

***Ignorantia legi non idem est quod ipsius provideo possibilitatis absentiam*¹: Дело «Сорос против Франции»**

Екатерина Копылова*

Мировое юридическое сообщество подавляющим большинством своих членов² осудило решение Европейского Суда по правам человека от 6 октября 2011 года по делу «Сорос против Франции», увидев в нём попрание ряда фундаментальных принципов уголовного права вплоть до придания закону обратной силы. Автор предпринимает попытку показать, что судьям всё же удалось, хотя и окольным путём, прийти к юридически верному решению, но что страсбургские новеллы могут поставить под угрозу многолетнюю концепцию защиты прав человека через принцип *nullum crimen, nulla poena sine lege*³.

→ *Права человека, принцип законности, требование предсказуемости, Европейский Суд по правам человека, привилегированная информация, осведомлённое лицо*

The European Court's on Human Rights decision on the *Soros' case* dated 6 October 2011 was highly disapproved by lawyers regardless of their nationality. The reason for this practically unanimous rejection was the supposed violation of fundamental principles of criminal law including its non-retroactivity. The author makes an attempt to show that the decision the judges managed to come to was correct from the legal point of view, though the means being employed give rise to some reticence. The other point the author focuses on is the jeopardy that the well-established concept of protection of human rights in the light of *nullum crimen, nulla poena sine lege* principle may be put in because of Strasbourg's novels.

→ *Human rights, principle of legality, standard of predictability, European Court of Human Rights, privileged information, insider*

1. Вместо предисловия

Анализ решения Европейского Суда по правам человека (*далее* — ЕСПЧ, Суд) представ-

ляет ряд сложностей по нескольким причинам. Специальная техническая терминология фондовых рынков, не имеющая адекватных эквивалентов в российском праве, — одна из них.

* Копылова Екатерина Алексеевна — выпускница Международно-правового факультета МГИМО (У) МИД РФ (e-mail: ekaterina.kopylova92@gmail.com).

¹ «Незнание закона — это не то же самое, что невозможность предвидеть его последствия» (лат.).

² *Zabala B. M.* Soros était-il un initié secondaire selon le droit pénal français de 1988? URL: <http://www.cms-bfl.com/NewsMedia/PublicationDetail/Pages/default.aspx?PublicationGuid=19703a1d-2a34-40e3-b722-59c8652efbeb> (дата обращения: 04.10.2012); *Stasi M., Marquetty H.* La prévisibilité de la règle pénale à l'épreuve du délit d'initié. URL: http://www.stasichatain.com/pdi/MS_HM_JANV_2012134_Paroles_20d_experts_Stasi.pdf (дата обращения: 04.10.2012); *Hervieu H.* Condamnation de G. Soros pour délit d'initié: un assouplissement retentissant du principe de légalité des délits et des peines (CEDH. 5ème Sect. 6. Octobre 2011. *Soros c. France*). URL: <http://www.combatdroitshomme.blog.lemonde.fr/2011/10/08/condemnation-de-g-soros-pour-delit-d-initie-un-assouplissement-retentissant-du-principe-de-legalite-des-delits-et-des-peines-cedh-5e-sect-6-octobre-2011-soros-c-france/> (дата обращения: 04.10.2012) и др.

³ «Нет ни преступления, ни наказания без прямого указания на то в законе» (лат.).

Однако гораздо большую трудность вызывает относительно новая категория европейского права прав человека, впервые введённая в 1979 году в постановлении «*Sandey Таймс против Соединённого Королевства*»⁴. Речь идёт о так называемом требовании предсказуемости (уголовного) закона — *standard de prévisibilité de la loi (pénale)*.

Концепция предсказуемости закона зародилась и получила свое развитие в рамках старого общеуголовного принципа *nullum crimen, nulla poena sine lege* — «нет преступления и наказания без указания на то в законе»⁵. Если пользоваться языком психоаналитики в его политологическом преломлении, решение по делу Сороса, как будет подробно показано ниже, выявило у страсбургской новеллы проявление Эдипова комплекса в форме кардинального искажения смысла и цели «принципа-родителя»⁶.

Настоящая публикация подчинена следующей системе изложения: в след за кратким описанием фабулы дела (2) особое внимание будет уделено формулировке ключевого вопроса, стоявшего перед судьями ЕСПЧ (3), и подробному анализу тех аргументов, которые могли и должны были, на наш взгляд, быть приведены в обоснование принятого решения (4). Собственно оригинальная мотивировка будет рассмотрена в последнюю очередь (5).

2. «Истец родился в 1930 году и проживает в г. Нью-Йорк»

В сентябре 1988 года учредитель крупного инвестиционного фонда *Quantum Fund* известный американский финансист Джордж Сорос (*далее* — истец) по результатам проведённого им делового совещания был пригла-

шен к участию в конфиденциальном проекте по приобретению пакета акций французского банка *Société Générale* с целью получения контроля над его активами. Уточнив детали операции, истец от предложения отказался со ссылкой на его «слабую разработанность с точки зрения стратегии последующего управления и инвестирования в объект»⁷.

В период с 22 сентября по 17 октября 1988 года *Quantum Fund* приобретено 160 000 акций *Société Générale* на общую сумму 11,4 млн долларов, большая часть которых была инвестирована на французской бирже (7 млн долларов).

В течение месяца после покупки все акции были проданы с прибылью в размере около 1,1 млн долларов только на парижском фондовом рынке.

Неудавшаяся попытка установления контроля над *Société Générale* и, одновременно, все операции с банковскими ценными бумагами, совершённые за соответствующий период времени, привлекли внимание Комиссии по биржевым операциям — органа, который вплоть до 2003 года осуществлял во Франции публичный контроль за деятельностью участников биржевой торговли⁸. 1 февраля 1989 года ей было начато расследование с целью выявить причинно-следственную связь между отдельными сделками и потенциальным использованием осведомлёнными лицами знания привилегированной информации (*délit d'initié*). Несмотря на своё затруднение провести, в свете толкования примененного законодательства и имевшейся судебной практики, чёткую границу между запрещённым и дозволенным поведением участников биржевой торговли⁹, Комиссия решила передать собранные материалы в полном объёме в

⁴ Cour européenne des droits de l'homme. Affaire *Sunday Times c. Royaume-Uni*. Req. 13166/66. Arrêt du 26 novembre 1979. § 49.

⁵ Концептуализация данного принципа традиционно считается заслугой итальянского пеналиста XVIII в. Чезаре Беккариа; однако уже в 1748 году в трактате Ш.-Л. Монтескьё «О духе законов» встречаем: «судьи Наши есть не что иное, как уста, озвучивающие закон». См.: *Montesquieu Ch.-L. De l'esprit des lois*. Flammarion, 1993. Livre XI. Ch. VI, De la Constitution d'Angleterre.

⁶ Термин «Эдипов комплекс» используется здесь в значении, придаваемом ему современной французской политической доктриной, где он выступает синонимом понятия «предать духовного отца с целью занять его место» (*trahir son père spirituel*). Считается, что это неизбежный этап в карьере любого политика национального масштаба.

⁷ Cour européenne des droits de l'homme. Affaire *Soros c. France*. Req. 50425/06. Arrêt du 8 mars 2012. § 9.

⁸ Ordonnance N. 67-833 du 28 septembre 1967. Art. 1.

⁹ Выдержки из заключения Комиссии по биржевым операциям от 31 июля 1989 года:

«В судебной практике отсутствуют прецеденты, которые можно было бы применить к аналогичным ситуациям, все более и более часто встречающимся в связи с развитием финансовых структур;

Представляется, что действующая редакция статьи 10-1 [ордонанса № 67-833 от 28 сентября 1967 года] не позволяет провести с точностью границу между запрещённым и дозволенным поведением;

Отсюда, необходимо внести уточнения в статью 10-1 с тем, чтобы в будущем можно было избежать двусмысленности в данных сферах». Affaire *Soros c. France* (см. выше сноску 6). § 9.

прокуратуру. Тезис о невозможности с уверенностью охарактеризовать действия истца как противоправные был подтверждён председателем Комиссии в ответе от 12 сентября 1989 года на запрос прокурора о предоставлении более детальной информации.

Впоследствии в биржевое законодательство декретом министра финансов от 17 июля 1990 года были внесены отдельные уточнения, затронувшие, в частности, и особенности криминализации преступления использования осведомлённым лицом знания привилегированной информации. В основу изменений легли предложения созданной в 1989 году *ad hoc* комиссии по этике участников биржевой торговли. Кроме того, 13 ноября 1989 года Совет Европейских сообществ принял директиву о гармонизации законодательства государств-членов в области употребления терминов «привилегированная информация» и «осведомлённое лицо».

Уголовное дело в отношении истца по обвинению в совершении преступления использования знания привилегированной информации было возбуждено в 1990 году, а первый обвинительный приговор вынесен судом большой инстанции г. Парижа 20 декабря 2002 года. После исчерпания всех средств судебной защиты, предусмотренных французским законодательством, истец обратился в Европейский Суд по правам человека, ссылаясь на нарушение Францией статьи 7 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 года.

3. Правильная постановка вопроса

(1) В статье 7 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод

1950 года нашёл отражение признанный всеми правовыми системами фундаментальный принцип уголовного права *nullum crimen, nulla poena sine lege*¹⁰: «никто не может быть осужден за совершение какого-либо деяния или за бездействие, которое согласно действовавшему в момент его совершения национальному или международному праву не являлось уголовным преступлением. Не может также налагаться наказание более тяжкое, нежели то, которое подлежало применению в момент совершения уголовного преступления».

Классическая интерпретация данного принципа сводится к требованию, чтобы в основу обвинительного приговора было положено только действие или бездействие, составлявшее на момент его совершения объективную сторону предусмотренного законом преступления¹¹. Идея предельно проста: лицо, решаясь на противоправное деяние, должно понимать риск, которому себя подвергает, иметь возможность сделать осознанный выбор, и быть готовым ответить перед обществом за последствия своего выбора¹².

В таком случае, по логике, истцом перед судьями должен был быть поставлен вопрос о наличии во французском уголовном законодательстве в период октября-ноября 1988 года нормы, запрещающей использование посторонними по отношению к обществу-эмитенту лицами привилегированной информации. Однако особенность анализируемого дела состоит в том, что факт криминализации данного деяния не являлся предметом оспаривания. Напротив, и из воспроизведённых в решении аргументов сторон, и из содержания мотивировочной части решения Суда, и, наконец, из ссылок, приведённых в особом мнении¹³, од-

¹⁰ *Le Procureur c. Mucic et consorts*. IT-96-21. Jugement. 16 novembre. 1998. § 402. URL: <http://www.icty.org/case/mucic/4> (дата обращения: 03.10.2012).

¹¹ В доктрине и судебной практике выделяются также и иные составляющие принципа *nullum crimen, nulla poena sine lege*, например: запрет применения уголовного закона по аналогии, *in dubio pro reo* и др.

¹² Средневековые юристы руководствовались данной идеей для обоснования теорий разрешения коллизий юрисдикций в международном уголовном праве. См. об этом: *Donnedieu de Vabres H.* Introduction à l'étude du droit pénal international; essai d'histoire et de critique sur la compétence criminelle dans les rapports avec l'étranger. Paris L. Tenin, 1922.

¹³ *Affaire Soros c. France* (см. выше сноску 6): «По утверждению истца, на момент совершения оспариваемых деяний редакция соответствующего уголовного закона была слишком неточной и не позволяла с уверенностью отграничить дозволенные операции от запрещенных» (§ 44); «В отношении качества юридической техники Правительство [Франции] полагает, что формулировка спорных положений закона была достаточно точной и ясной, чтобы понять, вписывалось ли поведение истца в рамки дозволенного» (§ 47); «В настоящем деле Суду надлежит установить, было ли содержание спорной нормы на момент реализации биржевых операций сформулировано таким образом, чтобы можно было, в свете толкований, данных судебной практикой, предвидеть последствия совершаемых действий» (§ 54); *Cour européenne des droits de l'homme. Affaire Soros c. France*. Req. № 50425/06, *opinion dissidente commune aux juges Villiger, Yudkivska et Nussberger*: «Действительно, назначенное истцу наказание основывалось на положениях закона, а именно статьи 10-1 Ордонанса от 28 сентября 1967 года»; «Безусловно, истец является опытным

нозначно следует, что существование такого запрета принималось за исходную посылку, на которой каждый участник судопроизводства строил свою доказательственную базу.

Дело в том, что практика ЕСПЧ дополнила принцип *nullum crimen, nulla poena sine lege* двумя новыми составляющими. Первая, по сути, связана с императивом гласности в нормативно-правовой сфере: любое лицо должно иметь возможность ознакомиться с актом, определяющим его права и, а *fortiori*¹⁴, налагающим на него обязанности (*standard d'accessibilité* — требование доступности)¹⁵. Вторая, более сложная, состоит в требовании, чтобы формулировка нормы позволяла её адресатам, «при необходимости после консультации с авторитетными источниками, предвидеть последствия совершаемого деяния» — уже упоминавшемся выше требовании предсказуемости закона¹⁶.

Итак, судьям предстояло определить, насколько предсказуемой на момент октября — ноября 1988 года являлась во французском уголовном праве криминализация вменяемого ему деяния, то есть мог ли истец в свете имевшейся судебной практики, при помощи юридических консультаций и собственных специальных познаний разумно предвидеть, что использование данных о скором поглощении банка *Société Générale* для проведения биржевых операций с его акциями составляет преступление использования знания привилегированной информации осведомлённым лицом.

(2) Статья 10-1 Ордонанса 1967 года криминализует использование «лицами, поименованными в статье 162-1 Закона № 66-537 от 24 июля 1966 года о коммерческих обществах, а также **лицами, располагающими в связи с осуществлением своей профессиональной деятельности или своих**

должностных обязанностей привилегированной информацией о перспективах или положении эмитента ценных бумаг или о перспективах изменений курса ценных бумаг или оборотного фьючерсного договора, этой информации, если до её обнародования указанные лица реализовали либо осознанно допустили реализацию лично или через подставное лицо одной или нескольких рыночных операций (выделено мной — *Е.К.*)»¹⁷.

Здесь необходимо сделать некоторые пояснения, принимая, однако, во внимание, что специфика терминологии фондовых рынков выходит за рамки настоящей публикации.

Лица, владеющие привилегированной информацией, то есть неизвестными широкой общественности данными «О перспективах или положении эмитента ценных бумаг или о перспективах изменений курса ценных бумаг или оборотного фьючерсного договора» именуются осведомлёнными лицами. Исходя из формулировки статьи 10-1 Ордонанса 1967 года, все осведомлённые лица делятся на лиц, исчерпывающим образом поименованных в статье 162-1 Закона № 66-537 от 24 июля 1966 года о коммерческих обществах (президент, генеральные директора, члены дирекции общества, физические или юридические лица, выполняющие функции администратора общества или члена наблюдательного совета, а также постоянные представители юридических лиц, осуществляющих указанные функции) и лиц, которым привилегированная информация стала известна в процессе осуществления ими профессиональной деятельности или должностных обязанностей.

Из материалов дела очевидно, что истец ни на момент совершения сделок, ни впоследствии не занимал должностей, предусмотренных Законом о коммерческих обществах 1966 года.

финансистом международного масштаба, знающим о преступлении использования привилегированной информации. Однако никто не может сделать из этого вывод, что он должен был знать о противозаконности его действий по французскому праву».

¹⁴ «Тем более» (*lat.*).

¹⁵ См., например: *Affaire Sunday Times c. Royaume-Uni* (см. выше сноску 3). § 49; *Cour européenne des droits de l'homme. Affaire Petra c. Roumanie*. Req. 27273/95. Arrêt du 23 septembre 1998; *Cour européenne des droits de l'homme. Affaire N.F. c. Italie*. Req. 37119/97. Arrêt du 2 août 2001. § 28 и др.

¹⁶ *Affaire Sunday Times c. Royaume-Uni* (см. выше сноску 3). § 49. При этом «авторитетным источником» может выступать не только адвокат, но и вышестоящее должностное лицо. См.: *Cour européenne des droits de l'homme. Affaire Rekvényi c. Hongrie*. Req. 25390/94. Arrêt du 20 mai 1999. § 37. Сюда же относится судебная практика и документы работ по подготовке законопроекта (иного источника права). См., например: *Cour européenne des droits de l'homme. Affaire Olsson c. Suède*. Req. 10465/83. Arrêt du 24 mars 1988. § 62.

¹⁷ Интересно отметить, что закон не требует, чтобы результатом реализации указанных операций было получение прибыли. Криминализуется сам факт противоправного использования привилегированной информации, вне зависимости от последствий для осведомлённого лица.

Таким образом, поставленный перед судьями вопрос может быть сужен до следующего: мог ли истец в свете имевшейся судебной практики, при помощи юридических консультаций и собственных специальных познаний разумно предвидеть, что на него распространялось действие статьи 10-1 Ордонанса 1967 года в части, относящей к субъектам преступления лиц, которым привилегированная информация стала известна в связи с осуществлением профессиональной деятельности или должностных обязанностей?

4. Правильный ответ на правильно поставленный вопрос

Процесс интерпретации уголовного закона подчиняется определенным общепризнанным правилам¹⁸. В частности, на правоприменителе или судье лежит обязанность придания терминам их первого, естественного и рационального смысла, дабы неуказательно следовать намерениям законодателя. Самый простой к этому путь лежит через лингвистическое толкование.

Один из самых авторитетных толковых словарей французского языка *Larousse* дает следующую дефиницию словосочетанию «профессиональная деятельность» (*profession*): «занятие, обеспечивающее средства к существованию»¹⁹. Аналогичным образом данный термин определяется и в юридическом словаре²⁰. Это позволяет с известной степенью уверенности утверждать, что под действие запрета на использование знания привилегированной информации в соответствии со статьёй 10-1 подпадает любое лицо, которому такая информация стала известна в связи с осуществлением деятельности, приносящей ему заработок.

Избранное законодателем построение предложения («лицами <...>, а также лицами», выделено мной — Е.К.) свидетельствует о желании разделить всех осведомлённых лиц на две различные категории с присущими каждой отличительными признаками. Пред-

ставляется, что основным критерием деления выступает наличие или отсутствие профессиональной связи осведомлённого лица с обществом-эмитентом.

Профессиональная связь лиц, поименованных в Законе 1966 года, с обществом-эмитентом не вызывает сомнений. Пользуясь встречающейся в анализируемом решении ЕСПЧ терминологией биржевого законодательства, назовём их первичными осведомлёнными лицами (*initiés primaires*). Однако, если следовать жёсткой логике статьи, их круг, равно как и собственно понятие «профессиональной связи» получаются неоправданно узкими. Французской судебной практике на момент совершения истцом сделок с акциями *Société Générale* были известны случаи осуждения по статье 10-1 сотрудников архитектурной фирмы и обозревателя финансового рынка, выполнявших на профессиональной основе для соответствующих обществ-эмитентов отдельные задачи.

Отсюда представляется целесообразным в рамках рассматриваемой законодательной категории первичных осведомлённых лиц выделить две «подкатегории», а именно: внутренних (*initiés primaires internes*), поименованных в Законе 1966 года о коммерческих обществах, и внешних, тем или иным образом связанных профессионально с обществом-эмитентом (*initiés primaires externes*). Лица, профессионально с обществом не связанные, но получившие привилегированную информацию в порядке осуществления своей профессиональной деятельности или своих должностных обязанностей²¹, для удобства будут именоваться вторичными осведомлёнными лицами (*initiés secondaires*).

Именно в таком ключе закон был интерпретирован французским судьёй. По его мнению, «редакция статьи 10-1 на момент совершения деяния не предполагала наличия обязательной профессиональной связи вторичного осведомлённого лица с эмитентом акций». Нелишним будет здесь напомнить, что толкование внутреннего права является

¹⁸ *Le Procureur c. Mucić et consorts* (см. выше сноску 9). § 408.

¹⁹ Dictionnaire Larousse Poche 2013. Paris. P.512.

²⁰ *Lerat P. Vocabulaire du juriste débutant. Décrypter le langage juridique*, éd. Ellipses Edition Marketing S.A., 2007. P.196.

²¹ Для полноты картины поясним отличие между «профессиональной деятельностью» и «должностными обязанностями». Представляется, что во втором случае привилегированная информация становится известной лицам, выполняющим публичные функции, например, сотрудникам Комиссии по биржевым операциям в ходе проведения ими проверок законности совершения сделок с ценными бумагами общества-эмитента. «Профессиональная деятельность» — более широкое понятие.

актом проявления государственного суверенитета и в этой связи относится к исключительной компетенции национального правоприменителя.

Уголовный закон — это норма права, посредством которой законодатель устанавливает преступность и наказуемость деяния²². Намерение последнего всегда презюмируется чётко выраженным и толкуется *in dubio contra proferentem*²³. Обычно трудности в интерпретации закона возникают по причине использованию терминов, недостаточно широких, чтобы охватить все случаи, которые, должны были бы подпадать под его действие; в таких ситуациях вытекающее из принципа *nullum crimen, nulla poena sine lege* требование ограничительного толкования не допускает произвольного распространения запрета на иные категории субъектов, кроме прямо предусмотренных законодателем²⁴.

В деле «*Soros против Франции*» судьи ЕСПЧ столкнулись с кардинально противоположной проблемой: истец безосновательно пытался представить положение общего характера в качестве запрета, адресованного чрезвычайно узкому кругу лиц. По его мнению, из разумного толкования статьи следует, что все субъекты преступления использования знания привилегированной информации должны состоять в профессиональных отношениях с обществом-эмитентом. Отсюда, даже если намерение законодателя было иным (что, как было показано выше, принималось за аксиому), внешнее его выражение не являлось достаточно предсказуемым, чтобы оправдать вынесенный в отношении истца и неоднократно подтверждённый впоследствии обвинительный приговор²⁵.

Однако ничто в статье 10-1 Ордонанса 1967 года не позволяет сделать вывод, что законодатель намеревался ограничить запрет на использование знания привилегированной информации только лицами, имеющими профессиональную связь с обществом-эмитентом. *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*²⁶; истец был посвящен в

планы по приобретению акций банка *Société Générale* как глава инвестиционного фонда *Quantum Fund*, то есть в порядке осуществления деятельности, которая, как представляется, обеспечивала ему средства к существованию — его профессиональной деятельности. Следовательно, в отсутствие деловых связей с банком, он должен быть отнесён к категории вторичных осведомлённых лиц.

Судьи Марк Виллигер (*Mark Villiger*), Анна Юдковская (*Ganna Yudkivska*) и Ангелика Нуссбергер (*Angelika Nussberger*) в своем особом мнении отмечают, со ссылкой на заключение комиссии по этике участников фондового рынка от 10 января 1990 года, что категория вторичных осведомлённых лиц была якобы введена только директивой Совета Европейских сообществ от 13 ноября 1989 года²⁷. Буквально в заключении указывалось следующее: «[Эта директива вводит] **новую** категорию вторичных осведомлённых лиц, **ещё плохо урегулированную** французским правом»²⁸ (выделено мной — Е.К.). Представляется, что «плохо» или «хорошо» урегулировать можно только уже существующий и известный законодателю институт. В данном случае прилагательное «новый» следует рассматривать в том смысле, что ранее категория вторичных осведомлённых лиц не обособливалась французским законодателем в юридико-техническом плане, а регулировалась совокупно с иными осведомлёнными лицами — субъектами преступления использования знания привилегированной информации.

В том же заключении комиссия в попытке провести более чёткую границу между запрещённым и дозволенным поведением участников биржевой торговли формулирует ряд принципов, которым отводится роль «кодекса этики участников рынка, основания для принятия регламентов органами исполнительной власти, ориентира для оценки деятельности участников рынка органами, уполномоченными осуществлять за ними контроль и налагать санкции»²⁹. В соответствии с принципом № 3 лица, профессионально занимаю-

²² *Le Procureur c. Mucic et consorts* (см. выше сноску 9). § 409.

²³ «При сомнении против выдвинувшего» (закон, договорное условие и т.д.) (*лат.*).

²⁴ *Ibid.* § 410.

²⁵ *Affaire Soros c. France* (см. выше сноску 6). § 44.

²⁶ «Там, где закон не проводит различия, не должны проводить его и мы» (*лат.*).

²⁷ *Opinion dissidente commune* (см. выше сноску 12). P.2.

²⁸ *Affaire Soros c. France* (см. выше сноску 6). § 33.

²⁹ *Ibid.* § 34.

щиеся финансовой деятельностью (например, инвесторы, банкиры), приглашённые к участию в проекте, реализация которого может повлечь серьёзные изменения в курсе ценной бумаги, не вправе использовать полученную таким образом привилегированную информацию в каких-либо иных целях, кроме целей реализации данного проекта³⁰. Важно подчеркнуть, что комиссия по этике участников биржевого рынка — орган *ad hoc* исключительно консультативного характера, не наделённый компетенцией по изданию обязательных нормативно-правовых актов, и что выделенные ей принципы есть не более, чем результат интерпретации уже существующих правил.

Интересно обратить внимание на следующую рекомендацию комиссии, оставшуюся незамеченной. «В общем и целом, — говорится в заключении, — в области регулирования деятельности участников биржевой торговли представляется целесообразным использовать применительно ко многим ситуациям подходы, выработанные американской судебной практикой». Основная финансовая деятельность истца сконцентрирована в Соединённых Штатах Америки, где он постоянно проживает³¹. Американское *common law* является его национальным правом, знание которого презюмируется в его отношении³². Будучи осведомлённым о сформированном в американской судебной практике запрете на использование вторичными осведомлёнными лицами знания привилегированной информации, по меньшей мере, разумным было бы, «предположить о возможности существования аналогичного запрета в месте осуществления биржевых операций и проявить большую предусмотрительность».

Кроме того, судьи ЕСПЧ уже высказывались в пользу предъявления повышенных требований к профессионалам в сфере оценки последствий их действий или бездействия через призму толкования закона³³.

Таким образом, ответ на поставленный выше вопрос выглядит следующим образом: фор-

мулировка статьи 10-1 Ордонанса 1967 года в части, относящей к субъектам преступления использования знания привилегированной информации лиц, которым она стала известна в связи с осуществлением их профессиональной деятельности или их должностных обязанностей была достаточно предсказуемой, чтобы позволить истцу в свете имевшейся судебной практики, при помощи юридических консультаций и собственных специальных познаний разумно предвидеть противоправность совершаемых им деяний.

5. «На этих основаниях суд четырьмя голосами против трёх...»

(1) Вниманию судей было представлено три приговора коррекционного суда г. Парижа 1976 года, основанных на статье 10-1 Ордонанса 1967 года. Обвиняемые по всем делам тем или иным образом состояли в профессиональных отношениях с обществом-эмитентом, а один из них, будучи его администратором, даже относился к категории первичных осведомлённых лиц. Тем не менее, суд счёл, что фактическая сторона данных дел представляла достаточное сходство с ситуацией истца, чтобы позволить последнему, если и не быть с точностью уверенным, то, по меньшей мере, «подозрывать» (*se douter*) о противоправном характере готовящихся им операций³⁴.

(2) Выше упоминалось, что особую роль для определения предсказуемости закона играет характер его адресатов. По мнению судей, истец, будучи профессиональным инвестором, хорошо знакомым с банковской сферой и часто получавшим предложения об участии в крупномасштабных финансовых проектах, «не мог не знать, что его решение инвестировать в акции банка *Société Générale* могло быть квалифицировано как преступление использования знания привилегированной информации осведомлённым лицом, предусмотренным статьёй 10-1»³⁵.

³⁰ *Affaire Soros c. France* (см. выше сноску 6). § 34.

³¹ *Ibid.* § 1.

³² Презумпция знания гражданином, а также иностранцем, длительное время проживающим на территории какого-либо государства, национального права такого государства уходит корнями глубоко в прошлое. Она лежит в основе, в частности, персонального действия уголовного закона, в соответствии с которой вне зависимости от места суда над преступником, к нему должен применяться его национальный закон как закон, с которым он соотносил риски совершения преступления. См. подробнее: *Donnedieu de Vabres H.* Op. cit.

³³ *Cour européenne des droits de l'homme. Affaire Cantoni c. France.* Req. 17862/91. Arrêt du 15 juin 1996. § 35.

³⁴ *Affaire Soros c. France* (см. выше сноску 6). § 57.

³⁵ *Ibid.* § 59.

(3) Наконец, истец утверждал, что поправки, внесённые на основании заключения комиссии по этике участников биржевого рынка в регулирование инкриминируемого ему деяния, явились прямым следствием возбуждённого против него уголовного дела. Иными словами, уточнение данного нормативно-правового положения должно восприниматься как молчаливое признание законодателем недостаточной степени предсказуемости старой редакции.

Суд ограничился указанием на невозможность из материалов дела с уверенностью говорить о наличии между этими двумя событиями причинно-следственной связи.

Четырьмя голосами против трёх ЕСПЧ было принято решение об отсутствии в действиях Франции нарушений статьи 7 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

6. Эдипов комплекс или вместо заключения

Построив свою аргументацию на оценке поведения истца и отказавшись от поиска объективных доказательств предсказуемости французского закона, Европейский Суд сделал шаг в сторону создания неопровержимой презумпции субъективной предсказуемости закона. Безусловно, категория предсказуемости — комплексная, в ней есть место как объективной, так и субъективной составляющим. В практике суда неоднократно подчеркивалась роль личностных характеристик

адресатов правовой нормы в процессе оценки степени ее предсказуемости³⁶. Однако даже если предъявление частнопроводных по своей природе повышенных требований предусмотрительности к обладающим специальными знаниями субъектам и может быть оправдано, было бы ошибочно придавать ему решающее значение. Иной подход чреват различного рода эксцессами.

«Старая либеральная идея, в соответствии с которой любое ограничение прав человека должно быть предусмотрено законом»³⁷, оказывается, на наш взгляд, физически несовместима с новыми стандартами законности, предложенными страсбургскими судьями. Тяжкое бремя, снятое с законодателя, легло на плечи адресатов нормы — физических и юридических лиц.

Во-первых, отныне термин «закон» понимается преимущественно не в формальном, а в материальном смысле и охватывает, например, акты органов исполнительной власти³⁸ и единообразную судебную практику³⁹. Это означает, что любая двусмысленность, допущенная при редакции уголовного закона, может быть впоследствии исправлена правоприменителем. В целом, трудно спорить с тем, что «закон не может быть сформулирован с абсолютной точностью»⁴⁰. Однако адекватность данного тезиса императивам уголовного права вызывает сомнения, а *fortiori* в связи с тем, что она может быть признана только за нормами так называемого «акцессорного уголовного права» — явления самого по себе крайне сомнительного⁴¹.

³⁶ Cour européenne des droits de l'homme. Affaire *Groppera Radio AG et autres c. Suisse*. Req. 10890/84. Arrêt du 28 mars 1990. § 68; Affaire *Cantoni c. France* (см. выше сноски 29). § 35; Cour européenne des droits de l'homme. Affaire *Refah partisi et autres c. Turquie*. Req. 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98. Arrêt du 13 février 2003. См. также: *Malabat V. Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droits pénal*, thèse Bordeaux IV. 1999. P. 15–16.

³⁷ *Delmas-Marty M.* «La fécondité des logiques juridiques sous-jacentes». *Raisonner la raison d'Etat*, PUF, Paris, 1989. P. 471.

³⁸ Cour européenne des droits de l'homme. Affaire *Beldjoudi c. France*. Req. 12083/86. Arrêt du 26 mars 1992. § 69; Cour européenne des droits de l'homme. Affaire *Boughanemi c. France*. Req. 22070/93, arrêt du 26 avril 1996; Cour européenne des droits de l'homme. Affaire *Bouchelkia c. France*. Req. 23078/93. Arrêt du 29 janvier 1997 и др.

³⁹ Cour européenne des droits de l'homme. Affaire *Muller et autres c. Suisse*. Req. 10737/84. Arrêt du 24 mai 1988. § 29; Cour européenne des droits de l'homme. Affaire *Markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne*. Req. 10572/83. Arrêt du 20 novembre 1989. § 30; Cour européenne des droits de l'homme. Affaire *Casado Coca c. Espagne*. Req. 15450/89. Arrêt du 24 février 1994. § 43; Cour européenne des droits de l'homme. Affaire *News Verlags GmbH et CoKG c. Autriche*. Req. 31457/96. Arrêt du 11 janvier 2000. § 43 и др.

⁴⁰ Cour européenne des droits de l'homme. Affaire *Kokkinakis c. Grèce*. Req. 14307/88. Arrêt du 25 mai 1993. § 40.

⁴¹ Акцессорное уголовное право, или прикладное уголовное право — подотрасль специального уголовного права, состоящая из бланкетных норм (в формальном смысле); это также подотрасль специального уголовного права, состоящая из обычных норм, устанавливающих преступность и наказуемость деяния, материальная сторона которого регулируется нормами иных отраслей права (в материальном смысле). Сюда относятся преступления в области корпоративного права, права прав потребителей, экологического права и др. См.: *Chilstein D.* Droit pénal international et lois de police. *Essai sur l'application dans l'espace du droits pénal accessoire*. Dalloz, 2003. P. 7. О критике акцессорного уголовного права см., например: *De Bresson J.-J.* Inflation des lois pénales et législations ou réglementations techniques. *Rev. sc. crim.*, 1985. P. 241; *Delmas-Marty M.* L'enjeu d'un Code pénal, réflexions à propos de l'inflation

Во-вторых, если раньше законодатель был должен чётко указывать, какое поведение является противоправным, а также уточнять круг субъектов, на которых распространяется запрет действовать тем или иным образом, то теперь достаточно, чтобы из содержания нормы при помощи «авторитетных источников» можно было бы выявить намерение законодателя. Защитники прав человека требуют от своих подопечных не знать закон, а «подозревать» о противоправности того или иного поведения. Как отмечают судьи Виллигер, Юдковская и Нуссбергер, требование предсказуемости — это качество закона, «которое позволяет заинтересованным лицам — при необходимости воспользовавшись авторитетными источниками, — предвидеть на разумном уровне в данных условиях последствия, которые могут сопровождать определенную модель поведения»⁴². Представляется, что уже формулировка определения страдает отсутствием той самой предсказуемости.

В-третьих, надо сказать, что и рекомендация обращения к «авторитетным источникам» для уяснения смысла правовой нормы несёт в себе довольно большой риск ошибки. Из особого мнения, приложенного к анализируемому решению, напрашивается следующий вывод: отсутствие подходящей судебной практики отождествляется с неудовлетворением законом требованию предсказуемости. В таком контексте нельзя не сослаться на решение ЕСПЧ по делу «К.А. и А.Д. против Бельгии» от 17 февраля 2005 года, в § 55 которого указано: «отсутствие прецедентов не может представлять собой обстоятельство, препятствующее вмешательству публичных властей»⁴³. Кроме того, в противном случае

любой новый или изменённый закон должен был бы пройти предварительную стадию судебного толкования в отношении всех потенциально охватываемых ситуаций, и лишь потом «быть допущенным» применению в конкретных делах⁴⁴.

Наконец, введение требования предсказуемости закона имеет еще один побочный эффект: фактически проверка закона на соответствие данному стандарту есть не что иное, как его толкование, которое императивно относится к исключительной компетенции национального судьи как одно из проявлений государственного суверенитета⁴⁵. Отвечая на вопрос, могло ли лицо с помощью «авторитетных источников» разумно сделать вывод о противоправности того или иного поведения, суд должен самостоятельно высказаться о смысле спорной нормы, абстрагировавшись от позиции национального судьи, поскольку в такой ситуации именно она является предметом оспаривания. Это серьёзное нарушение государственного суверенитета могло бы найти своё оправдание в «справедливом встречном удовлетворении» в виде повышения степени защиты прав человека. Однако и квалификация требования предсказуемости в качестве прорыва в данной области должна быть воспринята, как показано выше, с большой осторожностью.

Практика принятия ЕСПЧ решений в пользу соответствия национального законодательства требованию предсказуемости наводит на мысль, что его сомнительность с точки зрения международного права не осталась незамеченной и в Страсбурге. Это окончательно лишает данную категорию всякого практического смысла.

des lois pénales en France, Mélanges Legros, Bruxelles, 1985. P. 165; *Rassat M.-L.* Droit pénal général, P.U.F., coll. Droit fondamental, 2ème éd. 1999. N. 83. P. 102.

⁴² Opinion dissidente commune (см. выше сноску 12). P. 2.

⁴³ Cour européenne des droits de l'homme. *Affaire K.A. et A.D. c. Belgique*. Req. 42758/98, 45558/99. Arrêt du 17 février 2005.

⁴⁴ См.: De l'exigence de prévisibilité de la loi pénale au devoir de prudence du justiciable professionnel. URL: www.jade.u-bordeaux4.fr/?q=book/export/html/120 (дата обращения: 04.10.2012).

⁴⁵ Cour européenne des droits de l'homme. *Affaire Kopp c. Suisse*. Req. 23224/94. Arrêt du 25 mars 1998. § 59.