

ВВЕДЕНИЕ

Сегодня вряд ли кого удивит утверждением о том, что право и общество тесно связаны друг с другом. Представления о том, что законы отражают характер того или иного общества, равно как и о том, что законы обеспечивают социальную интеграцию и порядок, являются общим местом и для правоведов, и для обществоведов. Даже приверженцы доктрины, в соответствии с которой государство — основной источник права, не стали бы возражать против того, что группы интересов или классы, составляющие неотъемлемую часть социальной структуры, воздействуют на характер правовых институтов постольку, поскольку обладают преимущественным доступом к организации, именуемой государством. Идеи первого поколения теоретиков от классических мыслителей социологии права, таких как Г. Спенсер, К. Маркс, Э. Дюркгейм и М. Вебер, до представителей социологической юриспруденции, таких как Е. Эрлих, О. Холмс, Р. Паунд, Л. Петражицкий, нашли свое место в интеллектуальном багаже российского правоведения благодаря присутствию в учебных программах юридических факультетов. Но влияние этих ученых на понимание того, как функционируют право и правоприменение в обществе, весьма слабое не в последнюю очередь благодаря теоретическому характеру их учений, не содержащих прямой и очевидной связи с повседневной практикой применения законов или ее эмпирическим изучением. Исключение составляет американская традиция правового реализма по причине того, что дебаты о том, как судьи «творят» законы и принимают решения, исходили благодаря Холмсу непосредственно из Верховного суда США.

Второе поколение социальных исследований права (право и общество, социология права, право и экономика, право в контексте, эмпирические исследования права и другие направления) уже не размышляет о природе права и его связи с обществом, а задает более конкретные вопросы о том, как устроены правовые институты, как они на самом деле работают, что происходит, когда конкретные законы встречаются с интересами тех групп, активность которых они

призваны регулировать, как граждане используют законы и т.п.¹ Эти направления принято также объединять в общую традицию *law and Society*» по названию ассоциации, созданной в США в 1964 г. для продвижения новой программы исследований. Программа состояла в том, чтобы посмотреть, что же происходит с законами, когда они покидают легислатуры и становятся частью общественной жизни, т.е. исследовать то, на что ни сами законодатели, ни правове­ды «легистской» ориентации внимания не обращали. Впоследствии под это определение подпали не только социологи, но и антропологи, культурологи, экономисты.

Если правове­ды, занятые правовыми системами и доктринами, рассматривающие в качестве источников прежде всего тексты, изучают право изнутри, то ученые, работающие в традиции социологии права, изучают право извне. Последнее означает, что право, которое здесь для простоты можно определить как способ регулирования жизни общества с помощью законов (в противовес голому принуждению или, например, религиозному порядку), рассматривается и как результат действия определенных социальных групп, стремящихся закрепить свои интересы правовым путем, и как поведенческий феномен, где в качестве единиц берутся и организации (суды, полицейские участки, регулирующие организации и т.п.), и профессиональные группы (судьи, правоприменители, государственные служащие). Отдельным предметом изучения в эмпирически ориентированной социологии права — а эмпирическая ориентация и есть основное отличие второго поколения — стал вопрос о том, как члены общества реагируют на законы и их применение, как они их используют, как легальность и связанные с ней моральные установки вторгаются в повседневную жизнь (например, брачный контракт или вопросы наследства). Сюда же следует отнести и вопросы так называемой правовой культуры — влияние коллективных представлений о правах и правилах, укорененных в повседневных привычках, на характер правовой системы, в особенности на характер правоприменения.

Правоведение (или юриспруденция) рассматривает право как автономную систему, имеющую свой генезис, внутренние закономерности

¹ См. обзорную статью: *Banakar R. Law Through Sociology's Looking Glass: Conflict and Competition in Sociological Studies of Law // The New ISA Handbook in Contemporary International Sociology: Conflict, Competition, and Cooperation / A. Denis and D. Kalekin-Fishman (eds.). L.: Sage, 2009.*

эволюции и обоснование. В социальных исследованиях права (право и общество) автономия правовой сферы радикально отрицается, а предполагаются разнообразные внешние социально-структурные влияния, благодаря чему правовая система разбирается на составляющие, которые подвергаются эмпирическому анализу исходя из тех или иных моделей, используемых в социологических исследованиях. Например, с помощью анализа больших массивов судебной статистики стало возможным проверить гипотезы о влиянии пола судьи на характер судебных решений по уголовным процессам¹. Методы количественного анализа также позволили выявлять различные уклоны (расовый, классовый, гендерный и т.п.), возникающие в результате того, что судьи разделяют определенные коллективные представления своего места и времени. Отдельно исследовались судьи и адвокаты как профессиональные группы со свойственными им механизмами коллективного контроля (*peer pressure*), рекрутинга, образования и других социальных параметров, определяющих работу членов группы². Самостоятельную традицию образует анализ экстралегальных факторов (интересов, аудиторий, бюрократической организации) на поведение судей (принятие судебных решений)³.

Л. Фридман полагает, что существует несколько методологических принципов, разделяемых всеми учеными, работающими в традиции «право и общество», независимо от дисциплинарной принадлежности. Первый принцип состоит в том, что если юриспруденция занимается собственно законами, кодексами, процедурами, решениями, то в социальных исследованиях права внимание обращается прежде всего на их реальное воздействие. Меняет ли жизнь людей какое-либо правило или решение и каково это изменение есть предмет эмпирического исследования, пишет Л. Фридман. «Об этом, — как он считает, — мы в равной степени можем говорить применительно к правилам парковки,

¹ *Steffensmeier D., Herbert C.* Women and Men Policymakers: Does the Judges' Gender Affect the Sentencing of Criminal Defendants? // *Social Forces*. March 1999. Vol. 77. N 3. P. 1163–1196.

² *Abel R.* English Lawyers between Market and State: The Politics of Professionalism. New York: Oxford University Press, 2003; *Abel R.* The Transformation of the American Legal Profession // *Law & Society Review*, 1986. Vol. 20 N 1. P. 7–18.

³ *Bauman L.* The Puzzle of Judicial; *Abel R.* The Transformation of the American Legal Profession // *Law & Society Review*, 1986. Vol. 20 №1. P. 7–18. *Behavior*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1997.

нормам, касающимся гражданских правонарушений или решения Верховного суда в отношении аборт»¹.

Второй общий принцип состоит в том, что реальный эффект от той или иной нормы (правила, любого правового события) определяется внешним социальным контекстом или ситуацией. Одни и те же законы могут по-разному восприниматься в различных обществах. Следуют или нет водители в Египте, США или России одному и тому же правилу дорожного движения, не зависит от самого правила, равно как и то, какая доля пар имеет детей вне юридически закрепленных брачных отношений в Скандинавии, Японии или Иране. Понятно, что сами тексты законов имеют к их воздействию лишь отдаленное отношение. Радикализуя этот тезис, можно утверждать, что и нормы контроля за соблюдением законов (энфорсмент) также зависят от конфигурации социальных факторов на местном уровне.

Третий методологический принцип, разделяемый в социальных исследованиях права, состоит, по мнению Л. Фридмана, в том, что любое изменение общества всегда вызывает реакцию в сфере права. Любые события – от природных катастроф до научных изобретений, сексуальной революции или взрыва фундаментализма – оставляют отпечаток на правовой системе. За правовыми изменениями или, наоборот, за инертностью системы стоят интересы определенных групп и их практическая способность действовать посредством законов, правовых новаций или блокирования оных.

Другим важным представлением, очерчивающим социологический (равно, как и антропологический) подход к праву, является правовой плюрализм. Формальное право, устанавливаемое и обеспечиваемое государством, не является единственным правовым порядком на данной территории. Оно взаимодействует, конкурирует или сосуществует с другими правовыми системами, которые могут быть приняты в отдельных социальных средах или какими-либо группами для регулирования отношений. Это могут быть разные формы обычного права, элементы прошлых систем, формы самоуправления, отрицающие господствующее право, различные непризнанные системы саморегулирования. В качестве примеров можно привести параллельные правовые порядки, поддерживаемые сицилийской мафией, уголовные «понятия»

¹ *Friedman L. Coming of Age: Law and Society Enters an Exclusive Club // Annual Review of Law and Social Science, 2005. Vol. 1. P. 1–16.*

и систему их толкования, самоуправление в этнических кварталах мегаполисов, соседство светского права с религиозным порядком или порядком, унаследованным от национальных традиций и сосуществующим с заимствованным современным правом. Это живые системы, от взаимодействия с которыми неизбежно трансформируется применение господствующего правового порядка, поддерживаемого государством. Если юриспруденция, как правило, игнорирует правовой плюрализм, то традиция социальных исследований права полагает его одним из основных предметов исследования¹.

Американский правовой реализм последовательно отрицал значимость текста закона, статута как такового в пользу «закона в действии», подразумевая, что законы существуют посредством их применения в обществе. Из этого следовало, что смысл закона определяется его действительным применением, а также то, что судья обязан быть своего рода «политиком», поскольку, приводя закон в действие в определенной ситуации, он на самом деле совершает нормотворчество. Социология права добавляет к этому как раз систематическое изучение социального контекста, в котором приводится в действие (или буксует) тот или иной закон или правовая политика. Исходя из этого можно утверждать, что последовательная социология права должна сводить право к правоприменению, утверждая что-то вроде: «текст закона — ничто, правоприменение — все». Если рассматривать эту проблему логически, то следует заметить, что ни один закон не определяет в себе самом способ своего применения — он определяется внешними по отношению к этому закону факторами, перечень которых может быть довольно длинным — от баланса сил в обществе до специфики судов, интересов правоприменителей и до таких сложных реалий, как правовая культура. Практически эта проблема решается (хотя и не целиком) либо посредством прецедентов, либо в отсутствие силы прецедентов — путем множества подзаконных актов, инструкций, регламентирующих применение. Но в этом и проблема: чем их больше, тем больше дискреции у правоприменителей и возможности руководствоваться посторонними с точки зрения закона интересами. Поэтому, ввиду отсутствия прямой однозначной связи между текстом закона и его применением, важнейшим элементом правовой системы является

¹ *Griffiths J.* What is Legal Pluralism? // *The Journal of Legal Pluralism.* 1986. N 24. P. 1–55; *Tamanaha B.* Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global // *Sydney Law Review.* 2008. Vol. 30. N 375. P. 375–410.

действительное поведение или функционирование ее составляющих. А значит, главными будут вопросы о том, как на самом деле действуют судьи, адвокаты, полицейские, чиновники, следователи, обвиняемые и т.д., — вопросы, предполагающие сложный институциональный анализ как формальных, так и неформальных стимулов и ограничений.

В современной России функционирование правовой системы происходит в чрезвычайно сложных условиях, вызванных постоянными ее изменениями, своего рода внешними «шоками». С момента распада СССР и демонтажа советской правовой системы прошло менее двух десятилетий, и инерция советской традиции не может не сказываться на том, как работают законы, суды, правоприменение сегодня. Вместе с тем несколько судебных реформ, новые процессуальные кодексы, реформа милиции и органов государственной безопасности, разделение следствия и прокуратуры и другие меры должны были изменить работу отдельных звеньев правовой системы. Но представить себе теоретически, как все эти изменения, да еще в сочетании с советской традицией, сказываются на действительной работе правовых институтов, очень трудно. Там, где новые законы и кодексы, а также организационные новации сталкиваются с реальной жизнью организаций и людей, которые в них работают, возникают эффекты, которые не только трудно предсказать — их трудно понять и измерить, поскольку в России нет традиции соответствующих исследований. Законы, кодексы, постановления на бумаге и действительное поведение организаций и групп, составляющих структуру правовой системы, сильно расходятся. В такой ситуации должен возникнуть спрос на систематические эмпирические исследования права и правоприменения в России. Научная традиция, обозначенная здесь как «право и общество» (социология права), как нельзя лучше может этот спрос удовлетворить.

В конечном счете целью правовых реформ в России может быть только верховенство права — общественно-политическое устройство, обеспечивающее реализацию основных прав граждан и их защиту от произвольных действий власти. Принцип верховенства права предполагает равенство всех членов общества перед законами, а также то, что именно правовые механизмы, а не какие-либо другие средства являются основным способом защиты граждан. Номинально это обеспечивается Конституцией и другими законами, судами, адвокатурой, общественными организациями, исполнительными органами. Все это есть в России. Более того, растет все то, что в социологии права называется *the behaviour*

of law, — интенсивность принятия новых законов, обращений в суды, других правовых событий¹. Но уровень верховенства права в России остается низким². Объяснение этого положения, по-видимому, находится в низкой стабильности законов («правил игры») и особенностях правоприменения. Избирательное применение законов, несоответствие изначальных намерений законодателей действительным эффектам и применению законов в реальной жизни, сложность мобилизации права для защиты прав граждан, не относящихся к правящей элите, ориентация на неформальные нормы и механизмы, использование альтернативных правовых порядков («понятий») — вот далеко не полный список факторов или скорее гипотез, объясняющих отсутствие верховенства права при наличии действующих правовых институтов и высокой плотности законодательства.

Данная книга представляет собой попытку ввести традицию социальных исследований права и правоприменения в российский научный и аналитический контекст и одновременно продемонстрировать на конкретных примерах ее возможности. Большинство статей, включенных в эту книгу, содержат исследование какой-либо конкретной проблемы российской правовой или правоохранительной системы и одновременно демонстрируют один из подходов, принятых в том или ином научном направлении, входящем в состав традиции *law and society*. Событием, давшим толчок к изданию этой книги, стала международная конференция «Право и правоприменение в России: междисциплинарные исследования», состоявшаяся 15–17 апреля 2010 г. в Институте проблем правоприменения при Европейском университете в Санкт-Петербурге. Она собрала ведущих специалистов из нескольких стран для обсуждения проводимых ими исследований³. Конференция позволила наметить наиболее актуальные направления исследования права и правоприменения и послужила стимулом к развитию традиции исследования права и общества в России.

¹ *Black D. The Behavior of Law*. Bingley: Emerald, 1980.

² По расчетам Всемирного банка (World Governance Indicators), процентиль по индексу верховенства права для России за 2009 г. составляет 24, что находится на уровне Боливии, Ирана, Нигерии. Остальные страны БРИК находятся на уровне 45–56; развитые страны находятся на уровне 90–99, а наивысший показатель — 100 — в Швеции и Финляндии (<http://info.worldbank.org/governance/wgi/worldmap.asp>).

³ Программа конференции доступна на сайте ИПП: http://www.enforce.spb.ru/?page_id=179

Книга открывается текстом Председателя Конституционного Суда РФ Валеря Зорькина, написанным на основе выступления на конференции. Он посвящен правовым аспектам модернизации, поиску гибкой политики в области нормотворчества и правоприменения, учитывающей ограниченность рационалистического подхода к праву. Фактически аргументы В. Зорькина в пользу необходимости учитывать «спонтанные социальные порядки», возникшие исторически наряду с формально-рациональной правовой системой, находятся в русле традиции правового плюрализма. Автор предупреждает об опасности повторения модернизационных ошибок прошлого, когда насаждение новых законов, призванных установить общество модерна, сочеталось с полным игнорированием предшествующих живых традиций права, в результате чего происходило расхождение законов с жизнью, все более регулируемой неформальными законами и правилами. Идеология юридического позитивизма, обосновывающая слепое, игнорирующее неформальные порядки нормотворчество, ведет к повышению напряженности в обществе и может и на этот раз помешать реформам. Поэтому автор предлагает отказаться от «тотального юридического позитивизма».

Экономический смысл верховенства права раскрывается в статье Андрея Шаститко. Автор дает подробный обзор различных подходов к определению верховенства права, принятых в английской, американской и немецкой традиции, а также приводит трудности совмещения этих подходов. Исходя из тезиса о том, что верховенство права является частным случаем верховенства правил, т.е. преобладания формальных правил, автор предлагает экономико-институциональный анализ различных способов взаимодействия — от естественного состояния до верховенства права, предполагающих различные способы энфорсменты. Более высокая предсказуемость, свойственная верховенству права, способна обеспечить более высокую устойчивость экономического развития, но при условии отсутствия роста издержек контроля за соблюдением правил. Функционирование верховенства права затем иллюстрируется на примере применения антимонопольного законодательства.

Далее материалы книги расположены в соответствии с последовательностью: «законодательная активность — судебная система — правоприменение». Арина Дмитриева и Денис Примаков проводят сравнительный анализ постсоветских и постсоциалистических стран

на предмет их законодательной политики, понимаемой как активность национальных legislatures в части количества законов, частоты принятия новых кодексов и частоты вносимых поправок. Авторы делят страны на три группы в соответствии с законодательной политикой. Анализ эффектов различных моделей политики с точки зрения верховенства права и качества институциональной среды показывает преимущества консервативного варианта, т.е. более стабильного и редко меняющегося законодательства, в частности базовых кодексов. Статья содержит аргументы против принятия большого количества некачественных законов, требующих последующей правки, как это имеет место в России с 2005 г.

Основная идея статьи Питера Соломона состоит в сравнении и противопоставлении профессиональной и бюрократической подотчетности судей и влияния этих двух моделей управления на степень независимости судов. Автор анализирует роль председателей судов, профессиональных ассоциаций, образования, механизмов рекрутинга и других экстралегальных факторов в обеспечении (не)зависимости российских судов. Российская система подотчетности анализируется в сравнении с другими странами. Основной аргумент П. Соломона состоит в том, что реформа российской судебной системы должна включать переход от бюрократической к профессиональной подотчетности, т.е. ситуацию, при которой контроль качества работы судей осуществляет сама судейская корпорация на основе механизмов самоуправления и внутренних стандартов.

В условиях повышенной интенсивности нормотворчества, ведущей к несовершенству и противоречивости законодательства, возрастает роль судейского усмотрения. Основываясь на положениях школы «судейского активизма», Екатерина Мишина в своей статье высказывает аргументы за повышение роли судей в обществе, усиление их роли как толкователей законов в целях повышения качества законодательства и его адаптации к меняющимся социально-экономическим условиям.

Исследование Кирилла Титаева выдержано в жанре социологии права. Автор использует метод статистического анализа случайной (репрезентативной) выборки решений арбитражных судов РФ для ответа на вопрос о том, как работают арбитражные суды, а на их примере — каковы особенности российской системы правоприменения в целом. Исследование обнаруживает целый ряд устойчивых «уклонов» в работе судов — вероятности выигрыша дела в зависимости от статуса истца

и ответчика (государство или частная компания), суммы иска, явки ответчика и т.п. Автор приходит к выводу о том, что на примере арбитражных судов можно обнаружить внешне заданную склонность правоприменительной системы к функции защиты прав, а не к решению споров, что проявляется также в склонности судов к защите интересов государства в случаях, когда оно является потерпевшей стороной.

Социологическое исследование, лежащее в основе статьи Георгия Сатарова, посвящено вопросам генезиса институтов и соотношению формальных и неформальных правил в функционировании судебной системы. Формальное институциональное ядро судебной системы, утверждает автор, поддерживает широкий набор неформальных механизмов и сопряжений с другими институтами (правоохранительные органы, исполнительная власть и т.п.), что меняет логику функционирования системы. Поэтому при проектном, т.е. рационально спланированном, реформировании судебной системы и даже высоком качестве формальных норм наличие неформальной составляющей препятствует налаживанию желаемой работы судебной власти.

Институциональные сопряжения, возникающие на стыках различных правоприменительных организаций, вынужденных взаимодействовать друг с другом (оперативные подразделения, следствие, прокуратура, суд), порождают устойчивые неформальные стимулы и образцы действия каждой из этих организаций в рамках уголовного процесса. Реконструируя стимулы и ограничения на каждом этапе, Элла Панеях дает объяснения так называемому обвинительному уклону в российских уголовных судах, т.е. тому, почему, попав под следствие, обвинительный приговор гарантирован человеку в 99% случаев. Случай правоохранительной системы дает автору возможность делать обобщения более широкого свойства, касающиеся природы современного государства и функционирования институтов.

Кэтрин Хендли исследует классическую для социологии права проблему востребованности судов простыми гражданами и обстоятельств превращения противоречия в конфликт, разрешаемый судебным способом. Трансформацию конфликта и его стадии автор рассматривает на эмпирическом материале, в качестве которого выступают споры, возникающие в практике ремонта частных квартир в России. Через интервью и фокус-группы автору удается реконструировать важные черты правовой культуры в России, касающиеся распределения ответственности, использования формальных контрактов, учета возможности

судебной перспективы при возникновении разногласий. Общий тренд, который фиксирует автор, — снижение ценности личных связей и отношений и рост склонности к формализации отношений и споров.

Статья Жилия Фавареля-Гаррига переносит акцент с работы судов на исполнение судебных решений. По мере укрепления формальных правовых институтов в России трансформировалась и практика возврата долгов и исполнения других судебных решений. Автор исследует, как действуют и как объясняют свои действия сотрудники частных агентств по возврату долгов и как они взаимодействуют со службой судебных приставов. Учитывая, что в 1990-е гг. эта сфера была сильно криминализована, важным вопросом становится развитие более «тонких», технически изощренных способов давления на должников, с тем чтобы сотрудники агентств оставались в правовом поле и могли пользоваться знанием законов. В связи с этим возник, по утверждению автора, новый род деятельности — информационное предпринимательство.

В статье Михаила Прядильникова и Елены Даниловой прослеживается изменение в работе российских налоговых органов и их восприятие сотрудниками этих органов и налогоплательщиками. Исследование основано на двух опросах, проведенных в 2001 и 2008 гг., показавших значительный рост организационных возможностей налоговой службы и изменение профессиональной культуры. Если в 2000 г. наблюдался серьезный разрыв между целями, которые ставились политическим руководством, и рядовыми инспекторами, которые по своим установкам были ближе к налогоплательщикам, то к 2008 г. этот разрыв был преодолен.

Эссе Леонида Бляхера об эволюции правоприменительных практик на российском Дальнем Востоке представляет собой яркий пример этнографического описания правового плюрализма, т.е. сосуществования и смены спонтанных (неформальных) правовых порядков. Они всегда были в этом регионе, но в постсоветское время стали более органичными — ввиду ослабления государства и географической удаленности от Москвы. Автор реконструирует несколько таких порядков: неформальный понятийный, неформальный региональный и неформальный федеральный, стремящийся стать доминирующим, но пока безуспешно.

Практикам самостоятельного обеспечения правопорядка, в частности защиты собственниками своих прав на активы, в условиях слабости

формальных институтов посвящена заключительная статья Вадима Волкова. Интервью с собственниками российского малого и среднего бизнеса позволили выделить несколько способов защиты активов как от властей, так и от недобросовестных партнеров. Один из основных выводов исследования состоит в том, что в условиях дефицита формально-правовой защиты роль собственника отделена от роли предпринимателя и ее исполнение требует отдельных затрат и навыков.

В заключение хотелось бы отметить, что выход этой книги был бы невозможен без творческой и согласованной работы коллектива Института проблем правоприменения: Марии Батыгиной, Арины Дмитриевой, Эллы Панях, Михаила Позднякова, Дениса Примакова, Кирилла Титаева, Камили Тухтаметовой.

Вадим Волков