Михаил ПРЕСНЯКОВ

ДИСКРЕЦИОННЫЕ ПОЛНОМОЧИЯ И ПРАВОВАЯ ОПРЕДЕЛЕННОСТЬ

В статье рассматривается проблема границ правоприменительного усмотрения с целью обеспечения правовой определенности российского права и правоприменительной практики. Отдельно автор выделяет проблему ограничения правотворческого усмотрения.

The problem of borders of law-enforcement discretion for the purpose of ensuring legal definiteness of the Russian right and law-enforcement practice is considered in the article. The author singles out a problem of restriction of a law-making discretion.

Ключевые слова:

правовая определенность, качество закона, дискреционные полномочия, правоприменительное усмотрение, правотворческое усмотрение; legal definiteness, quality of law, discretion, law-enforcement discretion, law-making discretion.

Проблематика, связанная с критериями допустимости правоприменительного усмотрения, достаточно широко обсуждается в литературе. При этом высказываются различные точки зрения по поводу роли правоприменительного усмотрения. Некоторые авторы полагают, что усмотрение – следствие несовершенства законодательной техники, которое вступает в противоречие с принципом законности[1]. В этом смысле к неопределенности текста приводит использование метафор, афоризмов, оценочных категорий, т.е. так называемой художественной образности[2]. Именно поэтому язык закона такой сухой и формализованный, лишенный каких-либо литературных изысков. Например, Т.Г. Даурова пишет, что «введение в понятие "недобросовестная конкуренция" весьма неопределенных критериев – "добропорядочность", "разумность", "справедливость", – содержание которых не раскрывается ни в одном нормативном акте, способно лишь серьезно осложнить борьбу с этим явлением»[3].

Другие авторы, напротив, полагают, что полное устранение усмотрения и оценочных понятий не только невозможно, но в ряде случаев и нецелесообразно[4]. Р.О. Опалев справедливо отмечает, что оценочные понятия права в большинстве случаев не столько создают неопределенность, сколько служат ее преодолению. Отказываясь от нормативного закрепления исчерпывающего перечня обстоятельств (например, уважительных причин пропуска процессуального срока, смягчающих вину обстоятельств и т.п.) и формулируя норму с использованием оценочных понятий («разумный срок», «уважительные причины» и т.п.), законодатель придает юридическое значение неограниченному кругу обстоятельств, возникающих или могущих возникнуть в реальной жизни. Это позволяет избежать правовых пробелов и обеспечить определенность правового регулирования.

Конституционный суд также неоднократно указывал, что использование в норме оценочных понятий не свидетельствует о неопре-

ПРЕСНЯКОВ Михаил Вячеславович – д.ю.н., профессор кафедры служебного и трудового права Поволжского института управления им. П.А. Столыпина – филиала РАНХиГС, г. Саратов

[1] Сахаров А.Б. Планирование уголовной политики и перспективы уголовного законодательства // Планирование мер борьбы с преступностью. – М., 1982, с. 9–10.

[2] Демин А.В. Налоговое право России : учебное пособие. – М. : РУМЦ ЮО, 2006.

[3] Даурова Т.Г. Эволюция российского антимонопольного законодательства // Законодательство и экономика, 2004, № 1, с. 74.

[4] Опалев Р. О. Оценочные понятия в арбитражном и гражданском процессуальном праве. – М. : Волтерс Клувер, 2008.

деленности ее содержания, поскольку разнообразие фактических обстоятельств делает невозможным установление их исчерпывающего перечня в законе, а использование законодателем оценочной характеристики преследует цель эффективного применения нормы к неограниченному числу конкретных правовых ситуаций[1].

Таким образом, уже здесь мы видим определенную антиномию правоприменительного усмотрения и правовой определенности. С одной стороны, необходимость правовой определенности требует ограничения пределов усмотрения правоприменителя, а с другой – позволяет применить норму к неограниченному числу конкретных правовых ситуаций, что, в конечном счете, позволяет избежать правовых пробелов и, соответственно, неопределенности правового регулирования. Бывший председатель Верховного суда, профессор Аарон Барак (Израиль) полагает, что «усмотрение – это полномочие, данное лицу, которое обладает властью выбирать между двумя или более альтернативами, когда каждая из альтернатив законна»[2]. Правоприменительное усмотрение в данном случае выступает в качестве способа применения закона. Еще в советской юридической литературе отмечалось, что закон всеобщ, а применение закона – творческая деятельность[3].

Л.Н. Берг, анализируя различные подходы к пониманию усмотрения в правоприменительном процессе, выделяет 3 основные позиции[4]. По мнению одних ученых (Д.Б. Абушенко, К.И. Комиссаров, А.П. Корнеев, О.А. Папкова), правоприменительное усмотрение представляет собой субъективное право выбора из возможных (законных) альтернатив. Другие исследователи делают акцент на социологической модели правопонимания, полагая, что усмотрение представляет собой выбор решения, основанного на субъективном восприятии обстоятельств дела и субъективном толковании правовых норм (Я. Зейкан, В.П. Казимирчук, В.Н. Кудрявцев). Наконец, третий подход основан на понимании усмотрения как специфического вида правоприменительной деятельности, который характеризуется интеллектуально-волевой направленностью на поиск оптимального решения по конкретному юридическому делу (В.Г. Антропов, А.Т. Боннер, Ю.П. Соловей).

На наш взгляд, в институциональном смысле этого слова усмотрение следует рассматривать как вид или способ правоприменительной деятельности, хотя, безусловно, нельзя отрицать и социокультурную обусловленность правосознания субъекта применения права. В таком понимании усмотрение правоприменителя не есть «неизбежное зло», которое обусловлено несовершенством правового регулирования, а само является правовым механизмом применения права. При этом устранение или сужение правоприменительного усмотрения может вступать в противоречие с конституционными принципами, в т.ч. с принципом справедливости. Например, Конституционный суд РФ неоднократно отмечал необходимость дифференциации и индивидуализации мер ответственности за правонарушение с учетом не только общественной опасности деяния, но и личности виновного в его совершении субъекта.

Так, в законе РФ «О применении контрольно-кассовых машин при осуществлении денежных расчетов с населением» (в настоящее время не действует) вместо «вилки» штрафов, которая позволяет индивидуализировать меры ответственности в зависимости от конкретных обстоятельств правонарушения, законодатель закрепил твердый размер штрафной санкции. В этой связи Конституционный суд на основе сформулированной им позиции отметил, что установление законодателем недифференцированного по размеру штрафа, невозможность его снижения не позволяют применять эту меру взыскания с учетом характера совершенного правонарушения, размера причиненного вреда, степени вины правонарушителя, его имущественного положения

[1] См.: Определение Конституционного суда РФ от 21.02.2008 № 120-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Яновича Максима Владимировича на нарушение его конституционных прав пунктом 1 статьи 1064, пунктом 1 статьи 1079 и абзацем вторым пункта 2 статьи 1083 Гражданского кодекса Российской Федерации». Документ опубликован не был // СПС «КонсультантПлюс».

[2] Барак А. Судейское усмотрение / пер. с англ. – М. : Норма, 1999, с. 13.

[3] Лазарев В.В. Социально-психологические аспекты применения права. – Казань, 1982, с. 49.

[4] Берг Л.Н. Судебное усмотрение и его пределы: общетеоретический аспект : автореф. дис. ... к.ю.н. – Екатеринбург, 2008, с. 17–18.

и иных существенных обстоятельств деяния, что нарушает принципы справедливости наказания, его индивидуализации и соразмерности[1]. Сужение сферы правоприменительного усмотрения в данном случае означало бы невозможность назначения справедливого наказания в зависимости от совокупной оценки всех обстоятельств дела.

Нельзя не отметить, что ряд проблем в этой сфере связан, на наш взгляд, с отсутствием закрепленной обязанности компетентного органа принять тот или иной нормативный правовой акт до момента принятия соответствующего закона. Как справедливо отмечается некоторыми авторами, невозможно осуществить право, о котором сказано, что оно осуществляется в «установленном законом порядке», а этот порядок законом еще не установлен, равно как нельзя наказать нарушителя запрета, если сказано, что правонарушение «карается по закону», но соответствующий закон еще не принят[2].

Представляется, что здесь следует разграничивать две ситуации. В одной ситуации конкретный орган государственной власти, действуя на основании и во исполнение закона (Конституции РФ, подзаконного нормативного акта), путем собственной нормотворческой деятельности оказывается обязаным урегулировать соответствующие общественные отношения. В другой, – реализуя предоставленные ему полномочия, этот орган вправе осуществлять нормативное регулирование в определенной сфере. В последнем случае речь, как правило, идет о закреплении специальных норм по отношению к общим нормам, определенным законом или подзаконным актом. Так, например, Таможенный кодекс РФ, устанавливая общий срок временного ввоза товаров (2 года), предоставляет правительству РФ право предусматривать более короткие или более продолжительные предельные сроки для отдельных видов товаров. Если правительством РФ подобный нормативный правовой акт принят не будет, то это не создаст лакуны в правовом регулировании соответствующих отношений, поскольку будут действовать общие нормы, установленные законом.

Иная ситуация складывается, если подобным нормативным правовым актом непосредственно должен быть установлен порядок реализации прав граждан либо регулирования каких-либо общественных отношений. В этой ситуации принятие нормативного правового акта следует рассматривать в качестве обязанности, невыполнение которой создает неопределенность правового регулирования и препятствует осуществлению гражданами предоставленных им прав.

Приходится отметить, что отмеченное выше отличие не всегда осознается в нормотворческой (в т.ч. законодательной) деятельности. В некоторых случаях закон использует формулировки «может быть установлен», «может приниматься» и т.п. в отношении важнейших с точки зрения практической реализации того или иного субъективного права нормативных правовых актов.

Чаще всего отсутствие обязывающего характера нормы, предписывающей принятие того или иного нормативного правового акта, бывает неявным. Например, в той или иной форме закрепляя обязанность урегулировать соответствующие отношения, законодатель, как правило, не устанавливает конкретных сроков. Ярким примером негативных последствий подобного положения дел является ситуация, сложившаяся в сфере пенсионного страхования. Так, ст. 9 Федерального закона от 17 декабря 2001 г. № 173-ФЗ «О трудовых пенсиях в Российской Федерации» устанавливает, что в случае если смерть застрахованного лица наступила до назначения ему накопительной части трудовой пенсии по старости, средства, учтенные в специальной части его индивидуального лицевого счета, выплачиваются в установленном порядке его родственникам (либо иному лицу на основании заявления застрахованного). Упомянутый порядок таких выплат, согласно ст. 38 Федерального закона от 24 июля 2002 г. № 111-ФЗ «Об инвестировании средств для финансирования накопительной части трудовой пенсии в Российской Федерации», должен закрепляться соот-

---

[1] Постановление Конституционного суда РФ от 12.05.1998 № 14-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений абзаца шестого статьи 6 и абзаца второго части первой статьи 7 Закона Российской Федерации от 18 июня 1993 года "О применении контрольно-кассовых машин при осуществлении денежных расчетов с населением" в связи с запросом Дмитровского районного суда Московской области и жалобами граждан» // СЗ РФ, 1998, № 20, ст. 2173.

[2] Теория государства и права : учебник / под ред. М.Н. Марченко. – М., 2004.

ветствующим постановлением правительства РФ. Обратим внимание, что в этом случае законодатель использует термин «устанавливается», что, по всей видимости, имеет обязывающий для правительства РФ характер. Однако, несмотря на то что указанная обязанность была предусмотрена названным федеральным законом еще в 2002 г., правила выплаты Пенсионным фондом РФ были утверждены правительством РФ только в ноябре 2007 г. Таким образом, предоставленное федеральным законом гражданам право не обеспечивалось в течение 5 лет. Пенсионный фонд РФ, отказывая в соответствующих выплатах, ссылался именно на отсутствие «установленного порядка».

Наконец, самой серьезной причиной правовой неопределенности в рассматриваемом аспекте является отсутствие какой-либо ответственности соответствующего органа государственной власти или органа местного самоуправления за неисполнение обязанности по принятию нормативного правового акта даже в том случае, когда такая обязанность прямо предусмотрена законом. Гораздо сложнее обстоит дело, когда речь идет о принятии нормативного правового акта высшими органами государственной власти или представительным органом местного самоуправления. Решение данной проблемы, на наш взгляд, должно осуществляться двумя путями.

Во-первых, если нормативный правовой акт должен быть принят в силу прямого указания закона, в самом законе могут предусматриваться определенные негативные последствия неисполнения данной обязанности (своего рода обеспечительные меры). Примеры таких обеспечительных мер в современном правотворчестве крайне редки. В частности это относится к возложенной на органы местного самоуправления обязанности разработать и принять правила землепользования и застройки. В этой связи Федеральный закон от 25 октября 2001 г. № 137-ФЗ «О введении в действие Земельного кодекса Российской Федерации» установил, что с 1 января 2010 г. при отсутствии правил землепользования и застройки предоставление земельных участков для строительства из земель, находящихся в государственной или муниципальной собственности, не осуществляется. Иными словами, эта норма блокирует муниципальному образованию основной способ распоряжения земельными участками при отсутствии правил землепользования и застройки.

Другой путь нормализации правотворческого процесса видится в совершенствовании механизма сдержек и противовесов между различными ветвями власти. В этой связи нам представляется целесообразным разработать в рамках действующего законодательства механизм «понуждения к законотворчеству» со стороны Конституционного суда РФ, а также со стороны уставных судов РФ. Статья 79 Федерального конституционного закона от 21 июля 1994 г. № 1-ФЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» предусматривает обязанность уполномоченного органа принять нормативный правовой акт не только в случае признания этого акта противоречащим Конституции РФ, но и при выявлении Конституционным судом РФ необходимости устранения пробела в правовом регулировании.

Однако по общему правилу Конституционный суд РФ воздерживается от вторжения в компетенцию законодателя в вопросах заполнения пробелов. В некоторых случаях Конституционный суд РФ, действуя по принципу: «когда не вмешаться нельзя», может признать пробельный закон нарушающим конституционные права с учетом оценки особенностей конкретных правоотношений и состава участвующих в них субъектов. Как правило, Конституционный суд ограничивается «пожеланиями» законодательной конкретизации той или иной нормы.

На наш взгляд, решению этих и многих других проблем способствовало бы принятие федерального закона «О нормативных правовых актах в РФ», направленного на повышение эффективности правотворческой деятельности в Российской Федерации. В законе необходимо закрепить четкую иерархию законов и подзаконных актов в зависимости от их юридической силы, а также установить конституционно-правовую ответственность законодательных и иных правотворческих органов за осуществляемую ими нормотворческую деятельность.