

## НЕОПРЕДЕЛЕННОСТЬ ПРАВА И УСМОТРЕНИЕ ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЯ КАК ОГРАНИЧИТЕЛИ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ЦЕНТРАЛИЗОВАННЫХ МЕТОДОВ РЕГУЛИРОВАНИЯ<sup>1, 2</sup>

Кашанин А.В.\*

### Аннотация

В статье предпринята попытка определить факторы, связанные с механизмом правового регулирования и ограничивающие возможности использования централизованных методов в праве и, шире, в социальном управлении. Речь идет в первую очередь о факторах, определяющих неизбежную неопределенность правовых предписаний и неустранимость усмотрения правоприменителя. Базовая гипотеза, положенная в основу работы, заключается в том, что создание защитного пояса вокруг дедуктивной модели правоприменения, непризнание неизбежной неопределенности права и усмотрения правоприменителя определяют вытеснение (прежде всего в российском юридическом дискурсе) соответствующей темы из сферы теоретической рефлексии, включая теорию юридической аргументации. Это оказывает непосредственное влияние на практику, маскируя наличие у правоприменителя выбора между несколькими вариантами решений по конкретному делу и, соответственно, освобождая его от необходимости публично мотивировать свой выбор. Поэтому попытки поддержать иллюзию дедуктивного выведения индивидуальных правоприменительных решений из общих норм, расширяя сферу произвольного осуществления дискреционных полномочий, в действительности приводят к обратным результатам – непоследовательности и произвольности судебной и административной практики, снижению роли механизмов социального управления, основанных на применении общих правил. Соответственно, попытка форсировать использование централизованных методов правового регулирования в государственном управлении наталкивается на ряд внутренних ограничений, связанных с имманентной для права неопределенностью.

В работе также систематизируется аргументация тезиса о неизбежной неопределенности правовых предписаний и наличии у правоприменителя определенной автономии при принятии индивидуальных решений независимо от содержания правовых предписаний.

**Ключевые слова:** неопределенность права; усмотрение правоприменителя; централизация в правовом регулировании; правовые нормы; правовые принципы; правоприменение.

\* Андрей Васильевич Кашанин – кандидат юридических наук, зам. директора Института правовых исследований Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». E-mail: kashanin@mail.ru.

Адрес: 101000, Россия, Москва, Мясницкая ул., 20, НИУ ВШЭ.

<sup>1</sup> Статья подготовлена в рамках программы научных исследований Фонда фундаментальных исследований НИУ ВШЭ.

<sup>2</sup> Работа выполнена с использованием Справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

## Постановка проблемы

В настоящей работе сделана попытка указать на некоторые факторы, связанные с механизмом правового регулирования, ограничивающие возможности использования централизованных методов в праве и, шире, в социальном управлении.

Речь идет о фундаментальной для современной правовой теории проблеме неопределенности права и усмотрения правоприменителя, ставшей в настоящее время предметом изучения Института правовых исследований НИУ ВШЭ. Базовая гипотеза, которую предстояло проверить в ходе исследования, заключалась в том, что дедуктивная модель правоприменения, отводящая иным властям помимо законодательной роль механического правоприменителя, так что их роль сводится к дедуцированию индивидуальных предписаний из общих норм, не может претендовать на роль адекватного описания реальных процессов правоприменения. Общие правила неизбежно остаются до известной степени неопределенными, т.е. не предоставляющими возможности определить содержание индивидуальных правоприменительных решений в конкретном случае. Соответственно, применение общих правил неизбежно связано с дискрецией правоприменителя.

В свою очередь, вытеснение неопределенности права и усмотрения судебных и административных органов из сферы теоретической рефлексии и, следовательно, из теории юридической аргументации, создание своего рода защитного пояса вокруг потемкинского фасада концепции механического правоприменения на практике приводят к обратным результатам. Господство иллюзий дедуктивного выведения индивидуальных правоприменительных решений из общих норм легитимирует отказ от публичной мотивировки выбора между различными их вариантами, доступными судебным либо административным органам<sup>3</sup>. Это в действительности определяет большую вольность правоприменителя в осуществлении дискреционных полномочий, противоречивость судебной и административной практики, снижение роли механизмов социального управления, основанных на применении общих правил. В этом смысле попытка форсировать использование централизованных методов правового регулирования в государственном управлении сталкивается с внутренними ограничениями.

В обосновании тезиса о неустранимости усмотрения правоприменителя следует указать на несколько направлений аргументации. Первые два связаны с деконструкцией дедуктивной модели правоприменения и предполагают, во-первых, обоснование ее логической невозможности (демонстрация принципиальной неопределенности права, отсутствие возможности на основа-

<sup>3</sup> Так, мотивировочная часть решений российских судов состоит преимущественно из текстуального воспроизведения норм, ставших основанием для вынесенного решения, а также лаконичных утверждений судов о доказанности определенных фактов, квалификации фактического состава, возможности либо невозможности принять доводы сторон. При этом подробная мотивировка таких выводов, включающая оценку представленных доказательств, выбор юридически значимых фактов, обоснование той либо иной квалификации, встречается крайне редко.

нии  
спо  
чес  
тел  
дем  
по  
не  
ци  
сов  
ног  
ны  
по  
вов  
ны,  
ми  
отн  
лиз  
с р  
тия  
мо  
орг  
ст  
Неопр  
право  
юр  
4  
как  
дейс  
Solu  
5  
мно  
на п  
ва (Л  
(Л.И  
кри  
Kair  
лиз  
зова  
взгл  
суда  
Его  
отеч  
при  
роп  
spb

нии логики вывести из общих правил однозначное решение по конкретному спору<sup>4</sup>) – *логическое обоснование*, а во-вторых, выявление и анализ эмпирических данных о реальных процессах принятия конкретных правоприменительных решений – *эмпирическое обоснование*. В рамках последней стратегии демонстрируется фактическая вариабельность индивидуальных решений по аналогичным делам и выясняется влияние на них совокупности факторов, не редуцируемых к содержанию правового предписания, в том числе традиции, господствующей юридической доктрины, установившейся практики, совокупности господствующих ценностей, уровня образования, социального положения, политических убеждений правоприменителя и пр. Указанные эмпирические данные позволяют обосновать вывод о том, что решения по конкретным делам зависят от массы факторов, которые не сводятся к правовому предписанию. Выводы, которые могут быть при этом сформулированы, являются относительно теоретически не нагруженными, претендующими на интерсубъективность, что подтверждается в общем позитивным к ним отношением со стороны большинства современных школ права<sup>5</sup>.

Третья категория доводов связана с указанием на то, что логика реализации целей современного государственного управления несовместима с регулированием при помощи общих норм, а требует каждый раз принятия индивидуальных решений. В связи с этим является необходимым прямое предоставление правоприменителю (прежде всего административным органам и должностным лицам) дискреционных полномочий (т.н. *административное усмотрение*).

### Неопределенность права как источник усмотрения правоприменителя

Критика дедуктивной модели правоприменения и традиционного юридического позитивизма, особенно во второй половине XX в., связана

<sup>4</sup> Свойство определенности права, исключающее усмотрение правоприменителя, часто определяется как способность правового предписания однозначно определять поведение, правовое решение, образ действий. См.: Singer J.W. The player and the Cards: Nihilism and Legal Theory. 94 Yale L. J. 1984–1985. P. 11; Solum L.B. On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma. 54 U. Chi. L. Rev. 1987. P. 473.

<sup>5</sup> Исследовательские программы, включающие в себя критику формалистской традиции, весьма многочисленны и возникали в разное время в большинстве правопорядков. Укажем, в частности, на школы свободного права (Г. Канторович, Е. Эрлих, Ф. Жени) и возрожденного естественного права (Р. Штаммлер, Ж. Маритен), социологические (Р. Иеринг, Р. Паунд) и психологические концепции (Л.И. Петражицкий), современный юридический позитивизм (Г.Л.А. Харт и последователи), школу критических правовых исследований (critical legal studies) (Kennedy D., Singer J., Boyle J., Peller G., Cairys D., Dalton C., Feinman J. и др.). В отечественной теории права критическое отношение к формализму советской модификации юридического позитивизма возникало по мере ослабления централизованного идеологического контроля. Одним из наиболее ярких сторонников естественно-правовых взглядов был проф. В.С. Нерсесянц, основоположник либертарно-юридической теории права и государства (см., в частности: Нерсесянц В.С. Наш путь к праву: от социализма к цивилизму. М., 1992; Его же: Право – математика свободы: опыт прошлого и перспективы. М., 1996). Среди современных отечественных исследований, сфокусированных на изучении реальных процессов правоприменения при помощи методов социологии, следует отметить проект Института проблем правоприменения Европейского университета в Санкт-Петербурге под руководством В.В. Волкова (см. <http://www.enforce.spb.ru/>; <http://slon.ru/calendar/event/965772/>).



С проникновением философии постмодернизма в юридическую теорию. Постмодернисты квалифицируют право и дедуктивную модель правоприменения как классические метанарративы, симулякры, проявление доминирующего дискурса, которые маскируют отношения принуждения, характерные для буржуазного общества. Соответственно, право не является нейтральным и не может претендовать на объективность. Указанные метанарративы требуют деконструкции. Более адекватной моделью права было бы его рассмотрение как особого дискурса (т.е. где стираются границы теории и практики), который ведется по неким стабилизирующим его правилам, до конца не поддающимся определению, изменчивым во времени и в зависимости от контекста. Соответственно, право как таковое не поддается однозначному определению. В качестве метафоры, описывающей постмодернистское право, мог бы быть предложен образ нечеткого множества, понятия с нечеткими границами, где (предположительно) могут быть выделены простые и трудные случаи. Однако это отрицает возможность точного разграничения права и социального контекста (морали, иных способов социальной координации). Более того, само право определяется в зависимости от конкретного социального контекста. В рамках такого подхода автономия правоприменителя при принятии решений по конкретным делам принципиально неустранима и неизбежно сопровождает его деятельность.

Попробуем в сжатой форме систематизировать доводы в пользу тезиса о неизбежности неопределенности права и логической невозможности дедуктивной модели правоприменения.

#### **Неопределенность языка правового предписания**

Знаковая природа любого языка, в том числе и используемого в праве, символический характер человеческих коммуникаций актуализируют для правового дискурса комплекс проблем, связанных со значением и пониманием текста, и, соответственно, корпус знаний логики, герменевтики и семиотики. В частности, это определяет неизбежную степень неопределенности содержания закона и гибкость в его интерпретации, причем как бессознательную и ненамеренную («каждый пишет и понимает текст по мере своих возможностей, знаний и способностей», «любой текст, имея символическую природу, является многозначным и способен иметь множество толкований»), так и допускаемую сознательно. Необходимо отметить, что законодатель часто вынужденно использует прием неопределенных формулировок (т.н. «каучуковых» норм, правовых принципов, целевых норм-программ и т.п.) для того, чтобы распространить действие закона на круг неизвестных ему ситуаций, которые потенциально могут возникнуть. Все это определяет значительную сферу усмотрения правоприменителя и, соответственно, открывает возможности влияния массы факторов, несводимых к правовому предписанию.

Теория интерпретации текстов в любом случае не может быть редуцирована к банальным формально-логическим операциям дедуктивного типа, поскольку, как минимум, предполагает определенное пред-



понимание проблемной ситуации, имеет в качестве своих предпосылок набор определенных ценностей и, наконец, зависит от совокупности образовательных и мировоззренческих установок правоприменителя. Разнообразие методик толкования требует творческого подхода к обоснованию предпочтительности одной из них в конкретной ситуации. Наконец, применение аналогии, лежащей в основании ряда методик толкования, предполагает принятие самостоятельных решений при выборе признаков, позволяющих судить о сходстве отношений и, соответственно, о применимости аналогии.

Любой текст имеет смысл только в контексте, к которому в случае с текстом правового предписания относятся другие правовые предписания, существующие в данной правовой системе, лингвистические конвенции, принятые в обществе нормы морали, распространенные практики, ценности и т.д. В действительности, в качестве релевантного контекста может выступать что угодно. Принципиальная непредсказуемость контекста определяет невозможность рассматривать какую-либо формулировку закона как абсолютно определенную<sup>6</sup>. Предсказать все возможные варианты истолкования правового предписания невозможно. Однако важно зафиксировать, что понимание смысла правила поведения в любом случае предполагает его интерпретацию. В одном контексте определенное толкование правила кажется единственно возможным (простые, «легкие» случаи). В этих случаях правильной вести речь о наличии признанной конвенции в отношении применения правового предписания к ситуациям, постоянно возникающим в сходных контекстах [5, с. 129]. В других – интерпретация нормы является неочевидной (трудные случаи). Но в любом случае необходимость толкования нормы в контексте оставляет возможность для усмотрения правоприменителя.

#### **Намеренная неопределенность закона: «каучуковые» нормы, оценочные понятия, принципы**

Общим местом в обосновании неопределенности права является указание на существующие в праве принципиально открытые структуры – «каучуковые» нормы, оценочные понятия, принципы, стандарты поведения. В действительности, предшествующий анализ языка закона демонстрирует, что специфика указанных структур по сравнению с обычными понятиями, которые также остаются открытыми, часто преувеличивается. Разница заключается не в том, что «каучуковые» нормы, оценочные понятия, принципы являются открытыми, а оставшаяся структура текста – определенной. По-видимому, с некоторой долей

<sup>6</sup> Для обоснования тезиса о принципиальной неопределенности языка правил поведения также часто ссылаются на парадокс следования правилу Л. Витгенштейна в интерпретации С. Крипке ([19, р. 139–201; 1]): любой набор инструкций никогда не может быть достаточно полным, чтобы быть способным обеспечить собственную исчерпывающую интерпретацию и единообразное ему следование. Соответственно, любое поведение может рассматриваться как соответствующее либо не соответствующее правилам ([18, р. 688; 17, р. 477–478]).

условности можно говорить о том, что в первом случае степень открытости (неопределенности) больше, а включение таких структур в текст закона, как правило, является намеренным и преследует цели приспособления закона к изменяющемуся миру, распространения его на возможно большее число ситуаций, которые заранее невозможно описать. Контроль за применением указанных стандартов, соответственно, должен осуществляться административными органами (в случае прямого делегирования полномочий по конкретизации стандарта) либо судебными органами задним числом.

Представители *Critical Legal Studies* отмечают, что многие принципы в действительности ничего не регулируют и лишь прикрывают усмотрение правоприменителя. Это имеет место, во-первых, в случае наличия в правовой системе противоположного принципа (об этом см. ниже), во-вторых, когда не определена сфера применения принципа, а в-третьих, когда они являются тавтологичными (например, положение о том, что сходные дела должны разрешаться аналогичным образом, не продвигает нас в разрешении конкретной ситуации. Все ситуации в чем-то сходны, а в чем-то различаются. Поэтому применение этого принципа в действительности требует от нас ответа на вопрос о том, являются ли данные случаи сходными для целей применения данной нормы. Соответственно, понятие «сходные случаи» равнозначно понятию «случаи, которые должны разрешаться сходным образом») [16, с. 18–19].

#### **Неполнота закона, пробельность в регулировании**

Другим аргументом в пользу тезиса о неустранимости неопределенности права и, соответственно, усмотрения правоприменителя является обоснование принципиальной неполноты закона (правовой системы), обусловленной, в частности, разрывом между абстрактным характером общих норм и конкретностью случая, вынесенного на рассмотрение суда. При этом к числу факторов, определяющих неустранимость данного разрыва, следует отнести как уникальность мышления каждого человека, так и невозможность остановить общественное развитие<sup>7</sup>.

Наличие пробелов в праве требует применения ряда методик, несводимых к формально-логическим процедурам конкретизации воли законодателя, а на самом деле предполагающих наиболее глубокое вторжение правоприменительных органов в правовое регулирование. В частности, усмотрение судьи необходимо при обосновании правомерности применения аналогии права и закона, при ссылках на принципы, общие начала, справедливость, разумность участников отношений и т.п.

Неизбежность автономии правоприменителя становится очевидной, если сопоставить неустранимость пробелов с закрепленным в ряде правовых порядков (Франция, Швейцария, Австрия и др.) принципом недопусти-

<sup>7</sup> Существенное влияние на развитие общественной жизни и появление новых отношений оказывает развитие техники, науки и знаний, новые общественные институты и пр. Так, например, возникновение цифровых технологий заставило заново переосмыслить действенность механизма авторского права.

мости отказа в правосудии. Так, в частности, запрет на отказ в правосудии в случае отсутствия применимой нормы закона зафиксирован в ст. 4 Французского Гражданского кодекса (подробнее об этом см.: [4, с. 72]).

#### **Абстрактность правил и конкретные ситуации. Усмотрение в определении фактического состава**

Принципиальная неустранимость неопределенности права следует из неспособности абстрактных правил, по определению имеющих общий характер, учитывать все разнообразие конкретных ситуаций, как существующих, так и могущих возникнуть в будущем. В принципе, данный аргумент связан с предыдущими (о неполноте языка и пробельности права), однако позволяет подчеркнуть некоторые дополнительные аспекты логики разрешения правоприменителем конкретных споров.

Речь идет прежде всего об усмотрении правоприменителя при выделении конкретных фактических составов (фактических ситуаций), которые требуют квалификации при помощи права. Действительность представляет собой аморфную массу событий, фактов, действий, объектов и т.д. Ее структурирование – результат интеллектуальных усилий и предполагает определенное предпонимание ситуации. Формулировки закона, безусловно, оказывают влияние, однако не менее, а, возможно, более важную роль оказывают иные факторы, в том числе доступность информации, готовность к ее восприятию, специфика восприятия, способности к обобщению и концептуализации, наличие необходимого образования, предубеждений, ценностей, нежелание видеть факты, свобода в придании фактам различного веса и т.д. В итоге оказывается, что правоприменитель обладает значительным усмотрением в классификации фактических обстоятельств, выделении фактических составов и, соответственно, подведении их под конкретное правило поведения.

Наконец, следует отметить, что в судебном процессе фактические обстоятельства дела устанавливаются, как правило, не непосредственно, а на основе оценки доказательств, представленных сторонами. Во-первых, стороны могут по различным причинам испытывать затруднения в сборе доказательств. Во-вторых, они, как правило, осуществляют выбор доказательств, которые должны быть представлены правоприменителю. В-третьих, правоприменитель оценивает относимость и допустимость представленных доказательств. В-четвертых, оценка принятых таким образом доказательств осуществляется в их совокупности правоприменителем. Это объясняет, почему установленные правоприменителем фактические обстоятельства дела могут существенно отличаться от реальной ситуации.

Также отметим, что в литературе довольно часто оспаривается статус деятельности по установлению фактов в качестве дискреционной [11, р. 35–37]. Однако следует учитывать, что отбор релевантных фактов предполагает конкретизацию общих стандартов (правил поведения). В этом смысле граница между деятельностью по конкретизации правовых предписаний и установлению фактического состава оказывается размытой.



**Противоречивость правил поведения. Амбивалентность, необъективность и недирективность юридической теории**

В значительной степени является неизбежной противоречивость закона (либо различных правовых актов внутри правовой системы), требующая активности суда по устранению таких противоречий. Уместно заметить, что требование системности права представляет собой один из наиболее важных ограничителей для законодателя, который должен считаться с сопротивлением правовой системы включению в нее чужеродных юридических конструкций. Если законодатель игнорирует требование системности (как это часто имеет место в силу недостатка квалификации либо по причине политической целесообразности), то по необходимости решением проблемы противоречий приходится заниматься правоприменителю, прежде всего суду (например, прямо поправляя законодателя либо полностью игнорируя принятый закон)<sup>8</sup>.

Ряд представителей *Critical Legal Studies* утверждают, что любое право в правовой системе обычно сопровождается контрправилем, что позволяет правоприменителю в каждой конкретной ситуации принимать любое решение<sup>9</sup>. В подтверждение принципиальной противоречивости права часто ссылаются на теорему К. Геделя о неполноте (о принципиальной неполноте формализованного знания). Речь идет о том, что любая достаточно богатая аксиоматическая система не может одновременно быть полной и непротиворечивой, что внутри любой непротиворечивой формальной системы присутствуют неразрешимые предложения, т.е. предложения, которые недоказуемы и одновременно непроверяемы. Соответственно, всякая достаточно богатая непротиворечивая формальная система непременно неполна, что означает невозможность полной формализации человеческого знания.

В приложении данной теоремы к праву это означает невозможность полной формализации права. Это означает, что любая правовая теория основывается на некоторых неразрешимых предложениях, т.е. постулатах (аксиомах), которые не могут быть обоснованы либо принимаются как самоочевидные или принимаются на основании консенсуса. Соответственно, полное юридическое обоснование предполагает использование внеправовых аргументов (отсылку к морали, экономической эффективности и т.п.), что вносит неопределенность в аргументацию, открывает возможность для усмотрения правоприменителя и манипуляции с результатом. Многие из используемых внеюридических оснований – отсылка к эффек-

<sup>8</sup> Так, например, возможность существования ценных бумаг в бездокументарной форме потребовала «творческой» интерпретации данной проблемы судебными органами, распространившими на такие бумаги институт виндикации, предназначенный, строго говоря, для защиты владения индивидуально-определенными вещами. Хорошо заметно, что подсказываемый правосознанием требуемый результат (защита прав акционеров) предшествовал найденному правовому решению.

<sup>9</sup> В частности, Д. Кеннеди приводит пример из договорного права, касающийся необходимости встречного предоставления как условия обязывающего характера договора. Тем не менее данное условие сопровождается нормой о возможности считать такое соглашение обязывающим, если судья усмотрит, что имело место подразумеваемое расторжение прежнего контракта и заключение нового, включающего подразумеваемое обременяющее условие [13, p. 1700].

тивности в *Cost-Benefit Analysis*, иные утилитаристские аргументы – сами являются источником неопределенности [14, p. 387].

Также часто указывается на то, что юридическая доктрина, обосновывающая правила поведения и конкретные юридические решения, с необходимостью является противоречивой либо включает неразрешимые в рамках данной системы предложения.

Так, представители *Critical Legal Studies* отмечают, что во всех правовых системах любой принцип сопровождается контрпринципом (и даже жестче – любое правило сопровождается контрправилом). Например, в рамках юридической теории одновременно используются противоречивые начала индивидуальной автономии и коллективизма [9, p. 847], неприкосновенности частной собственности и ее ограничения в общественных интересах, свободы договора и защиты слабой стороны, личной свободы и необходимости обеспечения безопасности, личной ответственности и патернализма и т.п. Как отмечал J. Singer, одной из причин невозможности снятия противоречий является то, что современная юриспруденция одновременно апеллирует как к тезису о правах, так и к утилитаризму (базовое противоречие метатеории). Разрешение данного противоречия предполагает обращение к более общей метатеории, которой пока (по крайней мере в удовлетворительной форме) не предложено: такая теория либо излишне неопределенна, либо внутренне противоречива.

Как отмечается в литературе [16, p. 25–40], сами такие теории и их обоснования не могут обеспечить объективность (интерсубъективную валидность, обоснованность определенными рациональными основаниями) правовых предписаний. Проблема субстанциональных теорий, т.е. теорий, претендующих на то, что они точно описывают некоторый внешний первоисточник права (к таким теориям могут быть отнесены естественно-правовая, позитивизм и др.), прежде всего заключается в необоснованности их претензий на обладание методом, который позволяет в каждом конкретном юридическом решении отразить интерсубъективно воспринимаемую (объективную) основу права (природу, порядок вещей, божественную волю, команды суверена и т.п.). Данное затруднение однопорядково с проблемами эпистемологической теории, основанной на квалификации знания как отражения реальности (тезис об отражении реальности доказать невозможно). Наконец, следует учитывать, что большинство так называемых «первооснований» права представляют собой семантически неразрешимые категории.

Процедуральные теории основаны на тезисе о том, что закон может считаться обоснованным (объективным) в случае, если правовое предписание сформулировано по итогам определенной процедуры, в рамках которой были учтены все релевантные факторы. Использование корректной логики принятия решений должно позволить прийти к интерсубъективно валидным результатам. В частности, к таким процедурам в рамках различных теорий были отнесены взвешивание интересов, конвенциональные методики (общественный договор и т.д.), экономический анализ и др. Однако во многих случаях ссылка на рациональность предлагаемых

процедур является ложной и выполняет функцию прикрытия для неформализованного усмотрения, например, когда утверждается, что суд лишь беспристрастно выводит конкретные правила поведения из абстрактных норм конституции, либо когда делается ссылка на теории, включающие латентный круг в обосновании (например, бинарная оппозиция «частное – публичное» используется в различных теориях, которые, в свою очередь, используются для обоснования друг друга).

Часто используемые ссылки на универсальность мыслительных процессов, позволяющую приходиться к интерсубъективным выводам, эмпирически не подтверждаются. Данный тезис в более слабой форме также является неудовлетворительным. Так, если речь идет о «нормальном дискурсе» по Т. Куну, то мы приходим к кругу в обосновании: правило поведения считается обоснованным, поскольку основывается на объективных основаниях; основания считаются объективными, так как люди их принимают; таким образом, люди принимают правила поведения, поскольку они соглашаются с ними. Идея рационального консенсуса (т.е. такого, который будет достигнут, если в основу процедуры лягут определенные рациональные правила, например условия общественного договора по Дж. Ролзу) также является неудовлетворительной, поскольку интегрирует две противоречащие друг другу идеи – обоснования правовой теории консенсусом (формальное основание) и процедурой взвешивания всех содержательных факторов (содержательное основание), которые и по отдельности не позволяют сделать юридическую теорию объективной (обоснованной).

В литературе указанная аргументация часто оспаривается, при этом контраргументом выступает то, что юридический дискурс не является чисто теоретическим, но имеет и практический характер, что способно уменьшить зону неопределенности, разрешать противоречия. Кроме того, отмечается, что неопределенность в обосновании правил не влечет непременно неопределенности самих правил [8, р. 3; 5–8; 15–17].

#### **Дисфункции, противоречие фактических результатов целям закона**

На практике дисфункциональность законодательного акта часто служит основанием для принятия решения, отличающегося от прямо предписанного нормой права. При этом противоречие между целями закона и реальными результатами не может быть устранено. В числе причин – невозможность предсказать все разнообразие ситуаций и их контекстов, существующих в данный момент и способных возникнуть в будущем. При этом соответствие результата регулирующего воздействия признанным принципам, ценностям, морали прежде всего определяется контекстом (в котором существует ситуация), не являющимся ни определенным, ни предсказуемым, а также самими изменчивыми принципами, ценностями, моралью.

#### **Правило и его исключение**

Как уже отмечалось выше, правовое предписание имеет смысл только в контексте. Это относится не только к его содержанию, но и к свойству нормативности, обязательности. Невозможностью предсказать контекст



применения правила обусловлена невозможность определения сферы его применения, т.е. круга ситуаций, для которых правило будет считаться обязательным.

Данная проблема обычно формулируется через противопоставление правил и исключений. Возможность существования исключений из правил лишает право определенности. Проблема заключается в том, что каким бы определенным ни было правило поведения, всегда может быть найден некоторый более общий принцип, который бы обосновывал возможность исключений из правила в тех или иных ситуациях. Например, принцип равенства перед законом потенциально способен обосновать неприменение любого специального правила, а принцип защиты слабой стороны (в более общей формулировке, государственного патернализма либо обеспечения безопасности) – любого общего правила. При этом такой принцип вовсе не обязательно должен быть четко зафиксирован в писаном праве.

Соответственно, право остается неопределенным вне зависимости от того, насколько лингвистически определено оно сформулировано. Определенность – это функция не правила, а контекста.

#### **Неопределенность правил толкования правовых предписаний и восполнения пробелов**

Концепции, стремящиеся обосновать маргинальность проблемы неопределенности права, часто указывают на правила толкования правовых предписаний и восполнения пробелов как на средство, позволяющее ее решать с достаточной степенью эффективности. Создавая впечатление урегулированности порядка разрешения трудных случаев, рассматриваемые средства не просто маскируют широту дискреции правоприменителя, но и при определенной подаче могут использоваться для целей «спасения» дедуктивной модели правоприменения.

Главное возражение заключается в том, что правила толкования – это такие же правила поведения, которые по описанным выше причинам заключают в себе неопределенность, не обуславливают определенный результат, а значит, не могут обеспечить определенность правовых предписаний.

Далее, существует неопределенность в отношении обстоятельств (порядка) применения правила толкования. Например, следует ли применять правила толкования в случае, когда буквальные формулировки закона не позволяют установить точное их значение либо если предписываемый результат противоречит цели закона и т.д.? Что такое точное значение нормы? Как оно соотносится с контекстом применения нормы, в том числе с конкретным трудным случаем?

Следует учитывать, что в большинстве правовых систем используется целый набор правил (методов) толкования, применение которых часто приводит к противоположным результатам. Однако данные правила (методы) редко четко фиксируются законодательством, чаще сами они и условия их применения вырабатываются доктриной и практикой, что само

по себе влечет неопределенность в их существовании (действительности) и порядке их применения. Соответственно, в большинстве правопорядков не существует однозначных правил применения противоречивых правил толкования законодательства.

Сходной в целом является ситуация и с учением о восполнении пробелов в праве. Сложно отрицать, что метод аналогии предполагает творческий подход правоприменительного органа, в частности на стадии обоснования сходства отношений, выбора сходной правовой нормы, ее интерпретации в связи с требующим регламентации случаем и т.п. Аналогия предполагает, по сути, выбор таких признаков, сходство которых является основанием для вывода о сходстве, и иных существенных признаков правоотношений, а значит, о возможности распространения на них нормы права. Интересно, что логика вывода «от обратного» строится по той же схеме: совпадение лишь некоторых известных признаков выступает в качестве основания для вывода о принципиальном различии правоотношений и невозможности распространения правовой нормы. Логически метод аналогии во многом похож на метод индукции, предполагающий распространение выводов, относящихся к известным явлениям, на неизвестные (анализ метода аналогии см.: [12; 10]).

#### Факторы, определяющие расширение сферы административного усмотрения

Неустрашимость административного усмотрения может быть продемонстрирована через описание пределов реализации модели формальной рациональности в современном государственном управлении<sup>10</sup>.

Модель формальной рациональности в значительной степени соответствует классической модели правоприменения как принятия индивидуальных решений на основе общих правил поведения. Соответственно, формально-рациональное управление основано на четком различении между правовыми предписаниями, с одной стороны, и моральными и политическими принципами – с другой. Управленческие решения принимаются на основе правовых правил поведения с использованием методов логического и системного анализа. Соответственно, модель формальной рациональности в минимальной степени допускает усмотрение административных органов.

Модель субстантивной рациональности хотя и допускает существование правовых стандартов, ограничивающих правление, однако делает акцент на наиболее эффективных способах достижения конкретных социальных целей. Соответственно, в данном случае оказывается несущественным использование общих правил как способа социальной координации. Наоборот, максимальная индивидуализация решений позволяет реализовывать социальные цели наиболее полно. Соответ-

<sup>10</sup> Речь идет о введенных М. Вебером понятиях рационально-легального правления, формальной и содержательной (субстантивной, substantive) рациональности (см.: [11], p. 66).

ственно, административное усмотрение в рамках данной модели может быть представлено наиболее широко. Это, однако, имеет место за счет стабильности и предсказуемости, которые позволяет обеспечить метод общих правил поведения.

Ряд исследований демонстрируют невозможность последовательной реализации модели формальной рациональности в современном государстве [15, р. 76]. Укажем на некоторые из оснований для такого вывода.

Прежде всего, само разграничение между формальной и субстантивной рациональностью в реальной практике представляется проблематичным. Здесь следует привести все аргументы, касающиеся неопределенности правовых предписаний. Соответственно, модель формальной рациональности представляет собой конструкт, слабо совместимый как с логикой выведения индивидуальных решений из общих правил, так и с реальной практикой применения общих правил.

Другая проблема реализации модели формальной рациональности в государственном управлении заключается в ограничении сферы факторов, учитываемых при принятии управленческих решений. Преимущества модели общих правил (предсказуемость, стабильность) могут быть реализованы только в случае, если индивидуальное решение поставлено в зависимость от конечного перечня факторов (условий). Соответственно, модель формальной рациональности не подходит для координации в сферах с большим либо непредсказуемым перечнем релевантных факторов. Это имеет место, в частности, в случае, если к управленческим решениям предъявляются требования эффективности. Соответственно, модель формальной рациональности не соответствует характеру задач, стоящих перед современным государством.

Ключевым основанием для расширения сферы административного усмотрения стал переход от государства-«ночного сторожа» к современному государству, сопровождаемый ростом сферы государственного регулирования и расширением перераспределительных практик (конец XIX – XX в.). О широте государственного вмешательства можно получить представление, если проанализировать перечень государственных ведомств и набор их функций и полномочий. Однако логика реализации широкого набора целей современного государственного управления по содержанию плохо стыкуется с классической частноправовой моделью регулирования как установления общих правил игры, фиксирующих стихийно сложившиеся практики. Решение задач требует каждый раз принятия решений *ad hoc*, ориентированных на специфику конкретного случая. В этих условиях практически невозможно выделить общие места, которые могут быть «схвачены» посредством общих правил.

Сама широта регулирующего вмешательства сделала невозможным для законодательных органов обеспечивать полноценное регулирование указанных сфер посредством законодательных актов, что обусловило необходимость делегирования регулирующих полномочий органам исполнительной власти. Однако теоретически расширение сферы регулирования само по себе еще не требует отказа от модели регулирования



посредством общих правил (формальная рациональность), пусть и принимаемых на уровне административных органов.

Что важно, с расширением сферы государственного регулирования изменился характер решаемых задач и, соответственно, набор методов их решения. Многие задачи стали рассматриваться как технические и научные, требующие разработки решения экспертами-специалистами. Здесь значение имеет даже не столько само содержание задачи, сколько требования к эффективности ее решения. Соответственно, общая задача раскладывается на набор специальных подзадач, каждая из которых требует специализированного решения, вырабатываемого специалистом в соответствующей области. Это приводит, во-первых, к специализации ведомств, принимающих решения, внутриведомственной дифференциации, а во-вторых, к технологизации процесса выработки решения, основанного на привлечении экспертов. Факторы, которые считают необходимым учитывать эксперты при выработке эффективного решения, зависят прежде всего от уровня знаний в соответствующей области и слабо поддаются формализации и генерализации. Это препятствует выработке общих правил в соответствующей сфере.

Далее, для многих задач цели регулирования являются определенными либо определимыми (например, чистая окружающая среда, отсутствие бедности). Соответственно, процесс выработки решений ориентирован на конкретный результат, что требует применения столь же определенных средств, напрямую способствующих достижению результата. Как правило, это средства, не связанные с установлением абстрактных правил игры.

Кроме того, формированию общих абстрактных правил препятствуют сложность и разнообразие задач и ситуаций, требующих регулятивного вмешательства. Если акцент делается на эффективности решения разнообразных задач, то общие стандарты в данном случае становятся неуместными, поскольку они не позволяют учесть специфику и сложность случая, использовать специфические средства решения задач и противоречат принципу эффективности. Кроме того, разнообразие случаев препятствует нахождению общего, генерализации с целью формирования корпуса общих правил.

Следует также отметить, что большинство из современных задач государственного управления требуют быстрого решения (например, эффективность регулирующих мер в области экономики напрямую зависит от своевременности реакции на неблагоприятную конъюнктуру). Соответственно, процедура принятия таких решений не может быть громоздкой. Как правило, это требует предоставления дискреционных полномочий соответствующим регуливающим органам.

Важным фактором, способствующим расширению практик принятия решений на основе усмотрения, является ограниченность материальных ресурсов. В условиях ограниченности ресурсов неизбежно приходится выбирать между реалистичными способами решения задачи (даже если необходимость ее решения, целевой результат и способы решения аб-

солютно определены). Так, например, несмотря на требование осуществления уголовного преследования в отношении всех лиц, совершивших преступление либо административное правонарушение, ответственные должностные лица на практике привлекают к ответственности далеко не всех правонарушителей.

Наконец, дополнительным фактором расширения сферы административного усмотрения является инкременталистский стиль принятия управленческих решений, характерный для современного общества [6; 7]. Речь идет о том, что в реальной действительности управленческие решения принимаются в контексте ранее принятых решений (сделанных выборов), так что каждое решение лишь в незначительной мере влияет на общую ситуацию. Акцент в данном случае делается на решении актуальной в данной момент проблемы, разрешении существующих конфликтов интересов. Соответственно, лицо, принимающее решение, ориентируется не столько на соображения стратегического планирования, научно обоснованного учета всех релевантных факторов, не на общие правила, а скорее на удовлетворение текущих нужд, на то, что необходимо сделать для решения проблемы, возникшей здесь и сейчас. Принимаемые таким образом решения часто не учитывают системных взаимосвязей с релевантными факторами, а потому часто имеют непреднамеренные последствия. Это, в свою очередь, стимулирует инкременталистский стиль принятия решений в дальнейшем. Соответственно, в рамках такой модели значение общих правил уменьшается, поскольку текущий контекст непредсказуем и не поддается генерализации. Сфера же административного усмотрения, напротив, расширяется.

Keywords: law; legal indeterminacy; judicial discretion; discretionary power; legal standards; legal reasoning.

## ЛИТЕРАТУРА

1. Крипке С. Витгенштейн о правилах и индивидуальном языке. М., 2010.
2. Нерсисянц В.С. Наш путь к праву: от социализма к цивилизму. М., 1992.
3. Нерсисянц В.С. Право – математика свободы: опыт прошлого и перспективы. М., 1996.
4. Радбрух Г. Введение в науку права. М., 1915.
5. Харт Г. Понятие права. СПб., 2007.
6. Braybrooke D., Lindblom C. A Strategy of Decision: Policy Evaluation of a Social Process. New York, 1963.
7. Dunsire A. Administration: the World and the Science. London, 1973.
8. Engle E. The Problems of Indeterminacy and Autonomy of Law. India Law Journal, Vol. 2, October-December 2009.
9. Feinman J.M. Critical Approaches to Contract Law, 30 U.C.L.A. L. Rev. 1983.
10. Feller U. Folgenerwägungen und Rechtsanwendung. Zürich, 1998.
11. Galligan D.J Discretionary Powers. Oxford, 1986.
12. Kaufmann A. Grundprobleme der Rechtsphilosophie. München, 1994.
13. Kennedy D. Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problem: A Critique, 33 Stan. L. Rev. 1981.
14. Kennedy D. Form and Substance in Private Law Adjudication. 89 Harv. L. Rev. 1976.
15. Nonet P., Selznick P. Law and Society in Transition: Toward Responsive Law. 1978.
16. Singer J.W. The player and the Cards: Nihilism and Legal Theory. 94 Yale L. J. 1984–1985.
17. Solum L.B. On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma. 54 U. Chi. L. Rev. 1987.
18. Tushnet M. A Note on the Revival of Textualism in Constitutional Theory. 58 So. Cal. L. Rev. 1985.
19. Wittgenstein L. Philosophical Investigations. Oxford: Blackwell, 1953.



## LEGAL INDETERMINACY AND JUDICIAL DISCRETION AS LIMITATIONS ON THE CENTRALIZED METHODS OF REGULATION

**Kashanin Andrey V.**

Ph.D., Deputy Director of the Institute for Legal Studies, HSE

E-mail: kashanin@mail.ru

Address: National Research University Higher School of Economics,  
20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russian Federation.

### Abstract

This article aims to identify some factors of legal regulation that put limits on the use of centralized methods in law and, in a broader sense, in social governance, primarily factors that inevitably produce legal indeterminacy and make a law-applying entity act at its discretion.

The article is based on a hypothesis that putting a safety hedge around the deductive model of law application with the unawareness of legal indeterminacy and the need for discretionary action on the part of a law-applying entity results in this subject being ousted from the theory of legal reasoning and legal theory in general, primarily in Russian legal discourse.

This has direct practical effects as it hides the availability for a law-applying entity of more than one option for a decision on a specific case and consequently relieves it of the need to publicly explain the motives for its choice. For this reason, any attempt to sustain the illusion that a specific decision in the application of law is deductible from law will have the opposite effect, namely enlargement of discretionary powers, inconsistent and arbitrary judicial and administrative practices, and a less significant role of social governance mechanisms that are based on general rules.

Consequently, any attempt to give a paramount role to centralized regulatory methods in government will have internal limitations that stem from such intrinsic indeterminacy.

The article also purports to systematize arguments underlying the thesis of inevitable indeterminacy and partial autonomy of a law-applying entity in taking decisions regardless of what a law stipulates.

The article analyzes factors such as the linguistic indeterminacy of stipulation, the deliberate ambiguity of a specific law (e.g. the use of "bendable" rules, legal standards, or value judgments), the incompleteness or inconsistency of a law, the discretionary selection of significant facts and discretionary qualifications of specific cases, legal disfunction, contradiction between the objectives of a law and the results of its application, inevitable exceptions from the rules, and indeterminate principles for the interpretation of law and for filling legal gaps.

The reasons for the use of the administrative discretion include a more extensive state regulation, a wider use of redistribution, changes in the nature of tasks to be addressed to public administration and higher standards for their implementation, more sophisticated decision-making technology, the need for law-applying entities to have better knowledge in various specialist fields of law and a more prominent role of specialists, limited resources, and the incremental style of decision-making.

**Keywords:** law; legal indeterminacy; judicial discretion; discretionary powers; legal standards; legal reasoning.

REFERENCES

1. Kripke S. (2010) *Vitgenshteyn o pravilah i individualnom yazike* [Wittgenstein on Rules and Private Language]. Moscow.
2. Nersesyants V.S. (1992) *Nash put' k pravu: ot sotsializma k tsivilizmu* [Our Way towards Law: from Socialism to Civilism]. Moscow.
3. Nersesyants V.S. (1996) *Pravo – matematika svobody: opit proshlogo i perspektivi* [Law is Maths of Freedom: Experience of the Past and Prospects]. Moscow.
4. Radbruch, G. (1915) *Vvedenie v nauku prava* [Introduction to law science] Moscow.
5. Hart G. (2007) *Ponyatie prava* [The Concept of Law]. St. Petersburg.
6. Braybrooke D., Lindblom C. A (1963) *Strategy of Decision: Policy Evaluation of a Social Process*. New York.
7. Dunsire A. (1973) *Administration: the World and the Science*. London.
8. Engle E. (2009) *The Problems of Indeterminacy and Autonomy of Law*. India Law Journal, Vol. 2, October-December.
9. Feinman J.M. (1983) *Critical Approaches to Contract Law*, 30 U.C.L.A. L. Rev.
10. Feller U. (1998) *Folgenerwägungen und Rechtsanwendung*. Zürich.
11. Galligan D.J (1986) *Discretionary Powers*. Oxford.
12. Kaufmann A. (1994) *Grundprobleme der Rechtsphilosophie*. München.
13. Kennedy D. (1981) *Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problem: A Critique*, no 33. Stan. L. Rev.
14. Kennedy D. (1976) *Form and Substance in Private Law Adjudication*, no 89. Harv. L. Rev.
15. Nonet P., Selznick P. (1978) *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*.
16. Singer J.W. (1984–1985) *The player and the Cards: Nihilism and Legal Theory*, no 94. Yale L. J.
17. Solum L.B. (1987) *On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma*, no 54. U. Chi. L. Rev.
18. Tushnet M. A (1985) *Note on the Revival of Textualism in Constitutional Theory*, no 58. So. Cal. L. Rev.
19. Wittgenstein L. (1958) *Philosophical Investigations*. Oxford: Blackwell.