



В. Волков

О верховенстве права
и формировании правового
государства в России

Электронный ресурс

URL: http://www.civisbook.ru/files/File/Volkov_Tetr_55.pdf

Перепечатка с сайта Московской школы
политических исследований

<http://msps.ru>

*О верховенстве права и формировании правового государства в России**



*Вадим Волков,
проректор Европейского
университета
в Санкт-Петербурге,
научный руководитель
Института проблем
правоприменения при ЕУСП*

В России есть конституция, законы, суды, милиция, но нет верховенства права. Соответственно проблема лежит не в наличии или отсутствии законов, судов и т. д., а в правоприменении. Каковы препятствия для установления верховенства права и правового государства в России?

Вопрос, где искать эти препятствия. Существует общепринятое мнение, что причиной отсутствия верховенства права являются какие-то скрытые факторы, типа коррупции в судах, и из-за этого суды принимают неправомочные решения. Или какое-то закулисное прямое давление на судей. Эти явления, возможно, имеют место. Но для нас, ученых, и для социологов они не являются объектом изучения. Борьбой с коррупцией должны заниматься правоохранительные органы. А ученые должны заниматься исследованиями чего-то другого. Вместо того чтобы искать какие-то скрытые, на уровне теории заговора, тотальной коррупции, причины отсутствия верховенства права, у нас другая предпосылка. Мы считаем, что они находятся в рутинных, типичных, вполне понятных и исследуемых формах организации, институционального устройства, корпоративной культуры судов, правоприменительных организаций, в законодательной политике, в идеологии, которой следует российская судебная система. То есть ничего скрытого нет, все поддается исследованию. Нужно только понять, где локализованы те механизмы, практики, институциональные формы, эффект которых заключается в том, что российская судебная и правоприменительная система работает так, как она работает.

То есть нас интересуют вопросы бюрократической организации судов, нормы и ценности судебного корпуса, система профессиональных стимулов, которая создается системой управления правоохра-

** Выступление на семинаре Московской школы политических исследований в Зеленогорске (Ленинградская область) 12 февраля 2011 г.*

нительными органами. Это вещи, которые независимы от людей, но они определяют то, как люди действуют в этой системе, как только они в нее попадают. Это и есть предмет той социологии и антропологии права, которой занимается Институт проблем правоприменения. Далее я представлю наши основные проекты.

Обозначу кратко идеологию, которая является основой того, что в России называется диктатурой закона вместо верховенства права, которое по-английски называется «rule by law», то есть «правление с помощью закона». При диктатуре закона любые политические или административные решения, будучи неправосудными и неправовыми, так как они опираются не на «дух закона», а на «букву закона», получают легитимность. И поэтому чиновник или политик говорит: «Все было решено по закону!», хотя часто люди считают, что решение неправосудно, даже если оно оформлено как законное.

Все правовые идеологии можно редуцировать до двух серьезных общемировых идеологий, в соответствии с которыми работают правовые системы. Первая может быть названа «легализм», вторая — «реализм». Они отчасти, но только отчасти, совпадают с противопоставлением между континентальным правом, или гражданским (civil law), и обычным правом (common law). Соответственно легализм, он же формализм, и иногда его называют правовым позитивизмом, — это традиция кодифицированного права и роли судей, которые являются исключительно толкователями и применителями существующих кодексов, а эти кодексы, в свою очередь, призваны описывать все стороны жизни, которые требуют регулирования. В этой идеологии право — система формальных правил, законов и принципов, которые существуют в виде текстов. Главным источником закона подразумевается при этом государство. Предполагается, что закон напрямую

регулирует жизнь, и законодатели, которые руководствуются такой идеологией, предполагают, что если есть в стране проблема, то нужно принять закон и проблема тем самым будет решена. Любимые слова этих людей — «у нас здесь правовой вакуум, и мы должны его заполнить». Роль судей в этой системе координат сведена исключительно к посредничеству между текстом закона и действительностью, они не играют активной творческой роли. Более того, эта система исключает моральную ответственность судьи, поскольку в идеологии легализма сфера права принципиально автономна; идеология как раз и позволяет придать закону имперсональный характер, а судей убрать на второй план и сделать их придатком системы.

Чтобы лучше понять эту систему и эту идеологию, обратимся к идеологии реализма. А именно — к англо-саксонской или англо-американской правовой традиции, в которой закон живет решениями судьи, толкованиями, системой прецедентов. Иногда это называют «живым правом», так как нет закона на бумаге, а есть только конкретные решения конкретных дел, которые становятся своего рода образцами. И поскольку судебная власть в этой системе является политической, то судьи, особенно судьи верховных судов, являются творцами политики через свои судебные решения и сознательно следуют этому принципу. Закон в данном случае укоренен в социальных отношениях, то есть все понимают, что право не автономно и должно меняться, исходя из конфигурации интересов в обществе. И наконец, эта традиция признает правовой плюрализм, при котором источником закона является не только государство, и даже — не столько государство, а это могут быть обычаи, традиции, верования, другие источники права.

Например, в России мощнейшим источником права являются «понятия». Система понятий, которая вышла из традиционной уголовной среды еще

1930-х годов, где сформировалась своя система правосудия, автономная от социалистической, противопоставленная ей и напоминавшая обычное право. В 1990-е годы, в отсутствие эффективной судебной системы, она была адаптирована к регулированию коммерческих отношений. Это пример правового плюрализма, и до сих пор рассмотрение или решение споров по понятиям может хотя скрыто, но вполне четко влиять на принятие тех или иных судебных решений. Примером правового плюрализма могут являться какие-то обычаи, допустим шариат, мусульманское право, которое при отсутствии примата этого права в государственном правовом механизме тем не менее может на него воздействовать. В такой системе судья играет совершенно другую роль. Чтобы вынести справедливое решение, которое, допустим, устранило бы конфликт, назначило справедливую компенсацию или вынесло санкцию за причиненный ущерб, судья принимает во внимание в том числе альтернативные правовые порядки.

Когда мы остаемся в плоскости легализма, здесь нет социологии, есть классическая юриспруденция, которая рассматривает правовые доктрины, квалифицирующие признаки тех или иных преступлений, понимание тех или иных противоправных деяний и т. д. Это герметичная, довольно замкнутая на себя — и в смысле профессионального сообщества, и в смысле отношений с внешним миром — система. А вот идеология реализма предполагает погружение в среду традиции «права и общества», или «социологии права». Эта традиция довольно мощно развивалась с 1960-х годов в западной социологии и социальных науках и практически никак не развивалась в Советском Союзе и России. Хотя именно апеллируя к ней, можно понять изъяны правовой системы и

причины отсутствия правового государства и верховенства права в России и осознанно чинить эту систему постепенно так, чтобы она заработала как нужно.

Какие принципы лежат в основе этой традиции? Во-первых, право задано извне. Оно не автономно, оно подвер-

В России лихорадочно меняли кодексы советского времени, полагая, что новые законы позволят по-новому жить. А оказалось, что это не так

жено действию социально-экономических отношений, баланса власти, баланса интересов в конкретном обществе. Это вполне тривиальный тезис, высказанный в свое время еще Марксом и, по-своему, Максом Вебером. На этом положении, что оно задано извне, и появилась социология права, стремящаяся объяснить любые правовые процессы и механизмы с точки зрения внешних социальных факторов. А именно, опираясь не только на полевые эмпирические исследования, но и на изучение судебной статистики, чтобы выявить так называемые отклонения правового поведения. Известно, что во многих странах люди, совершившие преступления одинаковой тяжести, но менее образованные, наказываются более жестко, чем люди с высшим образованием, так же как и иммигранты, которые тоже наказываются более жестко, чем граждане или уроженцы данной страны. Эти связи просчитываются обычно на больших массивах статистики, поскольку их невозможно объяснить, оставаясь внутри самого права.

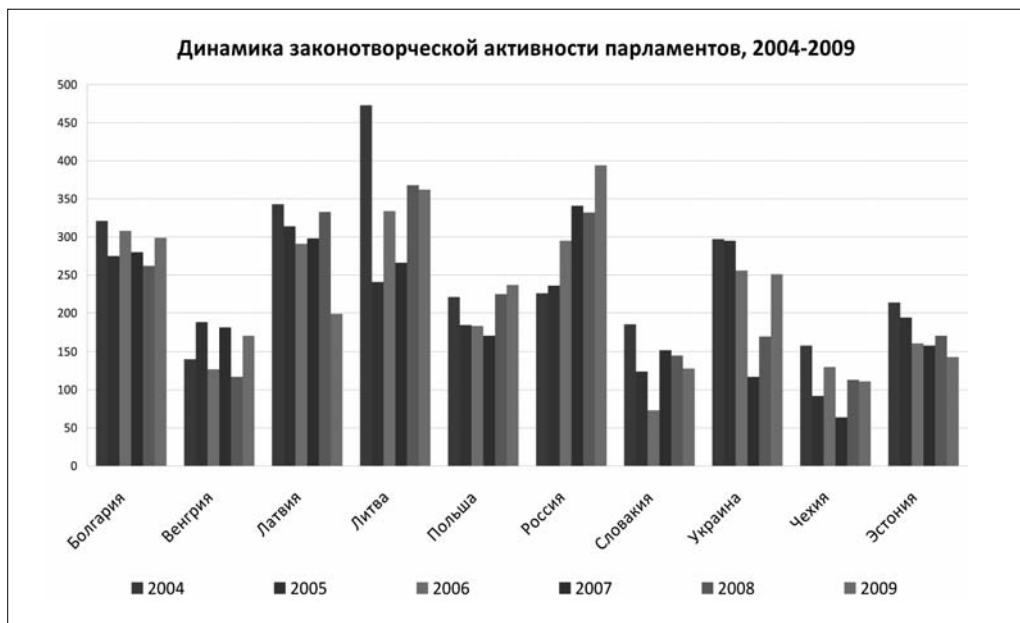
Во-вторых, есть область исследования, называемая по-английски «law in context», согласно которой, что бы ни было написано на бумаге, смысл закона недоопределен, пока он не начинает применяться в жизни, то есть в том

контексте, для которого он предназначен. Ни один законодатель никогда не может предсказать, как в действительности может работать тот или другой «бумажный» закон, потому что в жизни есть реальность соотношения интересов и, следовательно, столь же реальная его интерпретация теми, кто начинает им пользоваться. И это уже не юриспруденция, а что-то из области социологии и антропологии права. Классический пример из российской практики — судьба либерального закона о банкротстве 1998 года, который сменил предыдущий закон, по-моему, 1993 года. Новый закон был призван санировать рынок от неэффективных предприятий с передачей управления из рук «плохих» управленцев в руки «хороших» через процедуру банкротства, то есть реструктурировать экономику. При этом процедура банкротства была сильно облегчена. Но в контексте российской экономики, огромного денежного долга, накопленного предприятиями, и появления на рубеже 1999–2000 годов новых групп олигархов и их интересов, закон о банкротстве стал инструментом дешевого перераспределения активов в отсутствие фондового рынка. Закон стал

играть абсолютно по-другому, никак практически не отражая намерения тех, кто его принимал в 1998 году. И так продолжалось до 2004 года, пока не был принят следующий закон, который уже учитывал контекст правоприменения. Но за 4 года все, что было можно поделить с помощью заказных банкротств, было поделено.

И наконец, есть область изучения поведения участников правового поля, определяемого неправовыми факторами. Например, судебские решения, которые определяются бюрократической структурой судов. Судья, естественно, обязан принимать решения исходя из буквы закона и характера рассматриваемого судебного случая, но это не единственное, что влияет на применение законов. Есть еще председатель суда, есть система оценки работы судей, а также экстралегальные факторы организационного свойства, влияющие на решения судьи. Они тоже не рассматриваются юриспруденцией, а исследуются, в частности, социологией организаций или институциональным анализом. Перейдем теперь к законодательной политике.

Перед вами график, иллюстрирующий законодательную активность парла-



ментов постсоветских и постсоциалистических стран с 2004 по 2009 год. Критерий — количество законов, принятых соответственно в каждой стране, учитывая при этом, что в странах, вступивших в ЕС, отмечался пик активности, связанный с подготовкой к вступлению в него, когда они должны были принимать стандартную матрицу законов, принятых в европейском сообществе. Но некоторые страны ограничились этим, а некоторые нет. В целом мы видим, что есть страны с довольно низкой законодательной активностью и есть с высокой законодательной активностью. В одних странах новые законы принимают часто и часто их меняют, а в других принимают относительно мало законов и относительно мало их меняют. Арина Дмитриева и Денис Примаков, которые делали это исследование, установили, что есть довольно четкая корреляция: чем больше страна принимает законов, тем чаще она их меняет. Венгрия, Польша, Словакия, Чехия и отчасти Эстония относятся к странам с довольно низкой законодательной активностью своих парламентов. А Литва, Болгария, Россия и

Украина являются странами с высокой законодательной активностью.

И другой график, иллюстрирующий законодательную активность Государственной думы РФ с 1996 по 2009 год. На нем мы видим довольно радикальное увеличение законодательной активности примерно тогда, когда «Единая Россия» получила конституционное большинство. Большинство парламентариев и сегодня мыслят в традиции легализма, считая, что чем больше они приняли законов, тем лучше сделали обществу, уменьшили правовой вакуум. В общем, они отчитываются, как это ни странно, количеством принятых законов. Но если посмотреть, хорошо это или плохо для общества, то можно сделать вывод, что высокая законодательная активность еще не ведет к повышению качества законов, наоборот, поскольку их приходится часто поправлять, она становится источником непостоянства правил игры, то есть нестабильности законодательства. Когда люди просто не успевают за изменениями, перестают следовать закону. Соответственно, жизнь идет своим чередом, а законы





существуют сами по себе, что, естественно, создает предпосылки для того, чтобы обнаруживать всякий раз, когда это нужно, нарушение законов. В связи с этим и экономическая активность очень затруднена, потому что нестабильность создает ситуацию, когда большинство действий предпринимателей содержит те или иные нарушения закона и всегда можно поймать и призвать к ответственности нарушителя.

И еще один важный график. На нем мы видим те же страны, что на первом графике. Менялись ли в них базовые кодексы: Гражданский, Гражданский процессуальный, Уголовный процессуальный, Уголовный?

Мы видим любопытную ситуацию. Венгрия ни разу не поменяла свои кодексы, а внесла в них минимум поправок, и это не означает, что страна осталась в социалистическом прошлом. Следовательно, кодекс, в принципе, можно не менять, можно изменить правоприменительную практику и обеспечить верховенство права. Латвия поменяла только два кодекса, Словакия — один. Чехия не поменяла ни одного. То есть эти страны либо

вернулись к кодексам, которые существовали до Второй мировой войны, либо оставили социалистические кодексы. В России же начали лихорадочно менять кодексы советского времени, полагая, что новые законы позволят по-новому жить. А оказалось, что это не так. Это очень веский аргумент против легализма. В России поменялись все четыре кодекса, в Литве тоже. Украина поменяла три. Однако, если учесть количество редакций, то есть поправок к кодексам, то Россия является абсолютным лидером: здесь принимается много законов, которые не очень высокого качества, вследствие чего они постоянно правятся. Если оперировать индексами, характеризующими качество правовой среды, будь то индекс Всемирного банка или индекс защиты прав собственности Института свободы и демократии Э. де Сото, страны, где стабильное законодательство, обладают более качественной правовой средой. Если законодатели, следуя идеологии легализма, считают, что закон решает все проблемы, они заблуждаются. Право — это многофакторная среда, в которой решают правоприменители.

Это суды и судьи, это правоприменители в погонах, то есть правоохранительные органы. Все они а) толкуют законы и б) контролируют применение законов.

Как действует система правоприменения? Допустим, в уголовном процессе участвует несколько акторов — действующих или должностных лиц, каждое из которых следует своей организационной формальной и неформальной логике. Совокупность их действий образует последовательность, в которой а) движется уголовное дело, от момента возбуждения до момента вынесения приговора в суде, и б) трансформируется статус человека от подозреваемого до подсудимого, обвиняемого, подсудимого и преступника или осужденного, если доказана его виновность. Наша задача — понять, как эта машина работает, формально и неформально. Выяснить, каковы стимулы и как работают оперативники, когда к ним поступает либо заявление о преступлении или правонарушении, либо когда они пытаются выявлять какие-то правонарушения. Чем они руководствуются? Как принимают решения о регистрации или нерегистрации преступления? Как они взаимодействуют со следователем в том, возбуждать уголовное дело или не возбуждать? На основе каких мотивов, каких организационных стимулов следователь принимает решение, возбуждать его или не возбуждать? Что считается расследованным делом? Какова логика работы оперативника? Что ему зачитывается в качестве «палки», то есть положительно оцениваемого показателя, за который его могут повысить, дать премию, похвалить? И наоборот — за что его могут лишить премии, понизить в должности, выгнать, наконец. То же самое со следователем. Эти люди работают в довольно плотной среде институциональных условий, реагируют на них. Мы не предполагаем, что они какие-то злобные, что у них естественная склонность к попыткам, они любят

бить людей или они нечестные. Нет, мы предполагаем, что они обычные люди, просто они попадают в некую систему, устроенную определенным образом, в результате чего начинают так себя вести.

Например, оперативник регистрирует преступление тогда, когда понимает, что может его раскрыть, допустим, в течение суток или двух. Если же понимает, что он вряд ли его раскроет и оно может превратиться в нераскрытое, в «висяк», то сделает все, чтобы его не зарегистрировать. Или наоборот, если он зарегистрирует преступление, то сделает все — будет выбивать показания, запугивать, пытаться, — чтобы добыть свидетельства о том, что есть подозреваемый, потому что тогда преступление считается раскрытым.

Затем наступает очередь следователя, который оценивает, может ли он довести это дело до конца, собрать достаточные доказательства, сформулировать их в заключительном обвинении, чтобы прокурор принял их. Потому что следователь получает свою «палку», когда прокурор утверждает обвинительный акт и передает его в суд. Фактически с этого момента судьба обвиняемого предрешена: с вероятностью 99%, а у нас именно 99% обвинительных приговоров, он будет осужден, потому что так устроена система стимулов. Если прокурор передает дело в суд, у него есть жесткий интерес, чтобы судья фактически скопировал обвинительное заключение.

Таким образом, действует некая машина, состоящая из формальных инструкций, системы оценки показателей, санкций, положительных или отрицательных, за достижение этих показателей, есть процессуальный кодекс, неформальные правила работы оперативников, следователей, прокуроров и судей. Эта машина работает согласованно, и человек, который под нее попал, становится осужденным. Проблема российской правосудной системы — это так называемый обвинительный уклон:

доля оправдательных приговоров в российских судах в 2008 году составляла 0,67%. Это официальная статистика. Если же вычтеть частные обвинения, в которых не участвует прокурор, где он не давит на судью, то суд имеет большую возможность выносить оправдательные приговоры. Это не тяжкие статьи, не затрагивающие интересы государства. На такие обвинения приходится 68% всех оправдательных приговоров. Если убрать их из статистики, то доля оправдательных приговоров вовсе снизится до 0,2% в 2008 году. В Европе в среднем доля оправдательных приговоров — 15–20%, в дореволюционной России — 20–30%. Это значит, что наша система правоприменения выстроена так, что судья фактически штампует приговор обвинения. То, что произошло с Ходорковским, например, это типичный образец российского правосудия, а не какое-то особое дело. В нем, с точки зрения статистики и практики российской судебной системы, нет ничего особенного, выдающегося или исключительного.

И вопрос как раз в том, почему это происходит. Что происходит в этой связке «прокурор — судья», когда суды не обладают самостоятельностью? Мы работаем как раз над проверкой двух гипотез, или механизмов, формирующих в России систему правосудия. Первый механизм можно определить как «мягкая сила», а второй как «жесткая сила».

Что такое «мягкая сила»? Это не административная, а ценностная система факторов. Мы не знаем точную цифру, но полагаем, что от 15 до 20% судейского корпуса составляют бывшие прокурорские работники. Это люди, профессиональная идентификация которых сформировалась в прокуратуре, у которых остаются корпоративные, социальные связи в этой среде, предрасположенности, которые свойственны в большей степени прокуратуре или обвинению, чем судьям. И если профессиональная задача прокуроров — это борьба с пре-

ступностью и защита интересов государства, то не факт, что наши судьи видят свою миссию в защите прав граждан, творении справедливости, а не в такой же борьбе с преступностью или защите интересов государства.

Важная область правового симбиоза прокуратуры и суда — повседневное общение их представителей и общая социальная сеть. Действительно, когда начинаешь интервьюировать областного прокурора и судью, выясняется, что их дети учатся в одной школе, они иногда встречаются, общаются по не относящимся к делу поводам, то есть являются частью одной социальной сети. Конечно, это сближает судей с интересами прокуроров, облегчая их взаимодействие.

Наконец, довольно простая реальность: очень часто суд и прокуратура находятся в одном здании с табличкой «Суд. Прокуратура», словно это одна система, работники которой и не мыслят себя в ином качестве.

Теперь поговорим о факторах «жесткой силы». Это возможность прокуратуры оказывать прямое давление на судей. Во-первых, это возможность обжаловать и отменить решение судьи. Если судья не удовлетворил решение прокурора, последний может обжаловать действия судьи в вышестоящем суде, и тот может отменить решение нижестоящего суда. А для судей самое страшное — это отмененное решение, потому что «плохая статистика», отмененные вышестоящими судами решения, могут быть основанием для квалификационной коллегии судей для досрочного прекращения полномочий судьи. Это институциональный механизм, он объективен. Судьи, которые начинают противоречить прокурору, просто выбывают постепенно из этой системы, остаются те, кто работает в согласии. Второе: как ни странно, но ФСБ и прокуратура ставят свою подпись на личном деле судьи, прежде чем он назначается на эту должность. Такова просто мелкая процедура, одна



из тех, о которых мы не знаем. Соответственно, если судья конфликтует с прокуратурой, то при назначении на должность или повышении он может не получить необходимую подпись, что вынуждает работать с оглядкой на этот механизм. Наконец, третье проявление «жесткой силы», то есть административного влияния прокуратуры на суд — это право прокурора подать представление в органы следствия о возбуждении уголовного дела против того или иного судьи, например по подозрению в коррупции, о проведении следственных действий. И судьи тоже это понимают. Если судья будет выносить оправдательные приговоры, то прокуратура может начать «шить» на него дело, подозревая, что он оправдывает подсудимых за взятку. Этот механизм может использоваться и для сведения счетов со слишком самостоятельным судьей. Чтобы не давать повода для подозрения в коррупции, судье легче вынести мягкий, но обвинительный приговор.

Еще раз подчеркну: когда мы исследуем механизмы, препятствующие установлению в России верховенства права и независимости судов, стимулирующие неправосудные решения, мы не подразумеваем какое-то тайное влияние Кремля или коррупции, мы говорим о «нормальном», повседневном устройстве суда и прокуратуры и механизмах их взаимодействия. И это гораздо опаснее и страшнее, чем все, что относится к теории заговора.

Существенная область исследований, касающихся нашей судебной системы, — бюрократическая подотчетность судей и их место в организационной структуре судов. Судья принимает определенные решения, рассмотрев доказательства, обстоятельства дела, сопоставив их с соответствующей статьей того или иного кодекса или закона. Естественно, он это делает в рамках суда как бюрократической организации. Поэтому важно понять, в чем организационная специфика

российских судов. В отличие от, допустим, английской или американской системы, которая гораздо меньше бюрократизирована, континентальная система правосудия, французская, немецкая, российская, довольно сильно бюрократически структурирована, суд иерархически организован. Например, председатель суда наделен определенными полномочиями, допустим, в распределении дел между судьями, от чего могут зависеть их служебные показатели. Материальные блага, премии в рамках суда распределяются также председателем суда, и судьи это знают. Председатель суда может вынести дело того или иного судьи на квалификационную коллегию для лишения его полномочий. Таким образом, власть председателя суда очень велика и институт председателей суда в нашей системе иерархии может использоваться для оказания внешнего влияния на суд.

Независимость судов ограничивается также опасением отмены их решений вышестоящим судом: районного суда — городским, городского — областным и т. д. У судей есть неформальный механизм подстраховки: прежде чем выносить решение, они бегут советоваться к судье вышестоящего суда, чтобы знать наперед, если поступит апелляция, а она обязательно поступит, что вышестоящий суд не отменит решение.

Еще один фактор — закрытость хода многих процессов и принятия решений по ним. Только недавно, в связи с новым законом (№ 262 — ФЗ), который предполагает обязательное раскрытие информации о деятельности судов в РФ, на сайтах стали появляться сведения о судебных решениях, хотя и в очень урезанном виде. Тем не менее появляется некоторая возможность сравнения прецедентов, когда по одним и тем же статьям, по аналогичным делам выносятся разные решения. Судьи стали остерегаться прибегать к манипуляциям и, что очень важно, начинают обращать внимание на мнение судей-

ского сообщества. Потому что механизм независимого правосудия — это не действия отдельного судьи, а судейского сообщества, которое должно отсекалть разные влияния и которое понимает, какие судьи профессиональны, какие нет, какие коррумпированные, какие нет. Так или иначе, но открытость судов, репутация в профессиональном сообществе причаюют судей отвечать за свои действия. Учитывая, что долгое время ход процессов был недоступен для публики и отсутствие независимости судов и неправосудные решения стали нормой правосудия.

Наконец, очевидный фактор, снижающий качество правосудия, — сроки рассмотрения дел. И чрезвычайная нагрузка на судей всех компетенций. У нас по международным стандартам очень короткие нормативные сроки рассмотрения дел. Если судья не укладывается в эти сроки, он подвергается санкциям: замечаниям, лишению премии и пр. И поэтому часто ищет готовые решения, а не проявляет творчество, превращается просто в штамповщика готовых решений, лишь бы уложиться в сроки. Ему проще следовать за прокурором. Так что не взятка, не давление, а устройство самой судебной системы искажает идею правосудия.

Итак, перехожу к выводам, обобщающим причины отклонений от верховенства права. Это идеология легализма; определенные черты законодательной политики (низкое качество законов и, следовательно, частые изменения, нестабильность законодательства); это специфика правоприменения: зависимость судей и судов. Есть и еще одно важное обстоятельство, которое я не раскрыл, — произвол правоохранительных органов в части экономических преступлений. Эти факторы организационного, социального характера являются наибольшими препятствиями для движения к верховенству права.

*Графики составили
Арина Дмитриева и Денис Примаков*