Правоприменение: от эпизодичности к целевой результативности

ТИХОМИРОВ Юрий Александрович, заместитель заведующего Центром публично-правовых исследований Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, директор Института правовых исследований НИУ «Высшая школа экономики», доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации

117218, Россия, г. Москва, ул. Большая Черемушkinsкая, 34

E-mail: utikhomirov@hse.ru

В сложном и динамичном процессе правового регулирования особая роль принадлежит правоприменению. Речь идет о механизме обеспечения системного воздействия права на социально-экономические и иные процессы. Однако до сих пор в понимании такого явления преобладает «ситуационно-санкционный» подход, отражаемый в концепциях и в общественной практике. В статье предпринята попытка провести анализ права как публичного способа опережающего отражения действительности с помощью системного механизма правового воздействия на процессы и явления. В этом механизме выделены юридико-поведенческий, институциональный, регулятивный, контрольный, аналитико-оценочный элементы, связанные между собой. Целевая ориентация такого механизма способствует достижению конечных результатов и нового правового состояния. Новый подход позволяет обеспечить корреляцию между целями, правовыми регуляторами и конечными результатами.

Ключевые слова: право, правоприменение, поведение, регулирование, институты, риски, отклонения.

Law Enforcement: from Episodic to the Target Performance

Yu. A. TIKHOMIROV, doctor of legal sciences, professor, honored scientist of the Russian Federation
The Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation
34, Bolshaya Cheremushkinskaya st., Moscow, Russia, 117218
E-mail: utikhomirov@hse.ru

In a complex and dynamic process of legal regulation of a special role belongs to law enforcement. It is a mechanism to ensure the systemic exposure of law to socio-economic and other processes. Nevertheless up to now the “situational-sanction” approach prevails in understanding of this phenomenon and it is reflected in the conceptual and social practices. The article attempts to carry out an analysis of law as a public method of anticipatory reflection of reality by means of a systematic mechanism of legal influence on the processes and phenomena. In this mechanism the interconnected legal and behavioral, institutional, regulatory, supervisory, analytical and evaluative elements are highlighted. The target orientation of this mechanism contributes to the achievement of outcomes and a new legal condition. The new approach allows for the correlation between aims, regulators and legal outcomes.

Keywords: law, law enforcement, behavior, regulation, institutions, risks, deviation.

DOI: 10.12737/23702

Доктрина: традиции и новый подход. Современная общественная ситуация побуждает искать пути эф-

фективного государственно-правового воздействия на поведение людей и общественные процессы. Занима-

ясь немало лет юридической наукой, мы можем уверенно заявлять, что самое интересное — это поиски неизвестного. Загадки правовой сферы таковы, что мы едва ли сможем раскрыть до конца те механизмы, которые приводят в движение и юридическую мысль, и правовые нормы, и многообразные действия, и функционирование институтов, которые зависят от нашей социальной реальности¹.

Последние 50 лет характеризуются тем, что увеличивается количество нормативных правовых актов. Даже в международном праве в настоящее время имеется не менее 15 видов актов. То же самое наблюдается в национальном праве: новые нормативные правовые акты принимаются даже в тех сферах, где до этого их не было (техническое регулирование, информационные технологии и др.). Многослойное регулирование давит. Поэтому правоприменение сегодня остается сложной задачей для всех стран. Не стоит думать, что это проблема прежде всего работников полиции, прокуратуры и судов, поскольку на них падает тяжелое бремя преодоления нарушения законности. Все субъекты права — участники правоприменения.

Человек так устроен, что ему хочется иметь какую-то разгадку для решения сложных вопросов. Но действительность другая, и приходится искать ответы на вопросы: что представляет собой явление правоприменения и каким образом можно оценить его в современном мире? В России и за рубежом сложилось устойчивое представление о правоприменении как процессе реагирования на отдельные законы. Хорошо отшлифованы методики оценки действия актов, а также действий ис-

полнительных органов подсчета выделенных средств.

Однако существует привычка узко смотреть на процесс правоприменения, и это имеет многократные исторические подтверждения. Наполеон в одной из последних своих записок (опубликована в книге «Мемориал 1812 года») указал на 15 своих ошибок, допущенных при походе против России. Отметим четыре ошибки военного порядка, но по меньшей мере 10 ошибок — это просчеты при заготовке продовольствия, фуража и т. п. Наполеон не предусмотрел, что в России плохие дороги, не ожидал, что русские так хорошо умеют драться.

Если совершить переход из XIX в. в XXI в., то можно проследить, что немалая часть великолепно приготовленных правовых актов остается нереализованной. Некоторые государственные реформы пока не имеют хороших результатов. Мы ожидаем, что будет какая-то перемена к лучшему, а ее по-прежнему нет. Юридически кажется, что наука здесь тоже заняла инерционную позицию, хотя должна опережать практику.

Отрадно, что В. Н. Кудрявцев и Г. В. Мальцев пытались обновить подходы к праву, но и сейчас оно рассматривается как пассивный отражатель реальности, как сугубо «текстовой» регулятор. По нашему мнению, право выступает универсальным способом опережающего отражения действительности и достижения намеченных целей.

Нужна более современная трактовка права, поскольку в фокусе внимания находится не один закон. Пока не удастся понять, как движется вся правовая система. Она описана в конституционных контурах, и можно выделить несколько аспектов.

Разумеется, надо менять подход к праву, поскольку его понимание прежде всего как жесткого орудия власти не означает, что право сегодня потеряло эту функцию. Право — это единственный инструмент обще-

¹ См., например: Научные концепции развития российского законодательства / отв. ред. Т. Я. Хабриева, Ю. А. Тихомиров. М., 2015; Тихомиров Ю. А. Современное публичное право. М., 2008.

обязательной «связанности» людей. Не случайно у русских юристов была формула: «государство — есть союз людей на основе права», что не только отражает договорные теории, но и служит укреплению социальных основ государства и механизма регулирования.

Право — открытая система. Для глубокого правопонимания нужно исходить из того, что право сосуществует, соперничает с другими социальными нормами: политическими, религиозными, нормами морали, нормами обычаев, традициями, наконец, технико-юридическими нормами. Право поддерживает, противоборствует, признает другие нормы. Оно должно предвидеть, как «встречаться» с этими нормами в процессе правотворчества и правоприменения. Но когда мы ортодоксально считаем, что доктрина верховенства права пролагает основные пути, то мы выступаем как правовые идеалисты, которые считают: если есть нормативная формула, то она сработает. Поэтому, наверное, сам факт принятия закона до сего дня считается началом магического действия. Но так ли это? Право — открытая система, и для правоприменения этот спектр связи права с иной социальной нормой очень важен.

Другой аспект — признание в механизме правоприменения строгой системности. Известно, как «проходят» законы. В законопроектной комиссии, «головное» министерство докладывает, что дополнительных средств не требуется. Проект продвинулся, но через три месяца выясняется, что нет движения ввиду нехватки средств. Это хитроумная уловка, которая слишком очевидна.

Но системность поедполагает использование разных способов: здесь и юридическая, и экономическая науки, политология, социология, психология. Важно также учитывать роль государственных и общественных институтов. Ведь около 30 лет назад у нас стала господствовать концепция права как абсолют-

ной ценности, которая возникает из недр общества, и только с этим соотносится все остальное. А органы, институты, учреждения, бизнес, организации, поведение людей где-то рядом.

Системность правоприменения должна быть освоена более глубоко, иначе картина будет неполной. Для правоприменения в таком смысле нужно еще учитывать, что оценивать право только в ракурсе правовых актов нельзя, поскольку право многогранное, многоемкое явление, которое требует очень сложных и не всегда понятных действий.

Полагаем возможным предложить такую конструкцию правоприменения, которая включает несколько взаимосвязанных элементов: а) поведенческий; б) регулятивный; в) институциональный; г) контрольно-корректирующий; д) оценочный.

Нормы и поведение. Никакие нормы не могут действовать сами, потому что человек — хитроумное существо, всегда защищается нормами саморегуляции, нормами, которые вытекают из обычаев и традиций, а также нормами религиозными.

Поведенческий элемент в праве очень важен. Это умение освоить постулаты и концепции, а они, в свою очередь, меняются. Мы не всегда улавливаем длительное действие кодексов, правовых конструкций и доктрин. Мнения и позиции меняются. Приведем такую иллюстрацию: через два года в г. Фукуока (Япония) состоится очередной конгресс Международной академии сравнительного права. Любопытно, как выбирается повестка дня этого конгресса. Одна тема для тех, кто занимается уголовным правом, судостроительством. Запланирована секция административного права «Уважение к исполнительной власти в судебной практике». Значит, такой акцент нужно делать и в нашей правоприменительной практике и доктрине.

Обратимся к конституционному праву, в котором одна традиционная тема: «Формальные и неформаль-

ные изменения Конституции», и далее: «Применение правового плюрализма и конституционализма: новые векторы теории права».

Все это заставляет искать серьезные корректировки наших теоретических концепций, которые должны быть взяты на вооружение.

Но существует еще и много поведенческих отклонений. Например, в книге «Правовые модели и реальность»² авторы доказали, что есть не только негативные, неприятные отклонения от нормы, но и позитивные. На первый взгляд такое утверждение парадоксально, но это так. Добавим сюда и сюжеты о разных социально-правовых ролях людей, их статусах и притязаниях.

Еще один элемент механизма, являющийся одним из самых важных и привычных, — это регуляторный блок. Здесь кроме вечной темы «закон и подзаконный акт» очень много неясного. Если анализировать современную практику, то ведомственные акты зачастую нарушают законодательные акты³. Административные акты на основе усмотрения подчас развиваются в своем правовом пространстве, особенно оперативные указания и устное решение любого содержания.

В феврале 2016 г. в Центральном доме ученых с докладами выступали известные адвокаты. Один из них пояснил: даже распоряжки тюрем часто таковы, что они идут в лобовое столкновение с Уголовно-процессуальным кодексом. Для автора настоящей статьи это было удивительно слышать. Это противодействие законодательных, ведомственных и локальных норм мы почти не видим. Но эти акты «творят» право и беззаконие. Здесь существует

несколько любопытных ситуаций. Не кажется ли странным, что иногда мы слышим: «Следственный комитет предъявил обвинение К.». Но ведь было известно, что К. совершал неблагоприятные поступки, злоупотреблял служебным положением. Возникло явление, которое автор настоящей статьи назвал «допустимая неправомомерность». И вот когда кто-то скажет: «Да, это плохо», тогда это легально, в официальном порядке признается неправильным, неправомомерным. Мы иногда либеральничаем и проявляем снисходительность друг к другу, либо к тому, что происходит, невнимательно оцениваем, либо считаем, что тот, кому положено, скажет и даст команду.

И вот еще наблюдение — экономисты состязаются друг с другом, кто больше поразит неформальную экономику. Юристы очень деликатны в этом отношении. И признают право формальное и неформальное, теневое право. Об этом писал В. М. Баранов и другие авторы. Но здесь ведь тоже любопытное явление. Неформальное право как-то фиксируется: это протоколы, устная договоренность.

Подчеркнем: поиск меры правового регулирования связан не только с интересами граждан и юридических лиц, но и с действием других социальных норм, которые то сближаются, то противостоят с правовыми нормами. Отсюда разное отношение к теневому праву и к нормам позитивной направленности, соотношение правомерного, нейтрального и противоправного поведения. Акцент на первый вид — в повестке дня. В этом плане показательны Рекомендации МОТ о переходе от неформальной к формальной экономике (2015)⁴.

² См.: Правовые модели и реальность / О. А. Акопян, Н. В. Власова, С. А. Грачева и др.; отв. ред. Ю. А. Тихомиров и др. М., 2014.

³ См.: Талапина Э. В. Теория административных актов: к проекту закона о государственном управлении // Законы России. 2016. № 9.

⁴ См.: Лапаева В. В. Право и политика. М., 2009; Баранов В. М. Теневое право. Н. Новгород, 2002; В тени регулирования. Неформальность на российском рынке труда / под ред. В. Е. Гимпельсона, Р. И. Капелюшニコва. М., 2014.

Регулятивная неформальность должна быть без этого движения, и реализация здесь будет встречать сопротивление.

Нужно в полной мере оценивать роль программных актов типа стратегий, концепций модельных законов и примерных правил. Однако пока они не находят места среди привычных правовых актов.

Регулятивный блок включает совершенно новое явление последних 50 лет — это органическая связь между нормами национального регулирования и нормами международно-правового регулирования. Это фундаментальнейшая тема, и здесь очень много непривычного.

Если можно оценить действия закона, то как оценить действие международно-правовых регуляторов? Не только конвенций и хартий, но и достигнутых на международных форумах договоренностей. Здесь существует своеобразная трехступенчатая реализация норм: международные, переходные в национальные и национальные, где в итоге и должен проявить себя заряд, который идет сверху⁵.

Обеспечивающие институты. «Вокруг» права действует много институтов, органов, процедур, выборов и т. п. Но все-таки есть одна очевидная слабость в управлении государственными делами. Государственное управление оказалось довольно запущенным. Зачастую поспешно копируются зарубежные разработки. Административные регламенты, измерения эффективности, есть “Good governance”. Но что делают теперь министерства? В Минэкономразвития России издан приказ о переходе к проектному управлению. Программно-целевое

управление известно давно. Потом появилось управление по результатам. Но само госуправление пока не встраивается как управление, идущее в русле права, социально-экономического процесса. Преобладают контроль и отчетность, и мало прогнозно-аналитических действий.

Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ проводил исследования в регионах. Было выявлено, что указ и распоряжение губернатора области ценятся больше, чем областной закон, и даже больше, чем федеральный закон. Налицо квазиподзаконность. Госуправление действует где-то рядом, хотя, по сути, это классическая доктрина, которая сегодня должна иметь особый смысл для стратегического развития страны. Готовится серия проектов законов, которые могут поднять качество государственного управления.

Говоря об институтах правоприменения, нельзя оставлять в стороне институты бизнеса, потому что это активный игрок на экономическом и социальном поле. Любопытно, как бизнес реагирует на правовые акты. Здесь есть психологические, социологические и экономические аспекты. Существует такая «избирательность»: я буду брать из массы законов то, что мне выгодно. К трудовым законам отношение безразличное. Трудовых договоров, контрактов немного, но отношение к ним скорее плохое, чем уважительное.

В то же время бизнес активно занят и правотворчеством, и правоприменением. Некоторые крупные корпорации имеют департаменты законопроектной работы и службы, которые анализируют действие законов. Так, Ассоциация «Опора России» анализирует реализацию законов в сфере предпринимательства.

Институты гражданского общества тоже должны быть активны в орбите правоприменения, сейчас они довольно пассивны. Вместе с Минюстом России мы проводили исследования участия институтов гражд-

⁵ См., например: *Нешатаева Т. Н.* Действие актов Евразийской экономической комиссии и суда Евразийского экономического союза в национальных правовых порядках государств — членов Евразийского экономического союза // *Российское правосудие*. 2016. № 9.

данского общества в преодолении коррупции. Однако нам так и не удалось понять, что здесь реально делают гражданские институты.

Как граждане реагируют на исполнение законов, на отношение к праву? Картина здесь пока не меняется в лучшую сторону, к сожалению. Люди играют разные социально-правовые роли. Притязают на что-то, выходят за пределы своего статуса. Проблемы социально-правовых ролей актуальны и почти не исследованы в юридической науке. Каждый действует так, как ему хочется. Но отсюда отношение и к публичным институтам в обществе, и к актам, которые они издают. Приведем социологические данные Института социологии. Социологический опрос (март — апрель 2016 г.) о доверии к институтам общества и государства показал: доверие к президенту — 72%; парламенту — 22%; армии — 67%; правительству — 30% (а было 43%); полиции — 29% (а было 21%); суду — 22% (а было 11%); региональным властям — 30%; церкви — 47% (а было 55%); телевидению — 35%; прессе — 30%; партиям — 12%.

Институциональный элемент виден там, где действуют субъекты права, и тут нужны дополнительные усилия.

Ресурсный элемент правоприменения включает несколько сюжетов: нужны компетентные кадры, нужно иметь имущество, финансы, инфраструктуру.

Выделим контрольно-коррекционный элемент. Здесь важны правовой мониторинг и то, что связано с проблемой контроля и надзора. Готовится проект закона об основах государственного и муниципального контроля. Подобный документ готовился почти 30 лет назад, и функциональные виды контроля получили свои статусы. Новое — есть, и оно касается частоты проверки, кто разрешает порядок, кто подписывает акты и т. д. Но не удается добиться того, чтобы компетентность проверяющих была на уровне проверяе-

мых или даже выше. Подскажите, как лучше — вот формула контрольно-надзорной деятельности.

Вопрос: мы стимулируем кого-то за хорошую юридическую работу, за безупречное соблюдение нормативных требований? Нет. Более важным считаются полиция, правоохранительная система. На переднем плане, конечно, суд, прокуратура, Счетная палата общественные структуры. У нас есть три вида уполномоченных по правам человека и бизнеса, Общественная палата.

Проблема качества судебной деятельности, доступности судебной деятельности как будто бы решается. Тем не менее сами юристы пока слабо осваивают некоторые новые институты.

Сформулирован институт административной юстиции и теперь предстоит найти правильное соотношение между КоАП РФ и КАС РФ, упорядочить административные процедуры в широком смысле (может быть, вернуться к идее федерального закона «Об административных процедурах»).

Не менее актуальны вопросы эффективного применения согласительных и примирительных процедур и механизмов досудебного урегулирования споров⁶.

Риски, конфликты, результат. Правильно построенный механизм правоприменения еще не гарантирует глубокой и последовательной реализации правовых принципов и законов. Плавное правовое воздействие чаще всего сопровождается появлением неожиданных ситуаций и возникновением сбоев⁷. Отклонение является спутником правовой нормы, и во избежание потерь и ущерба, нарушений законности и правопорядка

⁶ См.: Гайдаенко Шер Н. И. Альтернативные механизмы разрешения споров как инструмент формирования благоприятной среды для предпринимательской деятельности. М., 2016.

⁷ См.: Тихомиров Ю. А. Право: прогнозы и риски. М., 2016.

следует систематически анализировать и улучшать юридическую практику, предвидеть и устранять риски, предотвращать конфликты и достигать намеченных целей.

Прогнозирование и принятие решений сопровождается рисками в правовой сфере. Риск как предвидимое отклонение в процессе правотворчества может выражаться в возможном нарушении системных связей в законодательстве, появлении и обострении юридических коллизий, неправильном выборе целей, предмета и средств регулирования, слабом учете социальных интересов, игнорировании последствий. В процессе правоприменения рисками могут быть неверное принятие подзаконных актов, преувеличение грани усмотрения, ошибочные действия, неполнота ресурсов, противодействие других социальных норм. Поэтому на повестке дня — разработка методических рекомендаций по диагностике рисков в правовой сфере.

Еще один аспект — проведение и предотвращение юридических коллизий и конфликтов. Привычка реагировать только на выявление нарушений законов должна быть заменена формулой «законность есть мера действия закона», юридическая коллизия — это столкновение между правовыми нормами и актами, а юридический конфликт позиций — действиями публичных институтов, противоправными действиями и сломом правовой системы. Весь цикл юридических противоречий — от взглядов до противостояния — должен быть исследован.

И, наконец, оценочный блок правоприменения. Дело в том, что мы привыкли измерять уровень правоприменения уровнем и количеством правонарушений, преступлений. Если меньше, значит, уровень законности заметно повысился, если больше — картина неблагоприятная. Нужен перелом в творческом сознании.

Полезно сопоставить виды норм (компетенционные, стимулирую-

щие, запрещающие и др.) с видами действий по их реализации. Это могут быть кадровые изменения, новые акты, организационные и материальные действия.

Мы пытались найти такие показатели, наши разработки очень скромные — примерно 12 показателей, когда закон действует и влияет позитивно на целевую динамику ситуации — фактической и правовой. И примерно столько же показателей негативного действия и бездействия законов. Качество актов позволяет двигаться в этом направлении.

В сфере международных отношений права есть согласованность действий национальных и международных норм. Как здесь быть? Ведь международные нормы также подвергаются коррозии. Была попытка разработать некие критерии реализации международно-правовых актов. Но это архисложно, потому что сами акты неодинаковы. Есть традиционные международные договоры, есть хартии и есть договоренности, которые достигаются на саммитах и т. д. Словом, попытка была предпринята очень скромная, я бы за нее поставил удовлетворительную оценку. Но все-таки то и другое позволяют нам сделать шаг вперед.

Лучше стали готовиться законодательные акты. Полнее реализуются международно-правовые акты. Мы видим, что происходит за рубежом. Во Франции реформа трудового законодательства вызвала очень мощное сопротивление разных слоев населения. В Бразилии происходит смена центральной власти по разным антикоррупционным направлениям, по смене курса и т. д. Процесс реализации конституционных норм, трудового законодательства меняет свою концепцию и регуляторы.

И в том, и другом случае все-таки важно найти корреляцию между нормами, действиями и результатом фактическим и реальным. Достигнуты ли новые правовые сочетания?

Следующий шаг — обеспечение системного обобщения судебной, управленческой, хозяйственной и иной практики позволяет оценить реальную реализацию правовых норм. Для этого целесообразно, в-первых, лучше связать деятельность правоохранительных органов с институтом (включая адвокатуру, нотариат и т. д.) и законодательные и

управленческие органы. Вот императив — без опыта правоприменения нельзя менять или применять закон. Во-вторых, нужен акцент всех органов на изучение и обобщение лучших юридических проектов. В-третьих, необходимо обеспечивать корреляцию между правовыми целями, средствами и иным правовым состоянием.

Библиографический список

- Баранов В. М. Теневое право. Н. Новгород, 2002.
- В тени регулирования. Неформальность на российском рынке труда / под ред. В. Е. Гимпельсона, Р. И. Капелюшникова. М., 2014.
- Гайдаенко Шер Н. И. Альтернативные механизмы разрешения споров как инструмент формирования благоприятной среды для предпринимательской деятельности. М., 2016.
- Лапаева В. В. Право и политика. М., 2009.
- Научные концепции развития российского законодательства / отв. ред. Т. Я. Хабриева, Ю. А. Тихомиров. М., 2015.
- Нешатаева Т. Н. Действие актов Евразийской экономической комиссии и суда Евразийского экономического союза в национальных правовых порядках государств — членов Евразийского экономического союза // Российское правосудие. 2016. № 9.
- Правовые модели и реальность / О. А. Акопян, Н. В. Власова, С. А. Грачева и др.; отв. ред. Ю. А. Тихомиров и др. М., 2014.
- Талапина Э. В. Теория административных актов: к проекту закона о государственном управлении // Законы России. 2016. № 9.
- Тихомиров Ю. А. Право: прогнозы и риски. М., 2016.
- Тихомиров Ю. А. Современное публичное право. М., 2008.

Коррупция в России: системные меры противодействия

НЕВИНСКИЙ Валерий Валентинович, профессор кафедры конституционного и муниципального права Московского государственного юридического университета им. О. Е. Кутафина, доктор юридических наук, заслуженный юрист Российской Федерации
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, 9
E-mail: nevinski@yandex.ru

Статья посвящена анализу природы и процессов формирования в последние 15 лет системы государственно-правовых мер по противодействию коррупции — одной из характерных черт российской государственной жизни и одновременно одной из серьезных угроз национальной безопасности России. Отмечается возрастание значения целенаправленного государственно-правового противодействия коррупции на международном и национальном уровнях. Борьба с экономической и административной коррупцией приобрела в России системный характер с 2002 г. Ратифицировано и введено в действие большинство антикоррупционных международно-правовых актов. Серия федеральных законов и указов Президента Российской Федерации 2002—2015 гг. составила определенную систему государственно-правовых мер по борьбе с коррупцией государственных и муниципальных должностных лиц. Однако укоренение этого явления в быту и общественных делах, неустойчивость экономической, социальной и политической систем, непоследовательность в принятии мер к пред-