

С.А.Пашин,
кандидат юридических наук.
Московский институт экономики, политики и права,
член Независимого экспертно-правового совета

Современное российское правосудие: формальные институты и реальные практики¹

Поставленная проблема имеет не только теоретическое, но и практическое значение. В числе заинтересованных в ее осознании и разрешении: практикующие в правоохранительных органах и судах, работающие на предприятиях и в организациях юристы и экономисты; преподаватели права, обучающие студентов устройству и правилам деятельности формальных институтов, в частности, судов, прокуратуры, следственных аппаратов; реформаторы, которым приходится применять правовые инструменты, а также политические и экономические рычаги для преобразования институтов власти, технологий деятельности и укладов жизни; исследователи, которым важно обнаруживать, знать и распространять истинные представления об изучаемых объектах.

Обыденное сознание не может не признавать расхождения между официально вмененной деятельностью формальных институтов и реальными практиками, которыми сплошь и рядом замещаются установленные властями "правила игры". Большая часть наших сограждан, не исключая и нас самих, были участниками мнимых и притворных сделок. Например, фактическая сделка купли-продажи автомобиля обычно претворяется в форму якобы безвозмездной выдачи "генеральной доверенности" на пользование, владение и распоряжение автомобилем вплоть до права его отчуж-

¹ Доклад С.А.Пашина, сделанный на симпозиуме "Куда идет Россия?.. Формальные институты и реальные практики" в 2002 г. по техническим причинам не был опубликован в 9-м выпуске трудов симпозиума. Считаю его исключительно важным с точки зрения рассматриваемой проблемы, редакция сочла необходимым включить его в данный сборник.

дения. Купля-продажа квартир часто принимает внешнюю форму залога; жилье якобы передается банку в обеспечение полученной лишь на бумаге ссуды, а фактически покупатель помещает деньги в банковскую ячейку, откуда их извлекает доверенное лицо и передает фактическому продавцу; затем банк делает вид, что отчуждает квартиру ввиду невозврата ссуды и за символическую плату передает ее покупателю.

Мотивы участия граждан в формировании практик, параллельных официальным и их замещающих, понятны: это желание избежать уплаты налогов, уйти от ненужной огласки, застраховать себя на случай возможной конфискации имущества. Что касается институтов власти, то создание ими параллельных официальным и их замещающих практик имеет похожие причины, в основе которых лежит интерес: частный, если государственная структура переродилась и обслуживает группировку или отдельное лицо, скажем, своего руководителя либо местного олигарха (например, решения арбитражных судов подчас используются для легитимизации и фиксации договоренностей, достигнутых дельцами); интерес организации в целом как социального субъекта (здесь определяющим оказываются критерии оценки работы организации и отдельных ее членов). Так, в начале 1950-х годов из судебной практики почти исчезли оправдательные приговоры потому, что их вынесение стало рассматриваться как чрезвычайное происшествие, влекущее ответственность следователей и прокуроров. Прокуроры перестали отказываться от обвинения и если уж человека арестовали, добивались его осуждения к реальному лишению свободы любой ценой. Судьи, связанные с прокурорами и следователями товарищескими, партийными и производственными узлами, выработали тогда вместо категорического оправдания невинных компромиссную практику: либо направлять дело для производства дополнительного расследования, либо назначать подсудимому при недостаточности улик срок лишения свободы, равный уже отбытому им в следственном изоляторе.

Имеются и объективные причины, и условия, способствующие созданию параллельных и замещающих практик. В их числе — особенности правового пространства, представляющего собой разновидность виртуальной реальности, которая видоизменяется не природным, а волевым образом, допускает парадоксальное течение времени (приостановление и прерывание сроков, восстановление пропущенных сроков), регулируется так называемыми "юридическими фикциями" и "презумпциями". Кроме данной вечной особенности правового пространства, нельзя сбрасывать со счетов также влияние преходящей социально-политической ситуации в стране. В ходе начавшихся с "перестройкой" преобразований миллионы людей полностью или в некоторых проявлениях своей жизнедеятельности оказались вне рамок правового пространства. В докладе

Генерального прокурора Российской Федерации "О состоянии законности, правопорядка в Российской Федерации и работе органов Прокуратуры за 2001 год по пресечению правонарушений" приводились примеры сознательного лишения правовой защиты целых категорий граждан. "В Костромской области, например, было установлено, — пишет глава надзорного ведомства, — что райгорорганы внутренних дел почти два года руководствовались телеграммой УВД, согласно которой оперативно-поисковые дела по нераскрытым кражам разрешалось заводить и, соответственно, работать по установлению похитителей только тогда, когда ущерб от преступления составлял 10 тыс. руб." Вакуум государственной защиты, естественно, заполняется параллельными услугами криминальных формирований и всякого рода нечистых "посредников", а право вытесняется "понятиями". В том же докладе признается, что преступность для части наших сограждан стала "средством выживания, защиты своих прав и законных интересов".

Характер и репрессивная направленность технологий работы силовых структур и судов, параллельных правовым, обусловлена еще и атавизмами в сознании прокуроров, следователей, судей. В 1864 г. в России формальная теория оценки доказательств сменилась их оценкой по внутреннему убеждению. В результате признание обвиняемого перестало быть "царицей доказательств" и встало в ряд других улик. Кроме того, вопрос о виновности стал решаться однозначно: "Да, виновен" или "Нет, не виновен". Ранее же, в рамках мягкой формы розыскного ("инквизиционного") процесса XIX в., виновность "накапливалась", и если не удавалось найти абсолютного ("совершенного") доказательства виновности, обвиняемый оставался "в подозрении" или "в сильном подозрении". Более жесткий вариант такого процесса предполагал максимальное наказание при наличии "совершенного" доказательства и назначение наказаний менее тяжких в зависимости от степени доказанности виновности; оправдательный приговор выносился лишь при условии отсутствия даже самых ничтожных улик. Отсюда становится понятной гносеологическая подоплека: *пыточных технологий*, применяемых к подозреваемым в милиции, других силовых структурах; преувеличенного доверия судей к признаниям подозреваемых и обвиняемых; обвинительного уклона в деятельности судов.

Наличие параллельных и замещающих технологий в деятельности органов государственной власти создает предпосылки для их перерождения. Остается лишь установить, какие технологии — официальные или неправовые — преобладают в деятельности того или иного органа. Например, органы внутренних дел предоставляют так называемую "красную крышу" легальному и теневому бизнесу, включая игорный и проституцию; борьба с организованной преступностью подчас сводится к накоплению информации с тем, чтобы реализовать ее либо по команде политического руководства,

либо на возмездной основе. Сотрудники органов уголовно-исполнительной системы предоставляют услуги по передаче в "зоны" денег, спиртных напитков, сотовых телефонов; распространено получение взяток и поборы в пользу колонии либо тюрьмы за представление заключенного к условно-досрочному освобождению или выдачу ему положительной характеристики для решения вопроса о помиловании. Суды предоставляют услуги политического характера, что особенно знаменательно для дел о защите чести и достоинства, а также дел, связанных с выборами. Для внутрисудейской коррупции характерно получение взяток (по данным Фонда ИНДЕМ, ежегодный суммарный размер взяток судьям составляет не менее 270 млн долл. США) за совершение законных действий, в том числе быстрое, без волокиты, разбирательство дел. В первую очередь это типично для дел, связанных с оспариванием банками решений налоговых органов о списании со счетов средств в безакцептном порядке: в зависимости от скорости вынесения судьей определения о приостановлении исполнения решения налогового органа деньги либо сохраняются на счету до разбирательства жалобы по существу, либо безвозвратно канут в бюджет. Тариф на такую услугу, оказываемую через посредников, составляет 10% от "цены вопроса".

Таким образом, исследуя данную проблему, надо установить, по крайней мере, следующее: 1) каково соотношение вмененной законом и побочной деятельности государственного органа; 2) что имеют в виду официальные (осуществляющие публичную власть) органы, исполняя свою работу, совпадают ли их подлинные цели с нашими ожиданиями и с законом¹; 3) каким образом основная деятельность государственных органов устроена процедурно и технологически на самом деле (ноу-хау).

Примером ноу-хау является неправомерное использование народных заседателей не по две недели в году, а на протяжении нескольких лет подряд, как членов единого с судьей трудового коллектива. Сотни тысяч приговоров и решений судов должны были бы отменяться ввиду незаконности состава суда, если бы у кассационных инстанций хватило мужества признать этот секрет Полишинеля. Впрочем, и сами кассационные инстанции сплошь и рядом, вопреки закону, готовят определения заранее, до выслушивания доводов сторон, и провозглашают их резолютивные части (а не весь текст), не удаляясь в совещательную комнату. Это — их

¹ Например, правосудие часто подменяется, выражаясь на судейском жаргоне, "отписыванием дел", а борьба с преступностью — погоней за показателем раскрываемости преступлений и культивированием, приучением преступности; следствием таких подмен оказываются: неправоудие, осуждение невиновных; фальсификация улик, подбрасывание подозреваемым, а иногда и слишком настырным потерпевшим, наркотиков и боеприпасов; нерегистрация сообщений о трудно-раскрываемых преступлениях; снисходительность к преступлениям, совершаемым осведомителями; нереализация либо дозированная реализация полученной агентурным путем информации о преступлениях.

ноу-хау. Оценка судейской работы по числу отмененных и измененных решений заставляет судью вместо самостоятельной работы над приговором согласовывать его с судьями вышестоящих судов, которые, в свою очередь, заботятся о "стабильности приговоров". Знание этого обстоятельства позволяет посвященным здраво оценивать перспективы обжалования судебных актов.

Не все параллельные и замещающие официальный порядок технологии негативны; часть из них имеет правовой и гуманистический характер. Такие практики не только поддерживаются, но и насаждаются в странах с демократической историей и здравомыслящими государственными деятелями. Достаточно привлечь внимание к принятым в США способам внесудебного и досудебного разрешения конфликтов: третейскому разбирательству; медиации¹; оценке дел независимыми экспертами; инсценировке процесса с "подставными", т.е. не имеющими власти присяжными заседателями под патронажем судьи, которому предстоит рассматривать данное дело, если стороны не придут к согласию. В России при поддержке Генеральной прокуратуры РФ и двух районных судов Москвы развивается "восстановительное правосудие", способствующее прекращению дел до суда при условии возмещения обвиняемым вреда жертве преступления. В Ростовской обл. организация "Инвалиды за права человека" на протяжении нескольких лет помогала разгрузить следственные изоляторы, предоставляя залогом и давая поручительство за арестованных обвиняемых и подозреваемых, которые не представляли общественной опасности.

Самой серьезной ошибкой реформаторов следует считать попытки преобразовать формальные институты, исходя из отвлеченных от реальных практик соображений. Целесообразно же исходить не из долженствования и "правильных" принципов регламентации деятельности, а из состояния сознания тех людей, которых коснутся реформы, из привычных им — людям — технологий деятельности. Таким образом, объектом реформ выступают не нормы, а менталитет и практические обыкновения; в противном случае самые хорошие на бумаге законы корежутся судьями, следователями, прокурорами при их применении.

Индикаторами, указывающими на тщетность усилий реформаторов, не принимающих в расчет реальные практики, выступают случаи достижения парадоксальных результатов, прямо противоположных задуманному. Например, постановление от 20 апреля 1999 г. Конституционный Суд Российской Федерации, оберегая беспристрастность суда, запретил судьям при недостатке улик направлять уголовные дела на дополнительное расследование; итогом постановления оказалось не укрепление независимости судей и искоренение

¹ Медиация — посредничество в международном споре третьего, не участвующего в споре, государства.

в их сознании обвинительного уклона, а, напротив, понуждение судей к самостоятельному поиску улик и активизация их работы по восполнению пробелов предварительного расследования.

Надо отметить, что коррозия официальных институтов в наших условиях происходит не только стихийно, но и через негласное создание государственными органами полулегальных практик. Так, в начале 2003 г. Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации, не имея на то законного права, распространила среди судей "ответы на вопросы" о применении нового УПК РФ. Эти "ответы" исправляют закон самым консервативным образом и, как правило, рекомендуют из нескольких возможных толкований наименее благоприятное для стороны защиты понимание правовых норм.

К сожалению, законотворчество последнего времени, проводящееся под флагом реформ, во-первых, не только не корректирует, но скорее поощряет ранее бытовавшие противоправные технологии; во-вторых, законодатель создает предпосылки для развития новых противоправных технологий.

Новый Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации, принятый 18 декабря 2001 г. и в основном введенный в действие с 1 июля 2002 г., провозглашает принципы состязательности уголовного процесса, равноправия сторон обвинения и защиты перед судом, презумпции невиновности, неприкосновенности частной жизни, предполагает осуществление прокурорского надзора и судебного контроля за законностью предварительного расследования уголовных дел. Несмотря на внешний демократизм ряда норм нового УПК Российской Федерации, многие его положения идут вразрез с Конституцией России и представлениями международного сообщества о стандартах справедливого судопроизводства, подчас ухудшают статус обвиняемого (подозреваемого) и его защитника по сравнению с советским процессуальным законодательством.

Так, УПК РФ позволяет судье, к которому в пределах 48 часов после фактического задержания доставляется подозреваемый, предоставить стороне обвинения дополнительные 72 часа для поиска улик; все это время подозреваемый будет находиться под стражей, хотя следователь и прокурор не доказали обоснованность задержания. При этом закон не дает судье права проверять обоснованность подозрения (обвинения), непосредственно допрашивать свидетелей обвинения и вызывать их в суд для перекрестного допроса. Защитник в рамках этой процедуры не имеет достаточных времени и возможностей для подготовки защиты доверителя: его свидание с подозреваемым может быть ограничено следователем двухчасовым сроком; судья обязан рассмотреть ходатайство о заключении задержанного под стражу в течение восьми часов с момента поступления ходатайства следователя, поддержанного про-

курором; подозреваемый и защитник, в отличие от прежнего порядка, не имеют права ознакомиться с материалами, представленными стороной обвинения в обоснование необходимости заключения подозреваемого под стражу. Как разъяснила Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации, арестованный, обжалуя в кассационном порядке заключение под стражу, не вправе лично присутствовать при рассмотрении его жалобы судом второй инстанции.

Процедура обжалования задержания подозреваемым и его защитником неэффективна. Прокурор может разбирать такую жалобу на протяжении трех, а при желании — десяти суток, судья обязан рассмотреть жалобу в течение пяти суток; фактически это значит, что постановление прокурора или судьи по такой жалобе, как правило, неактуально: к моменту вынесения постановления подозреваемый будет уже либо освобожден из-под стражи, либо его задержание официально превратится в арест.

Новый УПК Российской Федерации открывает широкий простор для использования в судебном процессе негласно полученных оперативно-розыскных материалов, в том числе агентурных донесений. По смыслу закона, результаты оперативно-розыскной деятельности могут послужить поводом для возбуждения уголовного дела; они могут использоваться как доказательства по делу; агент правоохранительных органов может разрешить прослушивание своих телефонных переговоров без судебной санкции; допускается допрос свидетелей под псевдонимами, без разглашения сведений об их личности и месте жительства. Такие свидетели известны суду и стороне обвинения, но не обвиняемому (подозреваемому) и его защитнику.

В ряде случаев бремя доказывания возлагается на сторону защиты. Например, доказыванию подлежат "обстоятельства, исключающие преступность и наказуемость деяния" (п. 5 ч. 1 ст. 73 УПК РФ). Сторона защиты обязана заблаговременно представлять следствию свидетелей, подтверждающих алиби обвиняемого (подозреваемого); в противном случае судья в ходе предварительного слушания отказывает в ходатайстве о вызове таких свидетелей в суд для допроса. Защитнику разрешается собирание доказательств, однако их приобщение к материалам дела зависит от усмотрения противной стороны — следователя, прокурора. Эти должностные лица, а также дознаватели, как правило, не имеющие высшего юридического образования, вправе своей властью объявлять лишенными юридической силы оправдательные доказательства. Такое происходит, в частности, когда сами эти органы, умышленно или по неосторожности, нарушают требования процессуального законодательства при собирании оправдательных доказательств. Защитник не упоминается среди лиц, уполномоченных проверять доказательства и оценивать их по внутреннему убеждению.

Неявка защитника в судебное заседание, если он не может вступить в процесс в течение пяти суток, хотя бы и по уважительной причине, позволяет лишить подсудимого избранного им защитника и назначить ему адвоката на основании постановления судьи. Допускается заочное разбирательство дел обвиняемых в совершении преступлений небольшой и средней тяжести (наказание не свыше пяти лет лишения свободы). Расширен перечень случаев, когда судебное разбирательство уголовного дела может происходить в закрытых заседаниях, причем соответствующие формулировки закона неконкретны и расплывчаты. Отсутствуют реальные гарантии против фальсификации судьями протоколов судебных заседаний, ибо приносить замечания на протокол приходится тому же судье, который и велел его сфальсифицировать.

По некоторым категориям дел затруднена возможность обжалования обвинительных приговоров, в частности, при согласии подсудимого с обвинением в совершении преступления небольшой или средней тяжести ему закрыта возможность кассационного и апелляционного обжалования приговора по причине несоответствия выводов суда фактическим обстоятельствам дела. Нельзя обжаловать постановление судьи о роспуске коллегии присяжных заседателей, что использовалось судьями для неправомерной фактической отмены оправдательных вердиктов присяжных заседателей путем вынесения постановления об их роспуске.

Следует указать также на некоторые тенденции развития судостроительной и процессуальной отраслей отечественного законодательства, влияющие на беспристрастность судебных органов и независимость судей. Эти тенденции, развиваясь в рамках пресловутой президентской идеи "ручного управления" страной, делают суды более управляемыми из федерального центра и менее ответственными перед населением.

В результате серии поправок, внесенных в судостроительные законы 15 декабря 2001 г., судьи утратили многие гарантии независимости. Была введена их дисциплинарная и административная ответственность; в случае заключения судьи под стражу он, не будучи признан виновным в совершении преступления, теряет жалование, т.е. средства к существованию и организации своей защиты. Судьи областных, краевых и к ним приравненных судов отныне назначаются сперва на срок три года, и только затем рассматривается вопрос об их пожизненном назначении на должности. В квалификационные коллегии судей, решающие *вопросы* прекращения судейских полномочий, рекомендации кандидатов на замещение судейских вакансий, присвоения судьям квалификационных классов, были назначены представители Президента Российской Федерации, а также — законодательных органов субъектов Российской Федерации. Федеральный закон от 14 марта 2002 г. "Об органах судейского сообщества в Российской Федерации" установил

крайне несовершенный порядок рассмотрения вопроса о прекращении судейских полномочий, облегчающий председателям судов расправу с неугодными, т.е. независимыми от указаний начальства судьями. Судья, полномочия которого прекращены, потерял право обратиться с жалобой в Высшую квалификационную коллегию судей, расположенную в столице и относительно независимую от местных властей, но должен жаловаться в краевой (областной) суд, председатель которого, как правило, является инициатором увольнения судьи.

Кроме того, предварительное обсуждение кандидатур на судейские должности доверено Комиссии при Президенте Российской Федерации (Указ Президента Российской Федерации от 4 октября 2001 г. № 1185), в составе которой преобладают представители "силовых" структур и чиновники Администрации Президента. Из 17 членов Комиссии прокуратуру, МВД и другие правоохранительные органы представляют пять и президентские структуры — семь должностных лиц; собственно судейский корпус представлен лишь тремя голосами.

Следует подчеркнуть, что огосударствление коснулось адвокатуры. Отныне вопросами приема экзаменов у претендентов на статус адвоката и дисциплинарной практикой ведает квалификационная комиссия, в составе которой из 13 членов: 2 представителя от органа юстиции; 2 представителя от судов; 2 представителя от законодательного органа соответствующего субъекта Российской Федерации (ст. 33 Федерального закона от 31 мая 2002 г. "Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации").

Наконец, граждане Российской Федерации последовательно лишаются в судебной области права "принимать участие в ведении государственных дел". Статьи 22 и 26 уже упоминавшегося Федерального закона от 14 марта 2002 г. "Об органах судейского сообщества в Российской Федерации" не требуют от квалификационных коллегий судей Российской Федерации рассматривать в заседаниях жалобы граждан на судей и не устанавливают какой-либо процедуры оспаривания заинтересованным лицом отказа в рассмотрении либо уклонения от рассмотрения таких жалоб. Из почти 20 тыс. жалоб, ежегодно поступающих от граждан в квалификационные коллегии судей, наиболее распространенные обращения касаются случаев волокиты, грубого нарушения судьями процессуального закона, оскорбительного поведения судей в заседаниях. Фактически какие бы то ни были решения по жалобам граждан принимаются квалификационными коллегиями не более чем в 5% случаев.

Российское гражданское процессуальное законодательство исключило участие народа в отпвлении правосудия; институт народных заседателей ликвидируется и в уголовном судопроизводстве с 1 января 2004 г. участие присяжных заседателей в рассмотрении гражданских дел не допускается, а в уголовных делах предполагается по менее чем 1% рассматриваемых судами обвинений. При этом принятый теперь порядок отбора присяжных заседателей

облегчает тенденциозный их подбор для рассмотрения конкретного дела, значительно затягивает подготовительную часть судебного заседания, порой — на недели.

Сказанное позволяет сделать вывод, что политическому руководству и законодателю предстоит серьезная работа по изменению деятельности официальных институтов, преодолению неправовых технологий и претворению декларируемых демократических принципов в реальные практики. К сожалению, большая доля этой работы связана с обезвреживанием псевдореформаторских починов последних лет и возвращением к векторам развития, заданным "романтическим" периодом судебной реформы 1991—1995 гг.