

## ГОСУДАРСТВЕННАЯ ДИСКРЕЦИЯ КАК ПРОБЛЕМА КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА

// Конституционное и муниципальное право (Журнал изд-ва «Юрист»). 2006. № 3.

Капицын В.М.,  
доктор политических наук,  
профессор ИППК МГУ им. М.В.Ломоносова

Превышение полномочий органами государственной власти (должностными лицами этих органов), разграничение предметов ведения и полномочий между органами государственной власти – эти и ряд других тем выходят на проблему дискреции<sup>1</sup>. В специальных работах сущность дискреции затрагивается редко, хотя представляет для конституционалистов несомненный интерес.

Об актуальности обращения к данной проблематике свидетельствуют постановка в литературе и юридической практике вопросов правовой и административной реформ, компетенции Президента РФ. Хотя в публикациях не всегда употребляется термин “дискреция”, тем не менее, затрагивается проблемное поле дискреции. Так, употребление понятий “скрытые полномочия”, “государственное принуждение”, “авторитарные элементы Конституции РФ”, постановка и исследование соответствующих проблем<sup>2</sup> вводит авторов по существу в проблематику дискреции.

Цель нашей статьи выявить конституционно-правовые аспекты дискреции, связь проявлений дискреции с нормотворчеством, особенностями государственной власти, соотношением политики и права, легитимности и эффективности политических решений. Легитимность власти – одна из важнейших тем конституционного права, непосредственно связанная с проблемой дискреции. Представляется необходимым объяснить политико-правовую природу дискреции, ее источники, систематизировать ее предпосылки и проявления, а также обосновать введение понятия “государственная дискреция”<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Определение понятия “дискреция” (лат. *discretio* – решение по своему усмотрению) встречается в некоторых современных словарях и энциклопедиях (См.: Современный словарь иностранных слов. М.: Русский язык, 1994. С. 205; Юридическая энциклопедия. М.: Изд. М.Ю.Тихомирова. М, 2000. С. 24). Дискреция (дискреционные полномочия, дискреционная власть) определяется как потенциальное (скрытое) полномочие должностного лица или органа государственной власти, проявляющееся, как правило, в силу умолчания закона (подзаконного акта).

<sup>2</sup> См.: Колюшин Е.И. Скрытые полномочия или захват власти? // Журнал российского права. 2002. № 7; Боброва Н.А. Реформа власти и перспектива развития авторитарных элементов российской Конституции // Конституционное и муниципальное право. 2005. № 1; См.: Авакьян С.А., Арбузкин А.М., Аринин А.Н. Федеральное вмешательство: концепция и проект федерального закона // Вестник МГУ. Серия 11. “Право”. 2000. № 6; Барциц И.Н. Институт федерального вмешательства: потребность в разработке и система мер // Государство и право. 2001. № 5.

Чаще всего проявление дискреции отражается в исследованиях государственного принуждения и соотношения последнего с правом. Традиционно выявляются связи дискреции с определенным государственным режимом, политико-правовым учением, противоречием закона и права. Известный английский конституционалист А.В.Дайси (1835-1922) противопоставляет “абсолютное господство права” “влиянию произвола, прерогативе или даже широкой дискреционной (выделено нами – В.К.) власти правительства”. Такое абсолютное господство права, характерное для англосаксонской правовой системы, исключает, по его мнению, мысль о каком-либо освобождении должностных лиц от обязанности повиноваться правовому закону.

Дискреция представляется как проявление произвола, способного выходить за рамки права и умалять права человека. Причину такого явления Дайси, находит в том, что частное право не занимает достойного места в правовой системе. Интервенция частного права в публичную сферу и соответствующее правопонимание выражено в современном англосаксонском подходе к государственному праву, как защищающему, прежде всего, интересы и права граждан, а затем уже интересы и компетенцию государственных органов. Для этого применяют регламенты, ограничивающие действия самих администраторов, хотя и не исключаящие их иммунитеты. Дайси утверждает: формула “господство права” выражает факт, что нормы, которые в других государствах естественно входят в состав конституционного кодекса, в Англии являются не источником, а следствием прав частных лиц, определяемых и защищаемых судами<sup>4</sup>. В Англии нет ничего соответствующего французскому административному праву или административным судам. Но тем самым Дайси признает существование другой правовой системы, где проявляется дискреция, сочетающаяся с правом.

Обращались к данной проблематике и ученые, представляющие иное понимание конституционализма. Интересно мнение Г.Кельзена (1883-1973), автора проекта Конституции Австрии (1920 г.), одного из создателей и судьи Конституционного Суда Австрии (первого в Европе). В своей теории “чистого права” он стремился так развести понятия “право”, “государство”, “политика”, чтобы действия власти, переступающие ограничения закона, не

---

<sup>3</sup> Государственная дискреция в данном контексте обозначает возможность верховной власти принимать решения об использовании полномочий в целях сохранения влияния на общественные процессы в национальных интересах, когда с точки зрения нормативной определенности и правовой связанности этих решений они могут выходить за рамки формально понимаемого права.

<sup>4</sup> Дайси А.В. Основы государственного права Англии. Введение в изучение английской конституции // Антология мировой правовой мысли. Т. III. М.: Мысль, 1999. С.487-488. Один из современных примеров интервенции частного права: около одной из резиденций премьер министра Великобритании, расположенной в лесу, сохранились тропинки, по которым продолжают ходить рядовые англичане. И представители государственной власти не смогли бы изменить это положение вещей, т.к. нельзя нарушать частные права и обычаи.

репрезентировались в правовом поле, а относились к области допустимого политического произвола. Делалась попытка вывести дискреционное усмотрение за рамки “чистого права”, чтобы право “очищалось” от политики права и истории права с их многочисленными примерами принятия дискреционных решений.

Однако Г.Кельзен признавал, что “...признак, общий для всех социальных порядков, обозначаемых словом “право”, состоит в том, что они – принудительные порядки в том смысле, что реагируют на определенные явления, считающиеся нежелательными (поскольку они вредны для общества), и особенно на человеческое поведение такого рода актами принуждения, т.е. причинения зла”<sup>5</sup>. Маститый конституционалист, уделяя внимание государственному принуждению, не может как представитель юридического позитивизма (нормативизма) абсолютно вывести дискрецию за пределы права.

За всем этим стоят особенности континентальной правовой системы и институтов государства в ней. Эти особенности институтов конституционного права, создающие более широкие возможности для проявления дискреции, проявляются довольно отчетливо в государственном правлении и государственном устройстве, разделении властей, механизмах сдержек и противовесов, конституционном правосудии, местном самоуправлении, партийных и избирательных системах. В целом можно констатировать, что в континентальной правовой системе, как правило, возможности проявления дискреции гораздо шире, чем в англосаксонской. Здесь наблюдается, по сравнению с англосаксонской системой, наоборот, более сильная интервенция государственного права в сферу частного права, что расширяет возможности государственного влияния на принятие решений, сочетания правового регулирования и дискреции. Во Франции, как и в России, до сих пор нет закона об административных процедурах, что создает благоприятные условия для административного усмотрения.

В этом плане интересно исследование условий дискреции в разных государственных режимах. Особенно тех, в которых переплетение норм и ненорм (велений) становится наиболее вероятным в процессе реализации политической воли. Поэтому, например, актуальным становится ретроспективный анализ германского и российского полицеизма<sup>6</sup> XIX в. Известный российский юрист О.Э.Лейст (1925-2003) отмечал, что данный тип государственного режима никогда не отменял права целиком и полностью, управляя обществом посредством полуправовых-полуадминистративных методов. В том смысле, что к правовым нормам

---

<sup>5</sup> Кельзен Г. Чистое учение о праве /Пер с нем. Вып. 1. М., 1987. С.47-48.

<sup>6</sup> Полицеизм – государственный режим, при котором авторитарные тенденции преломляются в патерналистской ориентации государственной власти, стремящейся довольно подробно регламентировать ряд сторон жизни общества, которые обычно относились к частноправовой сфере. Например, семейные отношения, трудовые отношения, образование, страхование, здравоохранение, партийное строительство, профсоюзы.

приравнивались меняющиеся распоряжения верховной власти. Но “часть норм (не всегда известно, какая именно) сохраняла свое действие, причем нормы и ненормы (веления) охранялись принудительной силой государства”<sup>7</sup>. Здесь схвачена суть государственной дискреции – связь ее с реализацией политической воли, отвечающей государственным интересам, подкреплением правового регулирования дискреционными ресурсами.

Особенностью государственного права Германии и России в Новое и Новейшее время была проблема актуализации политической воли для преодоления центробежных тенденций и реализации общенациональных интересов. Управляемость обширного пространства, целостность государства оставались важнейшими вопросами в обеспечении национальной безопасности, что формировало условия для сочетания норм и велений, частого проявления государственной дискреции. Немало материала для изучения государственной дискреции содержит история объединения Западной и Восточной Германии в 1990 г. Как впрочем, и история СССР конца 80-х и России 90-х и начала 2000-х годов.

В современной России проблема дискреции проявляется почти в том же отношении и объеме, как раньше (хотя и в более гуманитаризированном и юридизированном контексте). И все больше затрагивает научные интересы специалистов конституционного права. Возникают серьезные осложнения в обеспечении территориальной целостности России, единой системы исполнительной власти, разграничении полномочий между Федерацией и ее субъектами, национальной безопасности. Сказывается влияние глобализации, усиления международной гуманитарной составляющей в законодательстве и правоприменении. Трудности испытывает развитие демократии и конституционализма в России. Возникает вопрос, какое место занимает дискреция в правовой системе. Соответствующие научные интенции выражены у Ж.И.Овсепян, ставящей проблему государственно-правового принуждения на основе конституционно-правовых норм и его идентификации со стандартами демократического правового государства<sup>8</sup>. В этом направлении идет и Ю.М.Лужков, инициировавший подготовку проекта федерального закона о Президенте РФ, подробно фиксирующего его полномочия.

С другой стороны эту проблему рассматривает Н.А.Боброва, считающая, что не реализован авторитарный потенциал российской конституции, хотя для этого сложились условия. Причем, такое применение, с ее точки зрения, можно осуществить без изменения текста Конституции РФ, т.к. авторитаризм, заложенный в нормах Конституции РФ, вполне

---

<sup>7</sup> Лейст О.Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права. М.: Зерцало – М, 2002. С.41.

<sup>8</sup> Овсепян Ж.И. Государственно-правовое принуждение и конституционно-правовое принуждение как его отраслевая разновидность // Конституционное и муниципальное право. 2005. № 1. С. 17; См. также: ее же Концепция статуса Президента РФ в модели Конституции РФ 12 декабря 1993 г. // Государственное и муниципальное управление. 2003. № 4.

уживается с демократизмом<sup>9</sup>. Действительность дает подтверждение данному тезису. Использование государственной дискреции Президентом РФ В.В.Путиным привело к изменению порядка избрания глав субъектов РФ, появлению федеральных округов и полномочных представителей Президента в этих округах, учреждению Государственного Совета РФ. Государственная дискреция выступает как мотивированное государственное принуждение во имя общенациональных интересов, признаваемое рядом исследователей легитимным, хотя и не всегда для этого есть соответствующие нормы в Конституции РФ. Установилась практика определения направлений законодательной политики через ежегодные послания Президента РФ Федеральному Собранию РФ, а также президентские программы.

Данный аспект обозначается конституционалистами как субъектность федеративного государства, объем государственного присутствия в разных сферах, потенциал государственного правового регулирования<sup>10</sup>. Подобная проблематика отражена в формулировках «эффективность государства», «восстановление нормы управляемости», «обеспечение национальных интересов»<sup>11</sup>. Представляется, что сердцевиной всех аспектов проблемы является именно государственная дискреция. От исследования этого явления (механизма) зависит поиск метода государственного принуждения, в котором сочетается эффективность и легитимность. Рассмотрение государственного принуждения с точки зрения территориальных, институциональных, властно-волевых аспектов дискреции дает возможность взглянуть на условия проявления последней, показать, что исследовательские подходы, отождествляющие дискрецию только с не-правом (велением, произволом), являются упрощением. За рамками такого рассмотрения остается источник государственной дискреции, связь ее с правом, с разделением властей.

Разумеется, определенный свет на проблему природы **дискреции** проливает обращение к теме умолчания закона. Умолчание обязано своим существованием взаимодействию функциональных и институциональных компонентов конституционного права, что особенно сказывается на нормах Конституции России, а тем более на их применении. Взаимодействие данных компонентов права порождает умолчание конституционных норм, которое определяет возможность и необходимость усмотрения государственного деятеля и соответствующего дискреционного волеизъявления (решения). Этот вопрос анализируется у Ю.А.Тихомирова, связывающего дискрецию с исследованием компетенции и административного усмотрения<sup>12</sup>. В переходный период развития России данная проблема приобрела особое

---

<sup>9</sup> См.: Боброва Н.А. Реформа власти и перспектива развития авторитарных элементов российской Конституции // Конституционное и муниципальное право. 2005. № 1. С. 10-11.

<sup>10</sup> Хабибулин А.Г., Рахимов Р.А. Политическая субъектность как характеристика современного российского государства // Государство и право. 1999. № 12.

<sup>11</sup> Например, у рабочей группы авторов под руководством Ю.М.Лужкова (А.С.Автономов, Д.В.Бадковский, А.Д.Богатуров, В.А.Корецкий и др.) – См.: Лужков Ю.М. Путь к эффективному государству. М.: МГУ, 2002.

<sup>12</sup> Тихомиров Ю.А. Теория компетенции. М.: Юринформцентр, 2004. С. 260-278.

значение, что отразилось в своеобразном двоевластии Президента РФ и Верховного Совета РФ (1992-1993 годы), процессе разработки и принятия новой Конституции РФ. В тексте Конституции РФ 1993 г. есть нормы, предоставляющие очень широкие полномочия Президенту РФ, но не формулирующие их конкретно. В них намечены только направления конкретных проявлений политической воли Президента РФ. Этот аспект имеет важное теоретическое и юридико-техническое значение для ответа на вопрос, что же является источником государственной дискреции.

Непосредственно на проблему умолчания закона при принятии решений обращали внимание известные мыслители и ученые. Н.Макиавелли оправдывал дискреционные действия правителя, особенно, если решалась задача освобождения и объединения Италии. Впоследствии к данной проблеме обращался Т.Гоббс. Гегель писал об умолчании как предпосылке дискреции, преодолевающей противоречие, когда решение, принятое «в соответствии с истиной, полной справедливости и нравственности», вряд ли возможно; значит, принимается решение, преодолевающее бесконечные противоречия<sup>13</sup>.

В такой трактовке умолчание закона, а соответственно и усмотрение (дискреция) власть имущего, не выводится полностью за рамки права. Предпосылки дискреции заключаются в самом конституционном процессе. В законодательном, парламентском, избирательном, конституционно-судебном процессе, в процессе разделения властей возникает ряд принципиальных моментов, предполагающих умолчание нормы и усмотрение субъектов. Умолчание как «пауза» в музыкальном произведении: пауза – это не звук, но без нее невозможно выразить музыкальную композицию. Умолчание закона – отсутствие или временное “бессилие” нормативности – ведет к проявлению правовой неопределенности и усмотрению. Дискреция – это волеизъявление, своеобразно заполняющее нормативный вакуум и преодолевающее неопределенность. Без свободного усмотрения трудно представить учреждающую волю, право на конституирование прав и полномочий, толкование Конституции, а также применение права во многих нестандартных ситуациях. Такая трактовка умолчания и усмотрения способствует пониманию связи дискреции с конституционными полномочиями.

Для конституционно-правовых актов умолчание имеет нередко серьезные объективные основания. Норма конституционного права представляет собой модель регулирования публичных правоотношений, которую строить гораздо труднее, по сравнению с частными отношениями. Поэтому возникают ситуации, когда законодатель объективно не может преодолеть вакуум нормативности, а правоприменитель – принять решение, исходя из норм закона. Характеристика противоречия функциональных и институциональных компонентов права дает основание для классификации видов дискреции в зависимости от условий. Рассмотрим сначала различные

---

<sup>13</sup> Гегель Политические произведения. М.: Наука, 1978. С. 231.

виды дискреции вообще, не заостряя внимания на государственной дискреции. Вакуум нормативности чаще всего может быть вызван субъективными причинами – недоработанностью закона, запаздыванием законодательного процесса в случаях, когда принятие закона тормозится борьбой политических сил. Все это может повлечь разное толкование и появление вариантов принятия решений, не вытекающих строго из позитивного содержания или смысла нормы.

Среди проявлений дискреции можно выделить следующие вариации: 1) дискреция, обусловленная «пробелом» в праве; 2) дискреция при отсутствии отдельного нормативного элемента в механизме правового регулирования; 3) дискреция в связи с противоречием закона и подзаконного акта; 4) дискреция, обусловленная спором о компетенции, противостоянием разных сил, противоречия принципов «единства власти» и «разделения властей»; 5) дискреция в связи с расширительным толкованием полномочий.

Первая и вторая разновидности дискреции – довольно частое явление в конституционном праве. К первым можно отнести юрисдикционную дискрецию судьи, в том числе конституционного судьи. Отдельный случай такой дискреции, постоянно проявляющийся в правовых позициях Конституционного Суда РФ, когда приходится толковать Конституцию РФ, а также выводить правовую позицию из системного толкования права. Примером второй разновидности могут служить нормы Конституции РФ, имеющие множество отсылок к федеральным конституционным и обычным федеральным законам, Конституциям (уставам) и законодательству субъектов РФ. В России долго не было законов о чрезвычайном положении, об альтернативной гражданской службе, о политических партиях, о порядке образования нового субъекта РФ. Для механизма правового регулирования может не хватать той или иной нормы закона, а порой и подзаконного акта, что подталкивает субъектов к дискреционному волеизъявлению.

Нередки случаи, когда подзаконный акт противоречит закону, и это создает возможности усмотрения для органов государственной власти (должностных лиц) и дискреции третьей разновидности (в том числе, ведомственной, или административной дискреции). И особенно часты случаи, когда региональные, локальные (местные, корпоративные) акты противоречат федеральному законодательству. Это широко распространилось в России в 90-е годы, что давало дополнительные возможности собственного усмотрения «сонму» начальников на местах (муниципалитетах, организациях, учреждениях, предприятиях) и в регионах. Тогда устанавливался своеобразный «местечковый» и «корпоративный феодализм», когда корпорации превращались в «поместье-государство» со своими порядками, статусной дифференциацией и широкими дискреционными полномочиями.

Дискреция четвертой разновидности возникает в ситуациях, когда один из субъектов входит в сферу полномочий другого субъекта, тем более, если разграничение их предметов ведения произведено неточно. Президент РФ, исходя из умолчания нормы Конституции РФ, трижды представлял

кандидатуру на должность Председателя Правительства РФ. В ответ на запрос Государственной Думы Конституционный Суд РФ легитимировал такое полномочие. Дискреция пятой разновидности объясняется несколько другими причинами. Усмотрение органа государственной власти (должностного лица) в сфере публичного права, как правило, ограничено действием принципа “разрешено то, что закреплено в законе”. Но, как это бывает в политике и законотворчестве, такое ограничение преодолевается путем довольно широкого формулирования компетенции должностного лица (органа власти). Возникающее умолчание закона о конкретных границах полномочий обеспечивает простор для широкого толкования, а значит и «широкого» усмотрения при принятии решений<sup>14</sup>. Так возникает дискреция, вытекающая из возможностей расширительного толкования норм законодательства.

Возникают и особые предпосылки объективного характера. Например, в ситуациях обострения политического противостояния различных сил проблема снимается действиями властных органов, исходящих из усмотрения, диктуемого политической целесообразностью. Такие действия (решения) приобретают характер объективной необходимости, отличающей государственную дискрецию от ведомственной (должностной, судебной, корпоративной) и т.п. Законодатель превентивно может предусмотреть возможность государственной дискреции. И не только в законах о чрезвычайных режимах. Конституционное определение компетенции Президента РФ в ст. 80 Конституции РФ предполагает подобные ситуации. В ст. 90 закреплена компетенция Президента РФ на издание указов и распоряжений, но юридическая сила актов Президента РФ точно не определена. Указы Президента РФ не раз оформляли дискрецию<sup>15</sup>. Конституционный Суд РФ в своей правовой позиции выразил отношение к указам Президента РФ как источнику, в определенных ситуациях превышающему силу подзаконного акта<sup>16</sup>.

Уже перечисленное выше проблемные поля показывают, что государственная дискреция – объективное и неизбежное явление. И ее не объяснишь только умолчанием закона и усмотрением субъекта верховной

---

<sup>14</sup> Актуальный пример – ст. 80 Конституции Российской Федерации.

<sup>15</sup> Например, Указ Президента РФ “О гарантиях Президенту Российской Федерации, прекратившему исполнение своих полномочий, и членам его семьи» от 31 декабря 1999 года выражал дискреционную волю, оформлявшую переход («передачу») президентской власти.

<sup>16</sup> В отношении Указа Президента РФ от 3 октября 1994 г. «О мерах по укреплению единой системы исполнительной власти в РФ» Конституционный Суд РФ определил «В соответствии со статьей Конституции РФ Президент РФ является гарантом Конституции РФ и обеспечивает согласованное функционирование и взаимодействие органов государственной власти. В силу этого не противоречит Конституции РФ издание им указов, восполняющих пробелы в правовом регулировании по вопросам, требующим законодательного решения, при условии, что такие указы не противоречат Конституции РФ и федеральным законам, а их действие во времени ограничивается периодом принят до принятия соответствующих законодательных актов» (Рос. газета 1996. 15 мая).

государственной власти. Умолчание – одна из предпосылок усмотрения и дискреции. И нельзя удовлетвориться, посчитав, что источником государственной дискреции является только усмотрение. Это в каком-то локальном случае можно принять за источник дискреции волю должностного лица, проявленную при умолчании закона. Но, когда речь идет о государственной дискреции, здесь такой констатации недостаточно. В конституционном праве возникает проблема контекста скрытых (потенциальных) полномочий, вытекающих из взаимодействия крупных субъектов права, от чего зависит эффективность и легитимность правоприменения, предупреждение произвола и, наоборот, оправдание непопулярного решения верховной государственной власти.

Глубинным источником государственной дискреции являются связь и противоречие народного суверенитета и государственного суверенитета<sup>17</sup>, из которого вытекает, в свою очередь, противоречие между функциональными и институциональными аспектами полномочий верховной государственной власти. В таком контексте рассматривал дискрецию маститый германский государствовед Карл Шмитт, развивавший юридическую концепцию децизионизма (от *Dezision* – решение). Исследуя учения Ж.Бодена и Т.Гоббса, он обратил внимание на типы (“роды”) научно-правового мышления, выделив три типа: а) нормативистский; б) децизионистский; в) институционально-правовой, и показав, как они влияют на решения власти. Нормативист мыслит безличными нормами; децизионист личным решением реализует подлинное право правильно осознанной политической ситуации; институционалист развертывает мышление в надличностных учреждениях и формах. Важно положение К.Шмитта о недостатках каждого из этих родов юридического мышления: “...Вырождающийся нормативист делает право только функцией государственной бюрократии, ...децизионисту всегда грозит опасность сосредоточиться на уникальности мгновения и упустить покоящееся бытие, которое есть в каждом значительном политическом движении, ...изолированное институциональное мышление ведет к плюрализму, лишенному суверенитета, феодально-сословному развитию”<sup>18</sup>.

К.Шмитт придает особое значение акту принятия решения и ситуации, в которой оно принимается. Он определяет суверенитет, исходя из посылки “суверенен тот, кто принимает решение о чрезвычайном положении”. Суверенитет рассматривается в качестве предельного понятия, привязанного к принятию решения в крайней ситуации, но чрезвычайное положение при этом представляется как общее понятие учения о государстве, а не просто какое-либо чрезвычайное постановление или осадное положение. Суверен тот, кто принимает решение в случае конфликта, беспорядка, в интересах общественной безопасности и порядка, общественного спасения. Другими словами, суверенитет, а вместе с ними правопорядок и целостность

---

<sup>17</sup> См.: Эбзеев Б.С. Диалектика индивидуального и коллективного в организации социума и ее отражение в Конституции Российской Федерации // Государство и право. 2004. № 2.

<sup>18</sup> Шмитт К. Политическая теология /Пер. с нем. М., 2000. С. 13.

государства зависят от сохранения возможности государственной дискреции у верховной власти, действующей в общенациональных интересах. К.Шмитт исходит из децизионистского основания: “Поскольку невозможно указать с ясностью, позволяющей подвести под общее правило наступление случая крайней необходимости, и тем более перечислить по содержанию, что может произойти, то предпосылки и содержание компетенции здесь необходимым образом являются неограниченными”.

В связи с этим понятен парадокс последовательного правового государства и проблемность охраны прав человека в определенных ситуациях. Компетенцию на принятие чрезвычайного решения трудно распределить по “ветвям” власти, она – в предмете ведения суверена (“ствола”, “целостной власти”). Иначе в критический момент суверен, т.е. субъект государственной дискреции, не сможет проявиться и применить дискреционные полномочия, государственная дискреция будет “расщеплена”, поскольку “расщепляется” государственный суверенитет. Пример – завершающий период президентства М.С. Горбачева в СССР (1991 г.), когда государственную дискрецию на себя взяли, с одной стороны, несколько высокопоставленных лиц, создав ГКЧП, но не сумевших провести эффективные действия, с другой стороны, руководство РСФСР, действующее более решительно, но разрушающее при этом целостное союзное государство. Во Франции осенью 2005 г., когда беспорядки в ряде городов достигли значительного “накала”, по сути дела государственная дискреция была применена по настоянию министра внутренних дел М.Саркози, чтобы подтвердить суверенитет республиканского государства-нации<sup>19</sup>.

В любом случае государственная дискреция должна иметь легитимирующую мотивацию – связь с народным суверенитетом, не допускающую “расщепления” государственного суверенитета. Эта легитимирующая мотивация выражается часто как “действие в общенациональных интересах”<sup>20</sup>. Но бывает, что государственный суверенитет, а вместе с ним дискреционные полномочия как бы “падают” с высот государственной власти “вниз” именно из-за обострения противоречия с народным суверенитетом. Суверенитет “возвращается” к источнику власти – народу. Собственно возникает ситуация, которая характеризовалась Ж.-Ж.Руссо и И.Кантом как суверенитет народа – трансформация власти как господства в такое состояние, когда сам народ дает себе законы (Selbstgesetzgebung). В такие моменты государственная власть теряет черты господства и способности к принуждению. Как пишет Ю.Хабермас, в такой ситуации из “auctoritas” (авторитета) вытравлены все остатки “violentia”

---

<sup>19</sup> Своими решительными действиями М.Саркози утвердил свой авторитет претендента на пост Президента Франции. Президент Франции – должность в смешанном (полупрезидентском) режиме, которая не может обходиться без государственной дискреции.

<sup>20</sup>См.: Зорькин В.Д. Национальные интересы, современный миропорядок и конституционная законность. М., 2005;

(принуждения)<sup>21</sup>. Авторитет “разлучается” с принуждением, как, впрочем, и легитимность с эффективностью. По Канту, такое состояние правового государства, проявляется в учреждении законодательной власти – высшего проявления суверенитета народа (“только единодушная и объединенная воля всех, поскольку каждый обо всех и все о каждом пришли к одному и тому же решению... может быть законодательной”). Это – своеобразное проявление субстанциональной (народной) дискреционной воли.

Такие состояния могут быть благотворны для учреждения новых основ общества и государства, принятия новой Конституции. Их особенность в том и заключается, что объединяющая воля выдает решения (Dezision), заполняющие вакуум нормативности. Но редкими, как показывает практика, бывают проявления такой объединяющей воли в ситуациях, когда необходимо принимать решительные действия для стабилизации власти. В такие моменты законодательная власть, референдум, плебисцит, как правило, не заменяют суверена, проявляющего государственную дискрецию. Это вполне объяснимо. Красива формула Э.Ренана “существование нации есть непрерывный плебисцит”. Но это – метафора, переформулированный тезис Ж.-Ж.Руссо о дискреции, вытекающей из народного суверенитета. Такая метафора объясняет парадокс правового государства-нации, но далеко не всегда может характеризовать реальную правовую политику. Как показывает опыт Франции, России, государственная власть, население не может находиться в постоянном “конституционном напряжении” (“непрерывном плебисците”).

Во Франции в период IV Республики была ситуация, когда выразителем субстанциональной дискреции (объединяющей воли, плебисцитарной демократии) выступал парламент, использующий такое ответственное полномочие для наступления на права исполнительной власти. Возникал тот самый парадокс правового государства, ведущий к “расщеплению” государственной дискреции. Президент Ш. де Голь в 1958 г. прервал непрерывные выступления парламента против правительства и в новой Конституции, придал плебисциту институционализированную форму, вооружающую самого Президента Франции. Тем самым система использования субстанциональной дискреции была переструктурирована, сменился ее представитель; в результате повысилась стабильность власти за счет возможностей государственной дискреции главы государства.

Ситуации “расщепления” государственной дискреции при содействии внешних сил возникали в 2004-2005 гг. на Украине, в Грузии, Киргизии во время парламентских и президентских выборов. Подобные сценарии готовились для Азербайджана, Казахстана, Белоруссии, Армении, Узбекистана. Азербайджан и Казахстан, похоже, преодолели этот «рубеж» в 2005 г. “Расщепление” государственной дискреции с помощью народа происходит по-разному. Одна ситуация, когда на улицу выходят люди, сплоченные идеей: восстановления национального единства, справедливости,

---

<sup>21</sup> Хабермас Ю. Демократия. Разум. Нравственность. М., 1995. С. 216.

независимости, поддержки определенной политической силы, отвечающей этим чаяниям и т.п. Тогда дискреция может быть централизована властью и направлена на сохранение единства государства. Другое дело – массы, манипулируемые определенной силой, рвущейся к власти, для которой стабильность, а порой даже единство и целостность государства, могут стать разменной монетой в осуществлении ее целей. Т.е. государственная дискреция перехватывается так называемыми “друзьями народа”. Тогда национализм, концепция прав человека, прав народов, идея народного суверенитета и другие идеологические прикрытия становятся мощным оружием сначала для “расщепления” государственной дискреции и блокирования права действующей верховной власти на принятие чрезвычайных решений, а затем и для утверждения новой власти, представляющей себя в качестве выразителя народного суверенитета<sup>22</sup>.

“Расщепление” государственной дискреции поддерживается сторонниками принципа дуализма права (положение и права человека в государстве определяются не столько внутренним правом, сколько международным). “Расщепление” дискреции и суверенитета нередко приветствуется с позиций этого принципа другими государствами. Распад СССР и СФРЮ, парад суверенитетов в России, события в Чеченской Республике, Косовском крае Сербии, Македонии, “цветные” революции в Югославии, Грузии, Украине, Киргизии наглядно продемонстрировали ущербность власти, имитирующей правовое государство, отвечающее международным стандартам, в ущерб его целостности, стабильности, безопасности. В результате государственная дискреция исчезала как атрибут верховной власти; ставился под вопрос государственный суверенитет.

Отмеченное выше позволяет понимать природу такой разновидности как государственная дискреция – выражение воли верховной власти, отвечающее общенациональным интересам. Именно соответствие общенациональным интересам – тот критерий, что отличает государственную дискрецию от ведомственной (административной), юрисдикционной и др. Возникают другие очень важные вопросы, которые сейчас затронем только в качестве постановки проблемы. Первый, весьма актуальный – определение, когда государственная дискреция является конституционной. Это, в конечном счете, определяет не сам субъект государственной дискреции, например, Президент РФ, а Конституционный Суд РФ. Подобные запросы в Конституционный Суд РФ ставили порой конституционных судей в трудное положение. Здесь много зависит от толкования, что такое “общенациональные интересы” России в конкретный момент, в конкретной обстановке. В ноябре-декабре 2005 г. Конституционный Суд РФ решал подобный трудный вопрос о соответствии реформы процедур избрания глав субъектов РФ Конституции Российской Федерации.

---

<sup>22</sup> См.: Лара Ф. Международная защита прав человека и Совет Европы // Европейская интеграция. М., 2001. С. 178.

Второй вопрос о государственной дискреции в решениях Государственной Думы, Председателя Правительства РФ, губернаторов, президентов республик в составе России, руководителей ведомств и т.д. Это – вопрос не столько о “делегировании государственных полномочий”, сколько о том, может ли, скажем, губернатор выступать как субъект государственной дискреции, принимая решение, расходящееся с нормами федерального закона. Например, по вопросу о регистрации места жительства и пребывания в г. Москве, в отношении норм нового федерального закона о рекламе и т.д. Может ли ведомство, объединив усилия, допустим с губернатором, активизировать снос дач и коттеджей в водоохранной зоне, построенных с нарушением закона.

Третий вопрос, насколько целесообразно уменьшать возможности государственной дискреции, например, путем передачи некоторых полномочий от государственных органов саморегулирующимся организациям. Рассмотрение данных вопросов еще раз показывает, что проблема государственной дискреции очень актуальна, и что в связи с ней необходимо исследовать конституционно-правовое содержание понятия “общенациональные интересы”.