

Е.А. Мишина

Заместитель Директора Института правовых исследований Государственного университета — Высшей школы экономики, доцент кафедры конституционного и муниципального права факультета права Государственного университета — Высшей школы экономики, кандидат юридических наук

Властное усмотрение: во зло или во благо?

30 сентября 2009 г. на факультете права Государственного университета — Высшей школы экономики состоялся «круглый стол», организованный Институтом правовых исследований Государственного университета — Высшей школы экономики и факультетом права. Тема «Властное усмотрение и право» вызвала большой интерес у пришедших на семинар студентов, аспирантов и преподавателей факультета права, сотрудников Института правовых исследований, а также гостей из Верховного Суда РФ, Адвокатской палаты г. Москвы, Министерства юстиции РФ и «Деловой России». Этой проблемой Институт правовых исследований занимается на протяжении последних лет. Уже вышла в свет коллективная монография «Проблемы правоприменения», завершается работа над следующей коллективной монографией, посвященной различным аспектам эффективности законодательства в экономической сфере.

Заседание «круглого стола» открыл декан факультета права Е.Н. Салыгин, отметивший особую актуальность этой темы в современных условиях. Директор Института правовых исследований Государственного университета — Высшей школы экономики Ю.А. Тихомиров определил соотношение властного усмотрения и права как одну из самых острых и стержневых задач развития правовой сферы как в прошлом, так и на сегодняшний день. На данный момент проблему еще более обостряют коррупционный бум и принятие большого количества нормативных актов.

Властное усмотрение существует в двух формах: административное усмотрение и судебское усмотрение. У его истоков лежит корневая проблема юридической сферы — разграничение методов публичного и частного права. Этой проблеме уделяли большое внимание великие российские юристы XIX в. В конце XX в. эту тему глубоко изучал В.С. Нерсесянц; его ключевым тезисом стали знаменитые слова: «право как мера свободы». В условиях сегодняшнего дня чрезвычайно важно понять, что представляет собой правопонимание, порождающее проблему властного усмотрения.

По мнению Тихомирова, в нашем правосознании доминантой по-прежнему является командное управление. Поскольку административное усмотрение есть мотивированный выбор правомерного решения в пределах соответствующей компетенции, управлению должен быть присущ маневр, и детальная регламентация может оказаться в данной ситуации не очень удобной. Административному **усмотрению по закону** на сегодняшний день приходится сталкиваться с рядом трудностей. Налицо парадокс прижившихся в нашем обществе понятий. Используемые на федеральном уровне не всегда верные формулы приживаются в регионах, а однолинейное использование альтернатив, по мнению Тихомирова, оказывает плохое воздействие на бизнес. Поэтому здесь очень важно точно определить меру

решения вопроса. У нас на сегодняшний день явно не хватает процессуальных или процедурных норм. Так, уже принято около 350 регламентов, но во многих актах по-прежнему отсутствуют процедурные моменты. Помимо этого действует большое количество коррупционных факторов, и было бы уместно вспомнить о том, что в свое время силами Г.А. Сатарова, М.А. Краснова и других ученых была разработана методика для антикоррупционной экспертизы.

Усмотрение не по закону представляет собой другой феномен, иногда называемый административным барьером. В случае действия этого феномена удлиняются сроки принятия решений, запрашиваются документы, делаются намеки о необходимости компенсаторных механизмов, возникают теневые договоренности. Что делать в таких случаях — вопрос непростой, ибо у нас на сегодняшний день в запустении пребывает теория правового регулирования. Чрезвычайно важно определить грани соотношения закона и подзаконного акта. Увы, но качество ряда актов очень невысокое, масса ошибок допускается при разработке концепций законопроектов. Нуждается в пристальном внимании и сфера регламентации.

Б.А. Горохов (Верховный Суд РФ) в своем выступлении отметил, что, с его точки зрения, наиболее интересным является то, как выглядит проблема судебного усмотрения изнутри. Когда судья работает над конкретным делом, он должен поделиться с законодательством, изучить фактические обстоятельства дела и применить необходимые в данном случае нормы. Большие проблемы возникают, если закон не устанавливает пределы для усмотрения суда, в особенности это касается случаев определения размера компенсации причиненного морального вреда. Подобные нормы есть только в Трудовом кодексе РФ.

Одним из любопытных последних know-how в сфере правового регулирования трудовых отношений является установление в трудовом договоре обязательности компенсации морального вреда в очень крупном размере в случае расторжения договора. Суд в таких случаях оказывается перед дилеммой: руководствоваться положениями трудового договора или действовать в пределах судебного усмотрения? По идее, здесь должен действовать конституционный принцип недопустимости злоупотребления правом. Судейское усмотрение не должно противоречить и нормам материального права. Любопытным представляется опыт Германии, где суды руководствуются принципом, согласно которому только истец может определить размер компенсации причиненного ему морального вреда. По мнению Горохова, в России основная роль суда общей юрисдикции в гражданском процессе — это функция социального партнерства. Суд должен вести себя активно и всеми силами подвигать стороны к достижению компромисса. В этой ситуации усмотрение суда должно быть направлено на достижение компромисса любой ценой.

Есть две ветви власти, озабоченные четкостью определения границ выбора: исполнительная и судебная. Специфика статуса суда состоит в том, что суд не вправе уклониться от вынесения решения по делу. Было бы хорошо, если бы в аналогичное положение были бы поставлены органы исполнительной власти. Нельзя также забывать, что за государственными органами стоят живые люди. Мало создать хороший закон и процедуру, требуются также квалифицированные кадры, не боящиеся принимать решения. Эффективные гарантии судебской независимости представляют собой один из механизмов обеспечения законности — дабы судебское усмотрение не обернулось судебским произволом.

Т.Г. Моршачова (судья Конституционного Суда РФ в отставке, заведующая кафедрой факультета права Государственного университета — Высшей школы экономики) согласилась с Б.А. Гороховым, отметив, что его последний тезис яв-

ляется самым главным. Судейское усмотрение не ограничивается определением санкции и правовых последствий — помимо этого судья должен совершить выбор подлежащей применению нормы. Судейское усмотрение в сфере выбора правовой нормы — это очень важная проблема, непосредственно связанная с толкованием права. Судейскому усмотрению зачастую противопоставляется единство судебной практики. Но, по мнению Морщаковой, эти два явления нельзя рассматривать в отрыве друг от друга. Очень большая роль в ограничении произвола принадлежит тексту закона, и совершенно особая роль — правоприменителю, сиречь — суду.

Судья, применяя закон, следует официальному толкованию. Но у судьи есть и право, и обязанность контролировать содержание закона в процессе правоприменения. По-прежнему сохраняет ключевые позиции вопрос, что важнее: закон или приказ начальства? В судебной функции недостаточно подчеркнуты полномочия суда в сфере проверки содержания применимого права. Именно поэтому нельзя лишать судью такого элемента судейского усмотрения, как проверка содержания закона, — ведь функция судейского толкования применимого права необычайно важна. Судейское усмотрение в области толкования правовой нормы — это верный путь к исправлению судебной практики и уходу от практики единообразной, но неверной. Самое главное: судейское усмотрение не может существовать в правовой системе с такой парадигмой, которая не исключает ответственность за содержание решения.

Заведующий кафедрой трудового права факультета права Государственного университета — Высшей школы экономики В.П. Орловский в своем выступлении отметил, что очень многое зависит от властных полномочий работодателя. Существующие на сегодняшний день широкие полномочия профсоюзов в сфере локального нормотворчества, на его взгляд, совершенно излишни. Властные полномочия работодателя должны осуществляться в строгом соответствии с принципом недопустимости злоупотребления правом. В связи с этим было бы целесообразно внести в Трудовой кодекс РФ статью, аналогичную ст. 10 Гражданского кодекса РФ.

Член Адвокатской палаты г. Москвы М.Л. Ракита полностью согласилась с Б.А. Гороховым и Т.Г. Морщаковой и отметила, что без судейского усмотрения в принципе невозможно судебная деятельность. Если судья загнан в прокрустово ложе формальных соображений, невозможно рассчитывать на вынесение справедливого решения. Попытки ограничить судейское усмотрение не позволят следовать по пути демократизации судебной деятельности. При этом определенную негативную роль играет попытка обеспечения единства судебной практики силами высших судебных инстанций. В особенности это касается арбитражных судов. Что же касается судов общей юрисдикции, здесь судьи при наличии лакун в материальном праве должны были бы более эффективно действовать в рамках судебного усмотрения.

Представлявший Министерство юстиции РФ Д.Е. Карманов в своем выступлении обратил внимание на проблему властного усмотрения при осуществлении административного регулирования. Он сформулировал позицию Министерства, согласно которой при осуществлении регулирования соответствующий орган должен иметь прямое полномочие на издание соответствующих видов актов. Федеральные органы исполнительной власти не вправе устанавливать полномочия государственных органов и органов местного самоуправления, не предусмотренные федеральным законодательством, а также ограничивать реализацию прав и свобод граждан. Наиболее характерными нарушениями компетенции органов исполнительной власти являются нарушения по формуле в праве, а также отсутствие или неопределенность сроков и оснований принятия решений. Сегодняшняя тенденция правового регулирования — это детальная регламентация оснований и условий принятия решений органами исполнительной власти.

Преподаватель кафедры международного частного права факультета права Государственного университета — Высшей школы экономики А.Ю. Иванов выступил с утверждением, что административные органы порой принимают решения вопреки праву, при этом правовая система и органы исполнительной власти выступают как оппоненты. Такое положение вещей обусловлено безразличным отношением к праву. Использование властных полномочий следователя в уголовном процессе порой переходит в открытый произвол (в частности, в сфере принятия обеспечительных мер в отношении доказательств). Очень часто лица, наделенные властными полномочиями, действуют вне пределов правового поля.

Ю.Г. Арзамасов, профессор кафедры теории права и сравнительного правоведения Государственного университета — Высшей школы экономики, в своем выступлении отметил, что проблема властного усмотрения заключается, прежде всего, в том, что без него нельзя обойтись, когда нужно оперативно, быстро принимать управленческое решение, связанное с подготовкой правоприменительного акта. При этом правоприменитель должен опираться не на норму права, а на общие принципы права, идеалы добра и справедливости. Однако, с другой стороны, властные усмотрения могут привести и к отрицательным для граждан, а в результате — и для социума негативным последствиям (коррупции, злоупотреблениям правом). В последнем случае властные усмотрения приносят значительный и неизмеримый вред, поскольку наносят удар по формированию правового сознания граждан.

Такая опасность проявления коррупции содержится в самой природе исполнительной власти, которая часто тяготеет к целесообразности в ущерб законности. Это полбеды, когда чиновник действует только в интересах своего ведомства и сначала принимает рациональное, на его взгляд, управленческое решение, а уже потом обращает внимание на нормы Конституции РФ, федеральных конституционных законов, федеральных законов и указов Президента РФ. Особая опасность заключается в том, что чиновники, иной раз попирая различные по органам принятия, формам и содержанию нормы права, осуществляют властные усмотрения только в своих меркантильных интересах. Такая деградация их правового сознания отражается на работе всего государственного аппарата.

Из этого следует, что властные усмотрения можно подразделить на позитивные и негативные.

В сегодняшних условиях борьбы с коррупцией — этим асоциальным явлением, подрывающим авторитет публичной власти, — большие надежды Президент и Правительство РФ, Министерство юстиции, Генеральная прокуратура и другие правоохранительные органы возлагают на коррупциогенную экспертизу проектов нормативных правовых актов и иные превентивные меры (например, принятие административных регламентов, которые четко, пошагово определяют процедуру работы с документами и, на первый взгляд, сдерживают коррупционные проявления). С другой стороны, слишком детальная регламентация отношений в обществе является признаком не правового государства, к построению которого стремится наше общество, а полицейского, где унижают граждан, возлагают на них не предусмотренные законом запреты и обязанности.

Однако у чиновников в арсенале остается и такой коррупционный прием, как возвращение документов, имеющих отдельные незначительные юридические погрешности. В этом отношении идеальным вариантом решения данной проблемы будет введение электронного документооборота. Например, при выдаче различных лицензий и иных разрешений заинтересованное лицо по электронной почте мо-

жет направить на нужный адрес пакет необходимых и четко указанных документов либо загрузить документы в специальный терминал и получить долгожданную лицензию. Идея введения такого документооборота актуальна, поскольку она соответствует положениям программы «Электронная Россия».

Что касается судейского усмотрения, то лишить судью такого права полностью не представляется возможным. В связи с этим следует говорить о нормативном установлении пределов судейского правового усмотрения. В частности, в целях предотвращения коррупции федеральному законодателю следует внести изменения в УК РФ и КоАП РФ, заменив, где это возможно, относительно определенные санкции на абсолютно определенные, чтобы у судей не было соблазна брать взятки, назначая преступникам и иным правонарушителям минимальное наказание.

Таким образом, в работе лиц, занимающих высшие государственные должности, а также государственных и муниципальных служащих должен действовать принцип правового государства: «Дозволено только то, что разрешено законом!».

А.В. Нестеров, профессор кафедры судебной власти факультета права Государственного университета — Высшей школы экономики, отметил, что коррупция в нашей стране приняла системный характер, и чиновники имеют возможность легально извлекать административную ренту. Выход может быть предложен следующий: легитимизировать правила юридической техники, принять закон о нормативных правовых актах, а также наладить ситуацию с правоисполнением и ответственностью руководителей.

Подводя итоги «круглого стола», Ю.А. Тихомиров отметил, что наше слабое место — это теория правосознания. Необходимо найти соотношение юридического мышления, правосознания и правовой культуры.