

Спрос на право: факторы и движущие силы

(Круглый стол XVI Апрельской конференции)

Аннотация

С 8 по 10 апреля 2015 г. проходила организованная НИУ ВШЭ ежегодная XVI Апрельская конференция, в рамках которой состоялась пленарная дискуссия «Спрос на право: факторы и движущие силы». В рамках этой дискуссии обсуждались вопросы о том, как обеспечить соответствие правовых норм потребностям (спросу) общества, как выявлять такие потребности и переводить их на язык права. В решении этих задач важную роль играет политология и социология права. В ходе дискуссии были высказаны теоретические идеи, а также обнародованы результаты социологических исследований спроса на право.

Ключевые слова

право, социология, общество, экономика, потребности, спрос

А.А. Иванов, научный руководитель факультета права НИУ ВШЭ, заведующий кафедрой гражданского и предпринимательского права НИУ «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук.

«Спрос на право» (скорее потребность в праве) — это парадоксальный, на первый взгляд, вопрос. Вообще спрос — экономическая категория, и упрощенно он может быть определен как осознанная и выраженная вовне потребность лица в товарах, работах или услугах. Право хоть и не товар, но потребность в нем может существовать, осознаваться людьми и выражаться вовне, поэтому вполне допустимо рассуждать о потребности в праве.

В связи с данной проблематикой хотелось бы подчеркнуть особую актуальность социологических исследований в области юриспруденции. Это очень важно, потому что социология права в нашей стране, к сожалению, все-таки недостаточно развита. Мы находимся в плену догматических представлений о праве. Социология для этого — не очень приятный проверочный камень, который оценивает эффективность догматического регулирования, поэтому я считаю, что социология права является одним из значимых направлений.

Право — категория юридическая, к тому же многозначная. В рамках догматической юриспруденции право — это система норм, воплощенных в законах и иных источниках. В то же время в рамках естественно-правовой концепции право — это разумное и справедливое регулирование, которому законы при определенных обстоятельствах могут не соответствовать. Так о спросе на какое право идет речь?

Законов у нас много, можно даже сказать, слишком много. Есть ли спрос на принятие все новых и новых законов? Видимо, в каких-то областях принятие новых законов

необходимо и одобряется общественным сознанием, но вряд ли можно сказать о спросе на законы во всех сферах нашей жизни, тем более, что с качеством законов у нас не все так благополучно, как хотелось бы.

Другое дело — разумное и справедливое регулирование как квинтэссенция естественного права. О спросе на него вполне можно и даже нужно вести речь, однако надо учитывать, что представления о справедливости у всех разные. Уравнительная справедливость — это одно, а справедливость, рассчитанная на результаты, пользу — это совсем другое. Степень разумности людей также различается. Для образованных людей разумным будет одно, для необразованных — другое. Для той части населения, которая придерживается уравнительных взглядов, естественной будет ориентация на перераспределение общественного богатства, рост налогов и безвозмездных социальных выплат. Для справедливости результатов, напротив, важно создание стимулов к более эффективной деятельности, к росту богатства, к его защите, в том числе от государства. Но есть и такие представления о должном, разумном и справедливом, которые являются общими для всех людей, объединяют их и позволяют поддерживать правопорядок на определенном уровне. Задача состоит в том, что выявить эти общие представления, и тогда они зададут рамки, в которых формируется настоящий спрос на право.

Когда говорят о российских гражданах, то их спрос на право оценивают невысоко. Обычно говорят, что люди обеспокоены своим благополучием, право их интересует постольку, поскольку они с ним сталкиваются, а сталкиваются они с ним нечасто. Спрос на право предъявляет меньшинство, активная часть населения, «поколение Интернета» и т.д. Хотелось бы подвергнуть сомнению этот тезис.

Начнем с того, что с правом люди сталкиваются гораздо чаще, чем существует общественное представление об этом. С учетом того, что в местах лишения свободы постоянно находится около 1 млн. человек, только уголовное право ежегодно вовлекает в свою орбиту не менее 3–4 млн. В некоторых регионах судимость имеют до половины населения, значит, они все равно попали в орбиту права. На порядок большее количество людей подвергается административной ответственности, около 10 млн. дел о привлечении к административной ответственности дает порядка 20–30 млн. граждан, затронутых административным правом. Не следует забывать и о гражданских делах приблизительно такого же количества.

В итоге действующий механизм правоприменения затрагивает не менее половины работоспособного населения, а еще существенная часть затронута правом пассивно. Так что с правом люди сталкиваются постоянно, проблема состоит в том, что они в основной массе просто не озвучивают свои претензии к действующему механизму правоприменения, не декларируют властям свой спрос на право. Причины этого носят комплексный характер, обусловлены как историческими традициями, так и современными факторами. Ясно одно: скрытый спрос на право имеется, и задача, как социологии, так и юриспруденции, состоит в том, чтобы этот спрос изучать, заранее предвидя направление его развития. Это уберет общество от многих проблем, в том числе от политических, ведь недовольство людей механизмом правоприменения имеет свойство накапливаться, превращаясь в негативное отношение к государству в целом.

Поскольку я не социолог, а юрист, хочу высказать свое личное мнение, которое я сформировал на основе оценки поведения людей и того, что они говорят, применительно к тем направлениям, в рамках которых формируется, но, к сожалению, не выражается вонне спрос на право. Таких направлений, по меньшей мере, три — равное правоприменение, правовая определенность и справедливое правосудие.

Начнем с равного правоприменения. Принцип равенства закреплен в Конституции России и красной нитью проходит через все законодательство. Этот принцип все знают, все на него ссылаются. Однако закрепление принципа равенства в законе — это одно, а реализация его в рамках конкретных правоприменительных процедур — другое. Наибольшие претензии со стороны общества вызывает как раз избирательное правоприменение, когда аналогичные случаи разрешаются по-разному в зависимости от того, кто в них задействован.

Речь идет даже не о каких-то привилегиях должностных лиц, с ними уже боролись в конце 1980-х годов, причем безуспешно. Моментальная отмена привилегий привела тогда к невероятному росту коррупции, поскольку деятельность должностных лиц, связанных с принятием решений, должна адекватно оплачиваться. Привилегии были формой такой оплаты, а их отмена привела к тому, что «пострадавшие» от этого стали добирать доходы на стороне, участвовать в бизнесе и т.д.

Если же привилегии должностных лиц жестко регламентированы законом, ничего плохого в них нет. Главное в другом: правоприменение не должно зависеть от того, в отношении кого оно осуществляется. С государственным должностным лицом, его родственниками или друзьями, равно как и с государственными органами, надлежит обращаться в одинаковых случаях так же, как и с частными лицами. Если за то или иное преступление простого человека привлекают к уголовной ответственности и сажают в тюрьму, то аналогичным образом следует поступать с государственным должностным лицом, его родственниками или друзьями. Если же последним в данном случае удастся избежать уголовной ответственности или лишения свободы, то это как раз то самое избирательное правоприменение, которое вызывает наибольшие нарекания людей вне зависимости от того, где эти нарекания высказываются: в Интернете или дома на кухне.

Избирательное правоприменение имеет место и тогда, когда государственные органы получают необоснованные привилегии в спорах с частными лицами. Многие опросы предпринимателей свидетельствуют, что в спорах с другими предпринимателями они чувствуют себя относительно защищенными, тогда как в спорах с государственными органами их шансы на успех намного ниже. Почему, скажем, правила по исковой давности по искам государственных органов должны применяться иначе, нежели по искам частных лиц? Вопрос остается без ответа.

Еще хуже, когда в законе закрепляются правила, которые дают государству привилегии перед частными лицами, например, когда государство может потребовать от частного лица исполнения того или иного обязательства в любое время, а частное лицо от государства — только в течение определенного срока. Подобный подход уничтожает рыночное равенство и тем самым разрушает рыночную экономику.

Равное правоприменение тесно связано с другим направлением развития спроса на право — с правовой определенностью. Хорошие законы дают уверенность в том, что их применение будет равным, каждый будет знать свои права и обязанности и их соблюдать. Но это дают лишь хорошие законы. Между тем законодательство в настоящее время не дает нам надежд на то, что появится очень много хороших законов. Законов действительно принимается много, но их качество оставляет желать лучшего. Многие из вносимых в законодательный орган России законов имеют запретительный характер, а некоторые вообще вносятся в расчете на эпатаж публики, причем те, кто их вносит, прямо об этом говорят. Не случайно в последнее время многие стали говорить об избыточном законотворчестве. Это четко отражает общественное настроение. Хорошие законы нам нужны, а плохие — нет. Лучше не принимайте никаких законов,

чем принимать плохие, потому что плохие законы вкупе с догматическим подходом к юриспруденции усугубляют проблемы в обществе и выступают благодатной почвой для избирательного правоприменения. Ведь нечетко сформулированные в законе права и обязанности образуют своеобразную серую зону, которая может быть развернута в любую сторону.

Однако правовая определенность не сводится только к законам. Законы могут быть разными, в том числе они могут иметь антисоциальный или репрессивный характер, а право должно изменять их негативную природу, исправлять дефекты, обеспечивать соблюдение общеправовых принципов, идей справедливости, даже если они прямо в законе не выражены. Эта составляющая принципа правовой определенности, к сожалению, еще не стала идейным убеждением большинства правоприменителей, которые руководствуются идеей нормативизма.

Главное для них — соблюдать требования позитивного права, а не правовые принципы. Отсюда и негативное отношение к судейскому активизму, т.е. к желанию судей, применяя естественно-правовые принципы, модифицировать право, делать его лучше, приспособлять к изменяющимся социальным условиям. Между тем судейский активизм — важная составляющая принципа правовой определенности. Без этого активизма правовая определенность сводится к законотворчеству, которое подвержено субъективным факторам, зависит от конкретной социально-политической ситуации, что низводит значение принципа правовой определенности до уровня каприза законодателя.

Наконец, рассмотрим еще одно направление развития спроса на право — требование о справедливом суде. Суд должен одинаково разрешать аналогичные дела. Иное несправедливо. Равное правоприменение — непременное условие справедливого правосудия, но этого недостаточно. Справедливый суд должен учитывать заслуживающие внимания обстоятельства, влияющие на судебный акт. Учет таких обстоятельств необходим независимо от того, о какой справедливости — уравнивающей или результирующей — идет речь. Учет обстоятельств жестко связан с принципом правовой определенности. Прежде, чем обстоятельства учитывать, их нужно выявить, отличить друг от друга и зафиксировать в законе, а потом и в судебных актах. Иными словами, справедливое правосудие возможно лишь тогда, когда судебная практика выявляет и учитывает все обстоятельства дела и одинаково разрешает дела в зависимости от этих обстоятельств. Все обстоятельства должны быть учтены, проанализированы в каждом деле. Отсюда следует вывод о необходимости обеспечения единства судебной практики, именно об этом велась речь, когда обосновывалось объединение двух судебных систем.

К сожалению, анализ законодательных актов, в рамках которых происходило такое объединение, свидетельствует об обратном. Обеспечение единства судебной практики больше не является задачей судов, поскольку отсутствие такого единства не является основанием отмены судебных актов. Оценка правовых позиций судов, таким образом, уходит на второй план. Нарастает тенденция к дифференциации правовых позиций, что угрожает реализации принципов равного правоприменения и правовой определенности. Складывается ощущение, что вообще не хочется, чтобы суды вырабатывали какие-то правовые позиции. Это мешает решать дела «как вздумается».

Следует отметить еще одну опасную тенденцию, препятствующую справедливому правосудию — отказ от подготовки мотивированных судебных актов во многих случаях. Желание снизить нагрузку судов, которым это обычно обосновывают, — ценность гораздо менее значимая, чем принцип правовой определенности. Конфликтность в

обществе, а значит, нагрузку судов, надо снижать иными методами, не отказываясь от мотивировки судебных актов, тем более что с мотивировкой у нас и так много проблем, поскольку на судебные акты часто жалуются в связи с тем, что в них не учтены все доводы сторон и обстоятельства дела.

Тремя указанными направлениями спрос на право, конечно, не исчерпывается. Но если нам удастся добиться существенного прогресса даже по этим трем направлениям, мне кажется, спрос на право будет в значительной мере удовлетворен.

* * *

В. В. Волков, научный руководитель Института проблем правоприменения Европейского университета в Санкт-Петербурге, доктор социологических наук в выступлении «Мобилизация права» обратил внимание «на проблему правоприменения и важность сдвига перспективы только от содержания закона или характера правовых доктрин на «закон в жизни» или на то, как применяется право в жизни. Знание, накопленное в рамках юриспруденции, огромно, а знание, накопленное в рамках поведенческих наук, о том, каковы закономерности поведения правоприменителей или закономерности поведения граждан по отношению к правоприменительным организациям, какова их реакция на законы — эти вопросы очень мало изучены, но очень актуальны для нашей страны.

С точки зрения социологии права целесообразно радикализовать понятие «спрос на право» путем обсуждения его социологического эквивалента. Социологическим эквивалентом понятия «спрос на право» является термин «мобилизация права». Мобилизация права — это термин, который несет в себе активистскую коннотацию. Если спрос может быть явлением сознания или коммуницировать вовне, то мобилизация права — это действие, направленное от индивида или от коллективов в сторону правоприменительных организаций для того, чтобы запустить их в действие. То есть между законами и применением законов есть еще некая поведенческая сфера, которую мы называем мобилизацией права. Мобилизация права может быть успешна или не успешна.

Этот термин известен в международной социологии права. Он был введен в 1970-х годах. Логика его введения следующая: поскольку мы наблюдаем, что судебная система сама по себе пассивна, то для того, чтобы она работала, она нуждается в том, чтобы в нее разными способами поступали дела, как в гражданские суды, так и в уголовно-правовое преследование, которое также подразумевает некоторое внешнее иницирующее воздействие для своего начала. Следовательно, есть особая категория индивидуальных или коллективных действий, направленная на включение правоприменительной машины. Поведение граждан, организаций или коллективов, направленное на то, чтобы включать правоприменительные машины, т.е. мобилизовать право, является одной из основных тем социологических исследований права на протяжении уже многих десятилетий.

Интенсивность защиты прав граждан зависит не только от качества законов или качества правоприменения, но и от поведения самих граждан, от того, насколько успешно и активно они мобилизуют право. Что же тогда определяет характер или успешность мобилизации права? Есть некоторые системные характеристики правовых систем, которые определяют соотношение между частным и публичным характером мобилизации права.

Те сферы, где мобилизация права — ответственность частных лиц (если ты потерпевший, или у тебя есть интерес, потребность в защите прав), то ты сам иницируешь

этот процесс. Если имеет место исключительно привилегия или ответственность государства или публичных инстанций, которые это могут делать во имя защиты прав кого-то другого, то мы говорим о патронажной системе (в противовес системе предпринимательской, в которой наибольшая возможность и ответственность для мобилизации права отданы самим гражданам). Чем больше в законе предусмотрено поводов для мобилизации права со стороны публичных инстанций, со стороны государства, тем больше эта система заменяет инициативу граждан по защите своих прав.

Есть также фактор, который можно сравнить с силой трения, т.е. насколько гражданам трудно или легко мобилизовать право. Это различные барьеры на пути мобилизации права и ее издержки, начиная с прямых пошлин (насколько дорого подавать иски, насколько сложна по времени процедура, насколько доступны специальные знания и услуги адвокатов) и до институциональных барьеров — насколько отзывчивыми являются различные элементы правоприменительных машин на мобилизующее воздействие извне.

Очень важно поведение самих граждан или других субъектов государства. Насколько они активны, консолидированы, готовы при возникновении споров или ущерба обращаться в правовые институты и мобилизовывать их в своих интересах. В качестве примера, допустим, мобилизация конституционного права, решения Конституционного Суда Российской Федерации являются, конечно, самыми политически важными. Они фактически путем приведения в соответствие с Конституцией Российской Федерации ставят ограничения применению власти. Если мы посмотрим на характер мобилизации конституционного права, то здесь на первом месте стоит аппарат Конституционного Суда Российской Федерации, который превращает примерно 20 тыс. жалоб и обращений граждан примерно в 2 тыс. отказных определений и в 20–30 решений и постановлений КС РФ.

Таким образом, 18 тыс. жалоб просто не доходят до судей, отфильтровываются на уровне аппарата или экспертов суда. И только 20–30 решений — это действительно успешная мобилизация конституционного правосудия со стороны граждан. Этот процент ничтожен. Если посмотреть на повестку дня Конституционного Суда Российской Федерации за последние десятилетия, то мы видим рост решений, которые посвящены социальным и трудовым спорам, и падение повестки, связанное с применением избирательного законодательства. В данном случае конституционное право как «орудие главного калибра» «стреляет» очень редко.

Эксперт Конституционного Суда Российской Федерации Калиновский установил, что среди всех жалоб на применение УПК РФ (что связано с нарушением конституционных прав) доля отказных определений — 7%, а самая большая доля отказных определений по поводу жалоб на применение УПК — по ст. 125 УПК (обжалование действий следователя, дознавателя или бездействия прокуроров в уголовном процессе). Самая большая боль — это нарушение прав со стороны следствия, но мы не видим адекватных решений по данному вопросу со стороны Конституционного Суда Российской Федерации.

В гражданском процессе конфигурация мобилизации права другая. Если мы посмотрим на данные с 2007 года, то видно, что в двухтысячных годах, после реформы судов, когда было расширено число судей и аппарат судов, суды стали работать быстрее и эффективнее. Но кто воспользовался этими преимуществами? Граждане или государство?

Государство воспользовалось быстрее. Мы видим, что с каждым годом государство «заваливало» гражданские суды все большим количеством исков. Если мы будем смотреть на это как на ограниченный ресурс, то у судьи номинально восьмичасовой рабо-

чий день (реально они работают больше) и ограниченное время на рассмотрение дела. Таким образом, между гражданами и государством происходит активная конкуренция за доступ к правосудию. Государство в нашей стране чрезвычайно активно по сравнению с гражданами, причем наибольшую активность проявляют Пенсионный фонд, налоговые органы и органы, которые обращаются с иском о взыскании платы за жилплощадь, коммунальные платежи. Это очень значительное количество исков, которые вынуждены рассматривать гражданские суды.

Механизмы мобилизации уголовного права совершенно другие. Здесь мы видим не роль аппарата, как в Конституционном Суде Российской Федерации, не конкурентную ситуацию, как в гражданском процессе, а довольно сложное взаимодействие между различными организациями, которые обеспечивают поэтапную мобилизацию права от обращений граждан до включения судебной машины, т.е. до передачи дела в суд. Это оперативные службы, следствие и дознание, прокуратура и, наконец, сам суд. На входе мы имеем 28 млн. обращений граждан за последний год (там есть и рапорты, и постановления правоохранителей), и это все попытки мобилизовать уголовное право. В данном случае мобилизация — обращение в дежурную часть в той или иной форме либо обращения, поступающие непосредственно из постановлений прокуратуры либо непосредственно выявляемые преступления, рапорты из правоохранительных органов по совокупности.

Дальше они должны сначала преодолеть барьер и быть зафиксированными как сообщения о преступлениях. Потом по проведенным проверкам решений о возбуждении или отказе в возбуждении уголовных дел мы видим убывающее количество. И потом законченные расследования и передача дел в суд. Здесь мы можем изучать как поведение государственных организаций, так и граждан, их общение или взаимодействие с правоохранительными органами, так и межорганизационные отношения правоохранительных органов, которые, собственно, и управляют этими соотношениями в действительности.

Говоря о межорганизационных отношениях, особо надо выделить тот момент, который характеризует нашу систему — очень высокая активность государства в части экономических преступлений. У нас практически очень мало инициативы юридических и физических лиц в области экономики, т.е. потерпевших, и очень много активности правоохранительных органов по выявлению преступлений по сравнению с другими странами. В большинстве других стран объем преступлений, по которым уголовное преследование инициируется только по заявлениям потерпевших, гораздо выше, чем у нас.

Понятно, что есть такие формы правонарушений, которые не имеют потерпевшего (преступления в области оборота наркотиков, фальшивомонетничество, налоговые преступления), и где роль активности правоохранительных органов неизбежна, а гражданам просто не будет жаловаться по этому поводу. Поэтому в этих сферах активность правоохранителей естественна. Но по многим статьям (например, наша печально известная ст. 159 УК РФ «Мошенничество») возбуждение уголовного дела может быть только при наличии заявления потерпевшего. Однако по совокупности экономические преступления являются почти монопольной сферой мобилизации права со стороны государства. Мобилизация права происходит всегда и естественным образом — это использование права в интересах мобилизующего. Именно в сфере экономики злоупотребление правом у нас наиболее интенсивное.

Что касается административного законодательства, то один из самых больных вопросов в городах — вопрос парковки. Казалось бы, это сфера нарушения ПДД, кото-

рая во всех странах все-таки относится к сфере контроля со стороны государства, т.е. государство идентифицирует нарушения и применяет санкции к нарушителям, а не граждане, которые мобилизуют право. На самом деле с развитием информационных технологий есть возможность изменить ситуацию. Современные технологии могут служить инструментом массовой мобилизации права со стороны граждан для решения их проблем.

Проблема парковки существует во всех городах. С одной стороны, мы имеем способ, который можно назвать «мобилизация гнева», т.е. СтопХам. С другой стороны, в качестве альтернативы, есть мобильное приложение, которое было разработано на деньги частных предпринимателей. Это приложение Spot, где можно с помощью телефона определенным образом зафиксировать нарушение парковки: либо под знаком, либо на тротуаре, либо на газоне — сделать несколько фотографий, нажать кнопку. Автоматически будут сгенерированы соответствующие документы, которые пройдут премодерацию, потом они поступают в ГИБДД, которая эту информацию обрабатывает. Дело передается в суд, суд выписывает штраф. Это приложение активно с февраля 2014 года. В принципе, активных пользователей больше 5 тыс., при этом 35 тыс. заявлений за период немногим больше года дошло до ГИБДД, т.е. прошло премодерацию на предмет корректности фотографий. Здесь важно то, что для активных граждан, которым мешают автомобили, припаркованные на тротуарах или газонах, есть средство довольно легкой и эффективной мобилизации права.

Если подытоживать и называть основные проблемы, связанные с возможностями мобилизации права в нашей стране, то недостаток информационных технологий и сервисов — это явно одна из причин, которую можно идентифицировать. Есть и другие проблемы: высокая активность государства, т.е. высокая нагрузка на судебную систему со стороны государства относительно малозначимых дел, и государственная бюрократия, которая работает по показателям, машинально отправляя огромное количество дел в суды. Существуют и барьеры на пути мобилизации со стороны правоохранительных органов, т.е. граждане обращаются, но правоохранительный орган имеет свои интересы и свои фильтры по поводу того, какие обращения регистрировать, а какие не регистрировать, по каким возбуждать дела, а по каким нет. Это управляется некоторыми организационными причинами. Кроме того, еще одна важная причина — это слабость адвокатского сообщества.

К сожалению, нельзя говорить о повышении активности суда — нынешняя позиция российских судов по отношению к мобилизации права, скорее, обратная. Позицию судов, что поступает недостаточно дел, и суд готов занимать активистскую позицию, стимулируя спрос на право и поступление жалоб, — это мы знаем только из истории Верховного суда США. Активистски ориентированные судьи Верховного суда США в контексте движения за гражданские права сами выбирают те дела, которые имеют политическое значение, с помощью которых они могли бы достичь политических или социальных перемен, рассматривают, выносят решения, тем самым подтверждая свой статус политического органа. Такого активизма в российских судах мы не видим.

Краеугольным положением социологических исследований является проблема, кто мобилизует право, чтобы оно дошло до результата. Очень важно, кто выступает в роли фильтра, поскольку фильтр не является нейтральным, а имеет свои интересы. Допустим, в уголовном праве в качестве фильтров выступают дежурная часть, оперативные сотрудники, которые имеют свои системы отчетности и хотят, чтобы их работа была отражена в определенных показателях раскрываемости либо в передаче дела в суд. Сле-

довательно, они изначально будут настраивать эти фильтры так, чтобы к ним поступали наиболее легкие дела с готовым подозреваемым (чтобы не снизить раскрываемость) либо дела, которые можно быстро передать в суд или провести в особом порядке рассмотрения. Такие фильтры наиболее не нейтральны. Точно также со стороны ГИБДД имеет место полнейшая избирательность — какие правонарушения фиксировать, какие штрафовать.

Возникает вопрос, как связана результативность мобилизации конституционного права и качество конституционного правосудия. Если судьи Конституционного Суда Российской Федерации будут рассматривать больше обращений или жалоб, то к чему это приведет?

Здесь есть два аспекта. Одно дело — качество самого решения, как оно подготавливается и принимается. Другое — поведение нижестоящих судов или правоприменительных организаций, которые могут принимать или не принимать во внимание решения Конституционного Суда. Конституционный Суд обладает достаточной квалификацией судей, чтобы принимать решения высокого качества, другое дело, как он регулирует собственную повестку между вопросами, касающимися конституционных прав в уголовном процессе, избирательном процессе, трудовом законодательстве, и качеством самих принимаемых решений. Повышение мобилизации конституционного права вряд ли каким-то образом отразится на поведении правоприменителей или нижестоящих судов в смысле того, насколько они в своей практике следуют этим решениям. По мнению самих сотрудников Конституционного Суда Российской Федерации и судей, эта степень очень низкая, неудовлетворительная. Но это не проблема мобилизации права, это уже проблема правоприменения».

Ю. С. Пилипенко, президент Федеральной палаты адвокатов, в своем выступлении «От правового нигилизма к нигилизму права» подтвердил, что «слабость российской адвокатуры чрезвычайно беспокоит Федеральную палату адвокатов. Хотелось бы усилить российскую адвокатуру за счет наведения порядка в сфере оказания квалифицированной юридической помощи, но почему-то очень много умных и вполне разумных людей считает, что защита должна быть бесплатной по назначению (по ст. 51 УПК РФ). Адвокатура хочет быть более сильной, но нужна поддержка общества, профессионалов, правозащитников».

Что касается активной роли судов в мобилизации права, то суды в последнее время вообще отказываются судить как суд должен. При этом все задают вопросы — почему так много законов? Почему принимается 450 законов в год и еще Председатель Государственной Думы отчитывается, что принято на 12% больше, чем в прошлом году? Один из ответов на этот вопрос состоит в том, что суды, к большому сожалению, не выполняют свою роль правоприменителя. При некачественном изначально тексте закона суд стесняется как-то истолковать норму права в сочетании с общими нормами, с другими законами. Отсюда люди вынуждены идти к законодателю, нанимать лоббистов, которые пишут уже такой закон, чтобы даже судья понял, чтобы даже у судьи уже не было возможности уклониться от применения нормы права именно так, как ее задумывал законодатель. В этом и есть одна из причин проблемы, почему так много у нас законов.

Если говорить о роли суда в мобилизации права, то сейчас очень «интересна» инициатива депутата Ремезкова, чтобы обязать суд искать объективную истину, таким образом превратить суд в продолжение правоохранительной системы. Возникает вопрос: зачем? Сегодня 99,5% дел примерно (я не имею в виду частные обвинения и суд присяжных) заканчивается обвинительным приговором. Предположим, инициатива депутата Ремезкова найдет поддержку, суд обяжут искать объективную истину. Тогда будет 115%

обвинительных приговоров. Зачем это нужно следователям, Следственному комитету, когда и так 95% дел заканчиваются обвинительным приговором? Суд присяжных не заставишь искать объективную истину. Сделка с правосудием, на которую соглашается 70% людей, тоже не вполне работает в режиме поиска объективной истины. К сожалению, у нас в стране так складывается практика, что судьи себя чувствуют частью правоохранительной системы.

О верховенстве права, о доступе к правосудию, о спросе на право, о мобилизации права можно и нужно говорить, но нужно понимать, кто с какой точки движется к этому верховенству права. Существует понятие «нигилизм права», т.е. пренебрежение со стороны права общественной жизнью, реалиями, которые существуют в жизни. В годы перестройки кто-то взял и соединил слова «право и нигилизм» иначе. Получился «правовой нигилизм», т.е. такое состояние общества, в котором правом пренебрегают. Началась борьба с правовым нигилизмом и закончилась, может быть, лет 10 назад, когда была объявлена диктатура закона, а до этого лет 20 мы все боролись с правовым нигилизмом.

Несколько примеров этой борьбы. В Советском Союзе была огромная проблема — недостаток юристов. Сейчас, когда мы «побороли» правовой нигилизм, каждый «уважающий» себя кулинарный техникум или технологический университет выпускает юристов. Даже Ассоциация юристов России задумалась над тем, чтобы ввести дополнительный фильтр, дать право Ассоциации юристов России самой аккредитовать те вузы, которые имеют право выпускать юристов.

Следующий аспект. В СССР очень многие отношения регулировались подзаконными актами: совместные постановления ЦК и правительства СССР — это был высший акт после Конституции. Конечно, это был беспорядок. Сейчас Госдума принимает 450–500 законов в год.

У нас был замечательный Гражданский кодекс, один из лучших нормативных актов, которые были приняты в постсоветское время. Глава о юридических лицах никого не беспокоила. Сейчас церкви не подходят положения ст. 50 ГК. Оказывается, сейчас нельзя создать адвокатское образование, требуется, чтобы обязательно была ассоциация. Адвокаты, адвокатские палаты, адвокатские коллегии, бюро, которые могут состоять из двух человек, вдруг стали ассоциациями.

Адвокатура в некотором смысле уникальная организация. По закону об адвокатуре и адвокатской деятельности палата адвокатов, т.е. ассоциация, может существовать только в регионе. Но если мы применяем общие нормы ГК РФ об ассоциациях, то оказывается, что их можно создавать. В силу закона об адвокатуре и адвокатской деятельности палату адвокатов ликвидировать нельзя, а общие нормы об ассоциациях позволяют это сделать. Мы указывали правоприменителю, что есть общие нормы и специальные, и сначала нужно применять специальные, а потом уже искать в общих, чего не хватает. Но и суды, и Министерство юстиции отказывается от этого.

Очень важно, что мы понимаем под правом. Есть юридический позитивизм, правовая школа, социологическая школа. С правом с точки зрения юридического позитивизма у нас все в полном порядке. А если мы говорим о праве с какой-то другой точки зрения, то до верховенства права нам еще далеко. Спрос на право не удовлетворен и при таком подходе долго не будет удовлетворенным, поскольку желание воплотить свою собственную идею, невзирая на практику, это и есть правовой нигилизм.

К. Хэндли, профессор права и политологии Висконсинского университета (США) в выступлении отметила, что, «анализируя спрос на право, необходимо интересоваться,

готово ли общество к правовым реформам. В 1990-е гг. в России проводились серьезные реформы с целью изменить правовую систему, увеличить доступ к правосудию, сделать судебную систему более независимой. Были внедрены многие элементы правового государства, во многом был использован опыт других стран или дореволюционной России. Но очень многие из этих реформ не получились.

Как правило, у любых реформаторов существует иллюзия, что можно перескочить сразу в современный мир и взять сразу самые разные учреждения, организации, законы, которые хорошо работали в других странах. Это идеализированный взгляд. Чтобы закон укоренился, он должен быть принят обществом. Качество законов и права в каком-то смысле — второстепенный вопрос. Всегда можно говорить, что закон нехорош, всегда закон может быть лучше, мы всегда найдем в нем недостатки. Но если закон фундаментально не подходит стране, если он не соответствует ее потребностям, тогда это совсем другая проблема.

Когда реформы осуществляются сверху, то политики обязаны знать, что требуется обществу и чего оно хочет. Знают ли об этом политики на самом деле? Какой посыл идет для жителей России? Во время советского периода законы использовались для того, чтобы претворять в жизнь интересы тех, кто находится у власти. В Конституции СССР был очень большой список прав человека, но эти права не соблюдались. Но закон должен быть щитом для граждан, чтобы государство не творило произвол. Критически важное различие между государственным социализмом и демократией, правовым государством, — это возможность граждан себя защитить и продвигать свои интересы.

Возникает вопрос: пошли бы реформы по-другому, если бы реформаторы обращали больше внимания на потребности общества? Закон не должен обязательно отражать общество, законы могут и должны помогать социальным изменениям. Это что-то вроде социальной инженерии, часть стратегии развития. Но если закон очень оторван от реальности, тогда он не имеет смысла. В лучшем случае это просто закон, который не работает, а в худшем случае — это один из многих законов, которые не работают. Потенциально это приведет к тому, что люди будут считать, что законы — это вообще неважно, появляется правовой нигилизм. Мобилизация права возможна только тогда, когда есть спрос на право.

Могут быть очень хорошие намерения, но закон не будет работать. Например, в 1990-е годы, когда были введены рыночные механизмы, в России появились акционерные общества. Возник вопрос: как защитить права миноритарных акционеров. Было введено положение закона, что для крупных компаний необходимо общее голосование. С технической точки зрения это потрясающее решение проблемы. Общее голосование помогает миноритариям использовать их небольшую долю. Это действительно позволяет сделать так, чтобы их голос услышали в управлении компании.

Однако в тот период люди вообще не знали, что такое «акционеры». Большинство акционеров были обычными работниками. В частности, на оборонном заводе в Саратове проводилось ежегодное собрание, и акционеры не понимали, как работает это голосование и как можно сделать так, чтобы получить положительный результат. Их вообще поражала идея, что они могут проголосовать, и это им поможет. В действительности никто и не собирался защищать этих мелких акционеров, на самом деле собирались защищать крупных институциональных инвесторов, которые прекрасно понимали, как все это работает, и могли воспользоваться правами акционеров в полной мере.

Второй пример — медиация. Казалось, что в российскую систему она отлично вписывается. Тем не менее, медиация успеха не имела. Ее восприняли с большим энтузиаз-

мом, было создано несколько центров медиации. Все предлагалось бесплатно, но людей это не заинтересовало, они не воспользовались возможностями медиации. Судьи часто говорят, что когда люди приносят иск в суд, они не всегда понимают, если судья предлагает им возможность медиации. Они говорят: «Мы вам принесли дело, зачем вы его нам обратно отдаете?». Сама идея непонятна и незнакома людям в России.

Может быть, общество это примет со временем, может быть, суды решат, что надо дела разбить по категориям и по некоторым категориям автоматически будет применяться медиация. Так делается в большом количестве стран. Тогда люди лучше поймут это, а с пониманием придет и спрос на медиацию. Медиация — прекрасный пример того, как можно взять институт, какую-то идею, которая великолепно выглядит, кажется, что она даст прекрасные результаты, но так как она несвоевременна, она не работает.

Прежде всего нужно понять, насколько трудна правовая реформа, насколько она сложна, в особенности, когда имеют место попытки изменить правовую культуру. Нужно изменить не просто правила игры, нужно поменять поведение людей. В настоящее время необходимо больше внимания уделять реалиям российского права, проводить исследования, какие законы работают и почему. Как правило, по каждому закону нужны подзаконные акты, инструкции и разъяснения. Это может входить в состав понятия **«plug and play»**. Но очень часто язык, которым написаны разъяснения — это язык, который могут понять только специалисты, а не обычные люди. Ты не можешь мобилизовать право, если ты его не понимаешь, не понимаешь, как закон тебе поможет».

С.А. Пашин, профессор кафедры судебной власти Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», к.ю.н., в своем выступлении на тему «Право присяжных заседателей» подчеркнул, что «существует спрос не столько на право, сколько на правосудие, потому что правосудие выступает средством уловления, формулирования, демонстрации и применения права. Не так давно Мосгорсуд разобрал уголовное дело о взятке. И присяжные едва этого взяточника не оправдали, а потом записали ему снисхождение, хотя в том, что он нарушил уголовный закон, никаких сомнений не было. Среди присяжных были предприниматели, которые говорили: за что же тут судить? Берут-то все чиновники, а у него откат не 10%, как положено, а только 7%! Закон нарушен, но присяжные рассматривают эту историю в более широком контексте, с точки зрения нашего бытия.

В каждой точке пространства есть разные системы права. Одну и ту же точку пространства пронизывает множество разных прав. На вопрос о том, что является источником права, «правоверные» юристы ответят примерно так: нормативные акты. Если юрист «не тверд в истинной вере», то он скажет, что еще и судебная практика, или правоотношение, социологический подход к праву. А самые «злостные еретики» скажут еще и про прецедент как источник права.

Например, в Дагестане работают разные права: адаты, шариатское право, федеральное право. А у имама, который разрешает конфликты к удовольствию мировых судей, потому что это снимает с них часть нагрузки, на полке в качестве источников права стоят труды улемов, богословов, специалистов, которые и производят право. Так что же тогда источник права?

В Дигесты Юстиниана включены труды видных юристов: Гая, Ульпиана, Павла. Значит, источник права — это то, что делаем мы с вами, юристы, правоведы. Есть старая юридическая поговорка, принятая на Западе: «Право — это то, что говорят о нем судьи». Наверно, это хорошее рассуждение, но боюсь, что этого достаточно только для тоталитарного общества. Судей можно подкупить, запугать, как, собственно, и сделал

Гитлер, который сначала собирался всех судей уволить, потом увидел, что они готовы на всяческие услуги. Тот, кто изучал дело № 3 в Нюрнбергском военном трибунале, знает историю про германских судей, которые говорили, что выполняли приказ государства.

К этой формуле нужно добавить: право — это то, что судьи говорят о нем, и то, что согласны применять присяжные, представители народа. Потому что судей надо корректировать. «Summum jus, summa injuria», высшее право — высшая несправедливость.

Единообразие судебной практики, предсказуемость судебного решения... у нас судебные решения предсказуемы — 99,5% обвинений! А надо ли идти в суд, если решение суда предсказуемо? Если оно и так известно, зачем тогда идти в суд? Украл — постучи в дверь колонии, закажи заранее себе нары и располагайся. В суд идти совершенно ни к чему.

Суд — это место, где сталкиваются и обсуждаются разные системы права, и суд становится на сторону той или другой. Суд — это не место, где все предсказуемо. Может быть, гражданский процесс должен быть предсказуемым, но в уголовном процессе это площадка, где сталкиваются разные правовые представления, и кто победит, еще неизвестно.

Эти разные правовые представления в суде присяжных либо согласуются, либо начинается борьба между ними. Какое оружие в руках у присяжных? Главное оружие — нуллификация, когда закон нарушен, а присяжные говорят «не виновен». Например, в Англии времен королевы Виктории присяжные, узнав, что за хищение свыше полуфунта положена виселица, заявили, что 10 фунтов стерлингов равны 10 шиллингам, лишь бы обвиняемую не повесили. В России очень типично было оправдание бродяг.

Нуллификация — не акт произвола, а способ проявления права. Федор Михайлович Достоевский очень хорошо сказал: «Пусть присяжные прощают преступников, но беда, если преступники сами начнут прощать себя». А присяжные могут, потому что человек испытал судьбу в суде. Суд и судьба — однокоренные слова.

Право присяжных расходится с правом наших судей, по крайней мере, по трем основным факторам. Во-первых, по отношению к презумпции невиновности, во-вторых, по отношению к пыткам, в-третьих, по отношению к роли и месту защиты в процессе. В суде присяжных в 20 раз больше оправдательных приговоров, чем в обычной судебной системе. Это зеркало, которое поднесено к нашей судебной системе. Для правоохранительных органов оно поднесено к глазам, чтобы посмотрели на себя, а для судебной власти, наверно, поднесено уже к губам.

Присяжные исходят из той «странной» версии, что прокурор и следователь могут и ошибаться. Сколько я говорил с присяжными, они сплошь и рядом говорят: «Нам кажется, этот человек был виновен». А почему вы его оправдали? Они говорят: «Нас спросили, доказано ли, что он виновен. Не доказано». Значит, присяжные делают различия. Доказана вина, наличествует вина? Вот где объективная истина.

Теперь давайте посмотрим, что думают наши судьи. Например, установка председателя Мосгорсуда: «Если суду предъявлен только протокол, то мы верим документу. Когда слово милиционера против слова гражданина, мы верим милиционеру. Мы говорим: если ты не виноват, то приходи и доказывай». Это опубликовано в «Российской газете», это установка для судей Москвы. Поскольку это столичный суд, он не может не оказать влияния на все остальные. Мы-то думаем: ни одно доказательство не имеет заранее установленной силы (*In dubio pro reo* — **в сомнительных случаях в сторону подсудимого**), а все по-другому. Но присяжные ведут себя не так, как обычные судьи.

Теперь о пытках. Профессор Я. И. Гилинский опрашивал разных людей и выяснил, что примерно 4% обычных граждан подвергалось пыткам, а если говорить о тех, кто

находится в колониях, то в разных колониях от 40 до 60% заключенных. С точки зрения присяжных, государство утрачивает право судить человека, если пытало его. Поэтому присяжные оправдывают таких людей или записывают им снисхождение.

В решении ЕСПЧ по делу «Гладышев против России» прямо сказано, что если человека подвергали жестокому или унижительному обращению, то принятие доказательства, полученного в результате такого воздействия, даже если это доказательство не имело решающего значения, ставит справедливость правосудия под сомнения. Получается, наши присяжные больше европейцы, чем наши судьи.

Отношение к защите, адвокату. Совершенно явное преступление, убийство. Присяжные записывают снисхождение. Почему? Они говорят: плохой адвокат у него был, пассивный. Верховный суд на это отвечает: адвокату нельзя сомневаться в объективности следствия, адвокату нельзя порочить свидетелей обвинения, адвокату нельзя ставить под сомнение доказательства, признанные судом допустимыми.

Ставропольский край, оправдан некий господин Типикин. Верховный Суд отменяет оправдательный приговор. Какие основания? После оглашения судом протокола осмотра места происшествия адвокат дал субъективный комментарий, свою интерпретацию детального снимка следов с целью навязывания своего мнения, чтобы изменить «объективное» отношение присяжных заседателей. (Суд уже знает, в чем объективное отношение присяжных заседателей!) Кроме того, адвокат делал попытки дать свою субъективную оценку представленным доказательствам, ставя их под сомнение. Зачем адвокат, интересно, приходит в процесс, не для этого ли? Нет, для этого.

При таких обстоятельствах судебная коллегия считает, что своими действиями адвокат оказал влияние на формирование мнения присяжных заседателей. Даже не написано «оказал незаконное влияние», просто оказал влияние. Поэтому приговор не может быть признан законным, он подлежит отмене. Отменили, направили, осудили, все, как положено.

У меня в руках проект постановления Пленума Верховного Суда. Он называется «Применение судами законодательства, обеспечивающего обвиняемому права на защиту». Если адвокат затягивает процесс, то суд вправе по этому постановлению назначить независимо от мнения обвиняемого адвоката, который не будет затягивать процесс. Еще суд будет определять, хорошо ли работает адвокат: «Если защитник в судебном разбирательстве выполняет свои процессуальные обязанности ненадлежащим образом, вопрос о его замене может разрешаться судом без ходатайства обвиняемого».

Практически то же самое можно прочесть в «Молоте ведьм» (XVI век), где два монаха, Шпренгер и Инститорис, наставляли инквизиторов, как им вести дела: «Судья обязан прекращать возникающие во время суда излишние словопрения, пререкания защитников и вызывание излишних свидетелей. Защитник назначается не по указанию обвиняемого. Пусть судья остерегается такого защитника, ведь подобный адвокат может быть охоч к словопрениям и злонамерен. Пусть судья назначит защитником честного человека, относительно лояльности которого не возникает никаких сомнений».

В Чечне в октябре 2014 года адвокат обвиняемого Кутаева заявил, что обвиняемого пытали, представил снимки синяков. На адвоката Верховный Суд Чеченской республики направил Следственному комитету частное определение — возбудить уголовное дело против него и чтобы против него адвокатская палата устроила дисциплинарное преследование. И опять же Шпренгер и Инститорис: «Судья увещевает в конце, чтобы этой защитой адвокат не навлек на себя обвинение в покровительстве еретикам, в противном случае ему грозит отлучение».

Сейчас в России мы видим ликвидацию суда присяжных. Достаточно сказать, что в 1999 г., когда суд присяжных был лишь в девяти регионах России, перед ним предстало 880 человек, а в первом полугодии 2014 г. — 433 человека. Количество регионов, где работают присяжные, увеличилось на порядок, а количество рассмотренных дел такое же. Количество составов преступлений, подсудным присяжным, в 1999 году было 47, а сейчас — 23. Наконец, Президент Российской Федерации говорит: «Давайте расширим компетенцию суда присяжных». Верховный Суд Российской Федерации на это отвечает, чтобы судья совещался вместе с присяжными, и чтобы их было по 7 в областных судах и по 5 в районных судах.

Вот пишет Конституционный Суд: «Судопроизводство с участием присяжных заседателей, в котором не профессиональный судья, а коллегия присяжных самостоятельно принимает решение по вопросу о виновности, имеет особую конституционно-правовую значимость». А какую конституционно-правовую значимость имеют невиданные для России составы суда, которые предлагает Верховный Суд? Никакой это не суд присяжных. Кроме того, присяжные профессионализируются принудительно. Это переход к системе народных заседателей, которые были, по сути, членами трудового коллектива судов.

Еще римляне говорили: «Пусть консулы будут бдительны». Защитить суд присяжных — наше кровное дело».

Е. Ходжаева, сотрудник Института проблем правоприменения, в своем выступлении рассказала об исследовании российского адвокатского сообщества, проведенном совместно Институтом анализа предприятий и рынков, Национальным исследовательским университетом «Высшая школа экономики» и Институтом проблем правоприменения при Европейском университете в Санкт-Петербурге при организационной поддержке Федеральной палаты адвокатов и региональных палат.

Мы опросили больше 3300 человек. Выборка — 3317 человек, 4,7% от действующей генеральной совокупности, если под ней понимать все адвокатское сообщество. Но сам ход сбора данных и пилотный опрос показали, что практически вся генеральная совокупность адвокатского сообщества России — это недостижимое явление. Даже региональные палаты, как показало наше пилотное исследование летом 2014 г., могут охватить максимум четверть сообщества, то организационное ядро в регионе, которое так или иначе координируется региональной палатой. В качестве генеральной совокупности мы для себя представляли именно это организационное ядро, которое включает профессиональный круг практикующих адвокатов, находящихся под организационным влиянием палат. Опрос был проведен в 35 регионах страны, в 33 из них он был проведен силами палат. В двух регионах — Москва и Ленинградская область — возврат анкет показал, что в опросе приняли участие только те, кто так или иначе находится под воздействием региональной палаты.

Обычно у адвокатов негативный имидж, дескать, в адвокаты в регионах идут неуспешные юристы, которые не могут устроиться в госорганы. Наше исследование показало, что образовательный уровень частично подтверждает этот момент. 22% адвокатов, которые были опрошены, первое образование имеют не юридическое. Они пришли в юриспруденцию, получив другое образование, большинство — гуманитарное. Чуть больше половины учились в классических университетах своих регионов. По дневной форме училось чуть меньше половины адвокатского сообщества, а почти 40% получили образование заочно.

Мы часто сталкиваемся с представлением о том, что адвокатское сообщество рекрутировано зачастую за счет работников следственных органов и прокуратуры. Наше ис-

следование позволяет более-менее репрезентативно ответить на вопрос, сколько таких адвокатов. 31% имеет опыт работы в обвинении, 25% пришли в адвокатуру самостоятельно после вуза или из другой профессии, 7% — бывшие работники судов, в первую очередь, аппаратов судов. Судей в отставке среди адвокатов очень мало. 28% адвокатского сообщества не имеет опыта работы на стороне обвинения. Они пришли в адвокатуру из бизнеса или из юридических фирм.

Есть адвокаты, которые специализируются только на арбитраже или на уголовном процессе, но в нашем исследовании узких специалистов, у которых 100% дел было — это определенный тип процесса, было очень мало. 38,7% приходится на тех адвокатов, у которых доля дел в их общей нагрузке составляет больше 60%, высокая специализация на гражданском процессе — чуть больше трети адвокатов, а все остальные так или иначе сочетают разные виды дел.

Сами адвокаты считают, что спрос на их услуги за последние 5 лет уменьшился (41% опрошенных). В два раза меньше людей указали, что спрос на их услуги вырос. Падение спроса чаще отмечается в крупных густонаселенных регионах, где большая доля представленности адвокатов. Те адвокаты, которые работают в адвокатских кабинетах, ведут индивидуальную предпринимательскую деятельность, более положительно оценивают спрос, чем в целом по выборке. Те адвокаты, которые часто выезжают за пределы своего региона, которых приглашаются в другие регионы, также оценивают спрос как растущий по сравнению с теми, кто никогда не выезжает из своего региона для ведения дел. На характеристику спроса влияет индивидуальная клиентская база, разработанная адвокатом. Те, у которых клиенты по большей части — постоянный круг лиц, более положительно оценивают динамику спроса на свою работу.

Самые востребованные адвокаты (18%) в большей степени участвуют в органах адвокатского самоуправления. Самые неуспешные, невостребованные адвокаты составляют 14%, среди них больше женщин и пожилых. Кроме того, специализация на уголовном процессе существенно связана с уровнем востребованности адвоката. Наиболее востребованы 18%, из них специализируется на уголовном процессе только каждый пятый. Почти половина из этих 18% так или иначе участвует преимущественно в гражданских делах, в то время как наименее востребованные адвокаты (14%), в 62% случаев специализируются только на уголовном судопроизводстве. Это свидетельствует о том, что практика работы в уголовном судопроизводстве, монополией на которое наслаждается адвокатское сообщество, является вынужденной специализацией.

Основная гипотеза нашего исследования состояла в том, что сегодня назрела необходимость в адекватной экспертной оценке правоохранительной и судебной системы. МВД использует различные системы оценки со стороны населения, однако, эти системы недостаточно востребованы даже внутри МВД. Мы хотели протестировать возможность адвокатуры как инструмента для мониторинга правоохранительной и судебной систем, потому что адвокаты сталкиваются с этими органами постоянно в своей работе. Наши респонденты достаточно критично отнеслись к деятельности судов, прокуратуры, сотрудников Следственного комитета и МВД. Суды и прокуратура реже обвиняются в частых нарушениях прав подзащитных, а сотрудники МВД — как следователи, так и оперативные работники — в 1/3 случаев нарушают права подзащитных. Однако 10% адвокатов считают, что нарушений в их регионе относительно прав подзащитных нет.

Исследование показало, что адвокатское сообщество неоднородно как по профессиональным характеристикам, способу получения юридического образования, каналу рекрутинга в профессию, нагрузке, мобильности, уровню заработка, так и по этическим

установкам. Всегда есть небольшая группа адвокатов, которая «наслаждается» своим особо успешным с финансовой точки зрения статусом (18% от выборки). Наше исследование показало, что 83,5% опрошенных так или иначе положительно относятся к идее расширения права на судебное представительство только для адвокатской корпорации.

Наше исследование показало, что независимость адвокатуры определяется интересом и поддержкой со стороны бизнеса. Те 18% адвокатов, которые называются нами наиболее успешными и востребованными, больше участвуют в арбитражных делах, их больше задействуют в бизнесе для представления своих интересов.

В исследовании участвовали только адвокаты с действующим статусом. Мы тоже задавали вопрос **pro bono (бесплатная юридическая помощь)**. **50% указывали, что работали и продолжают работать pro bono.** Чаще всего под pro bono понимаются просто консультации друзьям и знакомым. Еще 48% принимают участие в бесплатной юридической субсидируемой помощи. Многие адвокаты, если речь идет о консультации, даже не оформляют это для оплаты, воспринимая такую практику как pro bono. Работа по назначению в меньшей степени воспринимается как pro bono, потому что она чаще всего оплачиваема государством».

Т. Г. Морщакова, профессор, заведующая кафедры судебной власти НИУ ВШЭ, судья Конституционного Суда РФ в отставке, д.ю.н., в выступлении отметила, что «правоприменение, которое ориентируется на верховенство права, т.е. являет собою область, где право востребуется как практический механизм, должно избегать произвола и дискриминации. Безусловно, справедливое судебное решение, приобретающее ту силу, которая делает из него *res judicata*, должно быть основано на общих правовых принципах. Но решение конкретного суда по конкретному делу может вскрыть такие нюансы в проблеме (не только при установлении фактов и их правовой оценке судом, но и в самом праве), которые законодатель, даже очень хороший и пытающийся всю объективную реальность отразить в норме, не в состоянии учесть, потому что норма всегда абстрактна. Даже язык, которым она выражается, может быть не однозначен, поэтому норма требует толкования.

Толкование норм права должно быть единообразным, но нужно иметь в судебной системе механизм, который может поправить ошибочное толкование нормы права. Такой механизм в судебной системе состоит в том, что суд, каждый раз разрешая конкретное дело, может позволить себе отступить от того, что считается единообразной и поэтому имеющей преимущество практикой судебного толкования. Без этого элемента энтропии в судебной системе у нас не будет никаких механизмов корректировки судебной практики, в том числе и в соответствии с тем, как развивается вокруг суда правовая действительность.

Никогда нельзя сокращать мотивировку в судебных актах. Отсутствие мотивировки судебной практики давно оценивается адвокатским сообществом (и это частично подтверждено Конституционным Судом) как нарушение профессиональных прав адвокатов, их права свободного выбора адвокатской профессии.

В научный оборот сегодня было введено понятие «мобилизация права». Оно очень образно и немного пугает милитаристским оттенком. Да, государство более активно мобилизует применение правовых норм. В основном оно более активно мобилизует применение правовых норм, которые позволяют привлекать к ответственности. Государство очень активно мобилизует право независимо от того, является ли то, что оно мобилизует, по содержанию правом или нет. Государство зачастую мобилизует применение неправа через применение дурного закона, в том числе при помощи судов, кото-

рые через все судебные инстанции снизу доверху иногда настаивают на применении неправового закона вместо того, чтобы задуматься о том, что его давно нужно если не изменить через законодателя, то изменить его толкование через судебную практику. Этот аспект чрезвычайно важен для того, чтобы мы осознали значение гражданского общества и каждого его члена как субъекта для мобилизации подлинного права.

С одной стороны, мы не можем согласиться с требованием, исходящим из недр Следственного комитета, что нужно вернуться к принципу объективной истины в уголовном процессе, с другой, мы не можем согласиться с пассивностью судов, которые не хотят следовать правовым принципам, а хотят следовать только букве закона. Необходимо подчеркнуть значение активной роли суда не в установлении фактов и даже не в том, что они берут на себя роль фильтра, который может иметь большие или маленькие дырочки для того, чтобы большую массу дел пропустить в суд, обеспечивая доступ к нему или, наоборот, это ограничить. Активная роль суда, которая давно востребована в нашем обществе, заключается в том, что суд должен быть интерпретатором правовых принципов при применении любых норм или при отказе в их применении.

Неисполнение решений судов (в том числе Конституционного Суда) является результатом отсутствия механизма реализации провозглашенной в законе ответственности за неисполнение судебных актов, отсутствия правоприменительного механизма. Ни один прокурор и ни один следователь никогда не пошел и не возбудил против какого-либо должностного лица уголовное или административное дело, связанное с тем, что это должностное лицо не исполнило решение суда. Для того, чтобы заработал этот механизм, который знают и уголовно-правовые, и административно-правовые нормы, нужна реформа механизмов принятия решений, в том числе и в сфере привлечения к ответственности. Один из таких очень существенных институтов сейчас активно обсуждается, и, наряду с судом присяжных, тоже встречают отрицательную реакцию Верховного суда РФ. Это проект об институте следственного судьи.

В докладе Санкт-Петербургского Института проблем правоприменения приводилось, что ст. 125 УПК РФ, которая предусматривает, что суд может проверять все решения, которые обжалуются в ходе проведения расследования, является причиной существенной массы отказных определений Конституционного Суда. Однако что Конституционный Суд Российской Федерации может сказать по поводу ст. 125, если она просто предусматривает, что суд должен по жалобам граждан проверить, нарушены ли были этой статьей права, которые, обращаясь к Конституционному Суду, участник уголовного процесса хотел бы защитить? Ничего КС РФ не может сказать. Статья 125 посвящена ровно тому, что в суд можно пожаловаться, и суд должен принять решение. Но по ст. 125 статье действует тот самый суд, который в дальнейшем будет это дело рассматривать. Он знает, что он не уйдет от необходимости одобрительно отнестись к обвинительному заключению, потому что с точки зрения «независимого» положения суда он совершенно не защищен, ему не обеспечена никакая независимость и самостоятельность по отношению к органам, ведущим уголовное преследование.

Верховный суд имеет, конечно, правотворческие функции, но только это не те правотворческие функции, которые имеет законодатель. Верховный Суд правотворец потому, что он творит право для каждого дела, принимая решение по этому делу исходя не из буквы закона, а именно из того, что он руководствуется правовыми принципами.

Необходимо представлять себе хотя бы примерный набор того, что подпадает под определение «профессионализация суда присяжных», потому что на самом деле все, что подпадает под это, является неправовыми методами. Профессионализация происходит

в силу того, что навязывается этому институту другими правоприменителями, которых суд присяжных по существу устроить не может, потому что суд присяжных — это критика всех других правоприменителей, действующих как на досудебных стадиях процесса, так и в самом суде.

Что же может попадать под эту профессионализацию? Одна из ее форм — это фигура постоянного профессионального присяжного, который вместо попадания в списки присяжных на основе случайного отбора становится каким-то «своим» присяжным в суде. И это только одна форма, а сколько есть других! В суде присяжных, на скамье присяжных — и это доказывают многие уголовные дела — мы видим людей, которые так или иначе связаны с силовыми структурами! Если в 12 присяжных мы находим таких пять-шесть человек, то это лишает присяжного его независимости. В юридической литературе у нас давно уже разрабатываются и защищаются такие теории, как оперативное сопровождение суда присяжных, — и это еще одна форма «профессионализации» суда присяжных.

Нельзя утверждать, что суд присяжных более привержен презумпции невиновности, чем суд профессионалов. Но, конечно, спрос на право в институте суда присяжных проявляется очень ярко, и это демонстрируют нам случаи оправдания людей в суде присяжных, когда суд присяжных, не соглашаясь с тем, что доказана виновность, голосует фактически оправдательным вердиктом не за что-то, а против чего-то. Против несправедливости закона, против немудрости законодателя, произвола правоприменителей. Это то, что позволяет суду присяжных быть очень серьезным инструментом гражданского общества, сигнализирующим власти о том, что не все хорошо в «датском королевстве». Другого способа у суда присяжных, кроме как проголосовать за оправдательный вердикт, нет, а надеяться на то, что каким-то другим образом на это прореагируют субъекты активного избирательного права, он тоже не может».

Составитель обзора: *И.В. Гетьман-Павлова*
доцент кафедры международного частного права Национального
исследовательского университета «Высшая школа экономики»,
кандидат юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация,
Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: getmanpav@mail.ru

Demand (Need) for Law: Factors and Vital Forces Overview (materials) of Round Table



Abstract

Annual April Conference held place on April 8 to 10, 2015 at National Research University Higher School of Economics. Its integral part was a plenary discussion under title Demand for Law: Factors and Vital Forces. There were debates about ways and means of ensuring balance between needs of society and legal norms, about clearing these needs and its translating on legal language. It was ragreed that sociology of law and political analysis play important rope in solution of there issues. During discussions were spoken out theotetical ideas and presented results of sociological exploration of demand for law.



Keywords

law, society, sociology, economics, needs, demand