конституционные принципы. Поэтому совершенствование законодательства чаще всего инициируется не изнутри, посредством, например, судебных актов, а извне, под влиянием экономических законов, путем приведения конституции и законов в соответствие с требованиями экономики. Конституция поэтому не создает экономических принципов, а лишь транслирует их, причем, к сожалению, не всегда верно.

Знание объективных экономических законов крайне необходимо юристам, но ни одна из правовых дисциплин, в том числе и экономический анализ права, не занимается этим. Правовая доктрина рассматривает экономику только со стороны, не вникая в ее суть. Экономический расчет здесь всегда останется бездоказательным, поскольку его объяснение требует от нас иных аргументов, чем те, которыми мы обычно пользуемся в юридической теории. Эти аргументы принадлежат только экономической теории.

Таким образом, главным недостатком любой правовой теории (включая экономический анализ права) является отсутствие в ее основании глубокой экономической теории, что позволяет ей принимать на веру любое хозяйственное решение в зависимости от конъюнктуры. Такой подход, даже обильно украшенный внешними атрибутами «экономичности» (графики, формулы, таблицы), на самом деле имеет к настоящей экономической теории очень отдаленное отношение. *Следовательно, в оценке состоятельности предпринимательского права²⁹ определяющую роль должна играть не правовая, а экономическая доктрина.*

5. ЭКОНОМИЧЕСКАЯ ДОКТРИНА СВОБОДНОГО РЫНКА КАК ОСНОВАНИЕ КОНСТИТУЦИОННОГО ТОЛКОВАНИЯ

Юристы, будучи любителями профессионального спора, почему-то полагают, что экономическая теория едина. На самом деле все не так. Эта наука не меньше других подвержена самым различным дискуссиям и предлагает нам различные экономические школы.³⁰ Их развитие нельзя представлять только в историческом плане, как последовательную смену старых мнений новыми. Также не следует поддаваться иллюзии, что каждое следующее или, особенно, господствующее течение является самым верным. Опыт доказывает обратное, и основное направление, так называемый *mainstream*, часто бывает ошибочным, в то время как малоизвестная теория постепенно завоевывает умы и внимание практиков. Важно представлять, что в экономической теории также существуют различные взгляды даже в фундаментальных вопросах. Правовая доктрина, не осознавая этого, развивается в рамках заданного «коридора» экономических представлений.³¹

²⁹ Нефёдов Д. В. Система современного финансового права // Правоведение. 2011. № 4. С. 130.

³⁰ См., напр.: *История экономической мысли* / под ред. В. В. Круглова, Е. В. Балановой. М., 2008.

³¹ Не согласиться с этим могут разве что только те, кто в принципе отрицает тотальное влияние экономики на право, представляя его самодостаточным настолько, что оно существует само по себе. С последней позицией невозможно искать консенсус, поскольку она принципиально отличается от моей позиции.

Выдающиеся реформаторы прошлого часто поступали вопреки общему мнению, достигая при этом высоких результатов. Примером тому стала политика возрождения германской экономики после Второй мировой войны, экономическое «чудо», которым руководил выдающийся министр, ученый Л. Эрхард. Другой, не менее яркой реформой стала экономическая политика в Англии в середине 1970–80-х годов, проводимая главой кабинета министров М. Тэтчер. Все это примеры того, как экономисты-политики поступали против господствующих современных им представлений. При этом их действия не носили характер эксперимента, а были основаны на прочной базе фундаментальной экономической науки.

Наиболее популярной в России до сих пор остается теория прибавочной стоимости К. Маркса.³² Оправдание этому печальному факту только в том, что долгие годы она была для нас единственным источником экономических знаний, и поэтому даже сегодня, в условиях строительства рыночной экономики, многие по инерции продолжают следовать ее догмам. Особенно наглядно это в среде юристов, далеких от экономических проблем. Конечно, сегодня их позиция уже не имеет прежней идеологической окраски, но суть во многом осталась прежней. Влияние марксизма как экономической доктрины на современное право в России сохраняется, и чтобы понять это, необходимо обратить внимание на 1) основные различия в экономических подходах и 2) место теории К. Маркса в общей палитре экономических взглядов.

При всем многообразии экономических суждений я предложил бы разделить их на две основные группы, которые на протяжении столетий упорно соперничают друг с другом в решении главного вопроса: должно или не должно государство управлять экономикой. Классическая английская политэкономия еще со времен А. Смита³³ настаивала на необходимости естественного экономического порядка. В небольшой статье невозможно подробно рассмотреть всю экономическую историю, но не будет преувеличением сказать, что вплоть до Первой мировой войны у этого направления было большинство сторонников. К стати, следует обратить внимание на то, что именно этот период в истории связан с самыми высокими темпами экономического роста, интенсивным развитием европейских стран и Америки.³⁴

Это течение представлено, прежде всего, субъективным направлением, распространение которого мы наблюдаем в рамках австрийской и неавстрийской экономической школы, зародившейся в конце XIX в. Ее представители последовательно исходили из того, что рынок существует объективно. Его законы, как законы природы, не могут полностью корректироваться людьми, а требуют от них прежде всего изучения. Основное базовое понятие «хозяйственная ценность», с их точки зрения, субъективно и не связано с количеством затраченного на производство конкретного блага труда. В основе этого понятия — личное суждение индивида о важности для него того или иного объекта (К. Менгер).³⁵ В результате всеобщего обмена ценностями возникает множество тончайших связей

³² Маркс К. Капитал. Критика политической экономии. Т. 1. Книга 1: Процесс производства капитала. М., 1951.

³³ Смит А. Исследование о природе и причинах богатства народов. М., 2007.

³⁴ Нефёдов Д. В. Несостоятельность критики капитализма в правовой и экономической доктрине // Труды юридического факультета. Т. 1 / под ред. Т. А. Алексеевой, И. М. Клеймёнова, Д. В. Нефёдова, Р. Ю. Почекаева. СПб., 2012. С. 34.

³⁵ Менгер К. Основания политической экономии // Австрийская школа в политической экономии / К. Менгер, Е. Бём-Баверк, Ф. Визер. М., 1992.

между людьми с миллионами разнообразных субъективных оценок. Для того чтобы ориентироваться, все субъекты пользуются особыми индикаторами — ценами товаров. Последние, возникая естественно, способствуют качественному всеобщему обмену. Любое нарушение этой живой системы, вызванное вмешательством тех, кто не несет предпринимательских рисков (государство и его чиновники), приводит к искажению рынка. Поэтому, по мнению представителей австрийской школы, причиной экономических кризисов являются именно действия государства.

Австрийцы исследовали фазы кризиса, что позволило им создать уникальную теорию его циклов (Л. фон Мизес).³⁶ Вывод ее гласит, что причина инфляции — в неоправданной денежной эмиссии центральных банков, которая является главным источником экономических диспропорций. Представители этого направления разработали фундаментальную теорию капитала и, одновременно, основательную критику К. Маркса, чьи идеи в XIX в. были весьма популярными. Впервые, благодаря усилиям австрийцев, теория капитала была вплетена в экономическую теорию, избавившись от прежнего примитивного взгляда на него, как на некие накопления или социальные отношения капиталистической эксплуатации (Е. Бём-Баверк).³⁷

Активное развитие школа приобрела после Второй мировой войны, в США, в рамках чикагской экономической школы.³⁸ Видные представители этого направления: Ф. фон Хайек,³⁹ М. Ротбард,⁴⁰ И. Кирцнер,⁴¹ Й. Шумпетер,⁴² Х. Уэрта де Сото⁴³ — наши современники, создали уникальную научную концепцию свободного рынка.

В результате социальных потрясений начала века с конца Второй мировой войны и до сих пор активно развивается противоположное течение. Оно отстаивает необходимость вмешательства государства в экономику. Его основателем стал популярный в конце 1940-х гг. британский экономист Д. М. Кейнс,⁴⁴ имя которого дало впоследствии название такому направлению экономической теории, как кейнсианство. Кейнсианство постепенно стало мейнстримом экономики и сегодня представлено большим числом разновидностей: неокейнсианство,⁴⁵ ортодоксальное кейнсианство, посткейнсианство (Д. Робинсон, Р. Клауер) и т. д.⁴⁶ Близкие ему направления — институционализм,⁴⁷ математическое экономическое моделирование — последовательно исходят из идеи необходимости государству управлять экономикой. Главной их задачей стала выработка различных инструментов такого управления: стимулирование спроса и занятости, эмиссия, государственная поддержка стратегических отраслей, антимонопольное регулирование, управление кредитом и т. д. Позиция кейнсианства в вопросе

³⁶ Мизес Л., фон. Теория экономического цикла. Сб. ст. Челябинск, 2012.

³⁷ Бём-Баверк Е. Капитал и процент. Челябинск, 2010.

³⁸ Хьюльсманн Й. Г. Последний рыцарь либерализма. М., Челябинск, 2013.

³⁹ Хайек Ф., фон. Дорога к рабству. М., 1990; Частные деньги. М., 1996; Право, законодательство и свобода. М., 2006.

⁴⁰ Ротбард М. 1) Государство и деньги. Челябинск, 2004; 2) История денежного обращения и банковского дела в США. Челябинск, 2005; 3) К новой свободе. М., 2009.

⁴¹ Кирцнер И. Конкуренция и предпринимательство.

⁴² Шумпетер Й. Теория экономического развития. М., 1982.

⁴³ Уэрта де Сото Х. 1) Деньги, банковский кредит и экономические циклы. Челябинск, 2008; 2) Австрийская экономическая школа. Челябинск, 2011.

⁴⁴ Кейнс Д. М. Общая теория занятости, процента и денег. М., 2011.

⁴⁵ Харрод Р. К теории экономической динамики. М., 2007.

⁴⁶ Хикс Дж. Господин Кейнс и «классики»: попытка интерпретации. М., 2001

⁴⁷ История экономической мысли.

возможности государственного вмешательства в экономику не противоречит идеям марксизма, который также пытался устранить «несправедливое» хозяйственное устройство. Эти взгляды сегодня весьма популярны. Их последователи в наше время активно строят европейскую экономическую интеграцию, несмотря на то что эта деятельность сопряжена с множеством потерь. Объяснение популярности учения Кейнса вовсе не связано с глубиной его теории. Все дело в интересах государства. Оно, будучи главным заказчиком таких идей, непосредственно заинтересовано в продолжении подобной политики любой ценой, тем самым оправдывая свою необходимость.

Важной чертой описываемого противостояния научных школ является принципиальная несовместимость их позиций, что полностью исключает любой компромисс и сотрудничество на практике. Кейнсианство, получая открытую поддержку от государства, не расположено идти ни на какие уступки. Невозможна любая промежуточная, полугосударственная модель экономической организации. Частичное или временное участие правительства в экономике в конце концов приводит к его тотальному вмешательству. По этой причине мы можем говорить о принципиально различных экономических парадигмах.

Этот небольшой исторический обзор приводит нас к очень важному наблюдению — Россия всегда была во власти только одного экономического направления. Ее научная традиция предполагает необходимость государственного, а не естественного регулирования экономической жизни. В дореволюционное время большинство наших ученых симпатизировали социалистическим идеям и пренебрежительно относились к классической английской политэкономии; активно критиковали несовременный, как им тогда казалось, капиталистический подход, противопоставляя его модной в то время немецкой исторической школе.⁴⁸ Советская экономика стала образцом государственного влияния, доведя многие постулаты до полного абсурда. И уже в наше время в России опять возобладали идеи так называемой социально ориентированной экономики, где центральное место занимают государственные предприятия. В результате чего до сих пор мы вынуждены пользоваться абсолютно непригодными для экономического роста идеями, что во многом объясняет развивающуюся в стране хозяйственную стагнацию. До тех пор пока мнение о необходимости публичного воздействия на экономику будет в нашем академическом пространстве единственным, наука не будет развиваться. Залогом ее движения является только противоборство мнений, поэтому теорию свободного рынка нельзя расценивать как некое маргинальное или старое направление.

Юриспруденция, находясь в старой колее, также демонстрирует сегодня свою неготовность воспринять иную модель общественного развития. Только на первый взгляд кажется, что экономические проблемы находятся вне правовых. Определенность права требует от суда выбрать некоторое основание, что, естественно, вынуждает его занять ту или иную позицию в вопросе о государственном вмешательстве в экономику. Без этого вывод суда лишен почвы и всегда оставляет некоторое сомнение относительно своей справедливости. Истец, обращаясь за защитой, должен четко представлять, каких базовых ценностей придерживается суд, но прежде сам суд должен определиться в вопросе о том, какой интерес (частный или публичный) он охраняет прежде всего. Компромиссная по-

⁴⁸ *Нефёдов Д. В.* 1) Система современного финансового права // Правоведение. № 4. 2011. С. 147; 2) *Немецкая историческая школа права.* Челябинск, 2010.

зиция не может рассчитывать на стабильное существование в течение длительного времени. Ясность позиции суда в общих вопросах преодолевает и известную абстрактность конституционных норм. Мнение суда остается логичным, даже при неопределенности нормы.

Та или иная правовая теория в общих вопросах регулирования предпринимательской деятельности также принадлежит определенной экономической парадигме. Именно поэтому наши рекомендации юридической практике могут существенно различаться. К примеру, поскольку я всецело разделяю идеи свободного рынка, мои выводы учитывают, прежде всего, частный интерес и основываются исключительно на необходимости поддерживать предпринимательский интерес. С этих позиций я предлагаю вновь вернуться к поставленному Е. В. Тарибо вопросу: обоснованно или нет Постановление Конституционного Суда РФ от 23 мая 2013 г. № 11-П. Ясно, что делая свой конкретный вывод, суд однозначно исходил в общем вопросе из возможности и даже необходимости государственного воздействия на экономику. В противном случае необъяснимо, почему им был нарушен важнейший экономический принцип — свободы предпринимателя. Последнее, как мы выяснили, предполагает не только свободу в выборе поведения самим предпринимателем, но и ограждение его от вмешательства со стороны третьих лиц, в первую очередь государства. Свобода является главной предпосылкой рыночной конкуренции, обеспечивая для всех участников равные условия и равную меру защиты своих прав. Все это предполагает уважение судом частного интереса, что следует признать его не только моральной, но и профессиональной обязанностью.

Нарушая экономическую этику, суд обратил внимание лишь на ближайшие последствия своего акта и удовлетворился тем, что предотвратил волну массовых исков. Но как пишет Ф. Бастиа в своей известной книге «Что видно и чего не видно»,⁴⁹ принимая те или иные решения, нам необходимо предвидеть долгосрочные последствия наших действий. Если мы посмотрим на постановление суда с этих позиций, то обнаружим, что посредством принятого акта власть и ее суд дали экономике ясно понять, что никаких рыночных правил они не приемлют и считают возможным нарушать любые, в том числе базовые, экономические принципы. Их интересуется только своя выгода, в то время как права бизнеса им безразличны. Поскольку экономика — это система огромного количества разнообразных, в том числе и информационных связей, уверен, ее участники ясно поняли такой сигнал и ответят на него адекватно — сокращением своей активности. Своеобразная мораль взаимоотношений государства и экономики состоит в том, что если экономика, при всех отрицательных для себя последствиях, может позволить себе игнорировать власть, то власть не может игнорировать экономику. Сокращение экономики по вине отдельных государственных или судебных чиновников означает потерю благосостояния всем обществом. Государство и суд ничего не создают, все принадлежащие нам блага были созданы исключительно предпринимателями. Игнорирование властью их интересов лишает все общество средств к существованию, обрекая его на нищету и социальные конфликты. Задумывался ли над такими последствиями своего решения Конституционный суд РФ при вынесении Постановления от 23 мая 2013 года № 11-П и насколько это соответствует верному пониманию конституционных принципов, время покажет.

⁴⁹ Бастиа Ф. Что видно и чего не видно. М., 2006.