

ОТЗЫВ

официального оппонента

**о диссертации Л.А. Шарниной «Усмотрение в конституционном праве»,
представленной на соискание ученой степени доктора юридических наук по
специальности 12.00.02 - «конституционное право; конституционный судебный
процесс; муниципальное право» (Москва, 2019. - 354 стр.)**

Диссертация посвящена теме, не просто *актуальной*, а животрепещущей. Ведь когда мы говорим об усмотрении органов власти и их представителей, то имеем в виду, прежде всего, вопрос - как обществу защититься от государственного произвола или хотя бы поставить какие-то препятствия на его пути? Степень же произвола властей зависит от характера политического режима. Но и этот характер во многом обязан широте допустимого усмотрения, прежде всего, института-персоны.

Острота темы диктуется также особенностями самих отношений, которые входят в предмет исследования. Речь о том, что усмотрение именно в *конституционном* праве невозможно рассматривать в той же плоскости, теми же методами (точнее, тем же набором методов), посредством которых может рассматриваться дискреция в других правовых отраслях. Конституционные нормы напрямую или косвенно связаны с тем, что можно назвать «политика государства». Тем самым эффект усмотрения становится, так сказать, глобальным. Это аналогично тому, как в электрофизике сильные токи переключаются слабыми.

Диссертация Л.А. Шарниной представляет собой глубокое погружение в теоретическую ткань категории «усмотрение». Автор широко использует как отечественную, так и зарубежную литературу, работы как современных авторов, так и авторов XIX - начала XX веков.

Степень обоснованности научных положений, выводов и рекомендаций, представленных в диссертации, их достоверность подтверждаются соблюдением основных методологических требований к научному исследованию. Наряду с традиционными методами исследования, автор широко использовал феноменологический подход, при котором усмотрение исследуется через непосредственное опытное восприятие. Это обусловлено спецификой объекта исследования, его нормативной неопределенности, границы которой применительно к каждой группе конституционных отношений могут быть выявлены только эмпирическим путем.

Исходную эмпирическую основу исследования составляют отношения, регулирование которых осуществляется конституционно-правовыми нормами, к специфике которых относится относительная определенность и высокая степень абстракции.

Диссертация Л.А. Шарниной представляет собой одно из первых в науке конституционного права комплексных исследований проблем дискреционных отношений с определением категориального аппарата, описанием идеальной модели усмотрения и модели усмотрения – дефекта; формулированием предложений по сокращению и уточнению сферы усмотрения в конституционном законодательстве, а также повышению эффективности его реализации.

Структура работы, состоящей из введения, четырех глав и заключения, позволила соблюсти в диссертации баланс между доктринальными, нормативными и прикладными аспектами исследования, а также между исследованием усмотрения с точки зрения его нормативного регулирования и с точки зрения реализации.

Содержание представленной диссертации позволяет говорить об элементах научной новизны в осмыслении феномена усмотрения в конституционном праве и выстраивании элементов теории усмотрения, а, следовательно, личном вкладе соискателя в развитие науки конституционного права, что *нашло отражение в положениях и выводах* автора, в частности:

1) о формах санкционирования усмотрения: санкции неопределенными конституционными нормами и принципами права, а в случае политической целесообразности - санкции народного правосознания (с. 38-40, 50, 52, 64, 292-293);

2) о влиянии дискреции, заложенной в содержание конституционных норм, на детерминационные связи между юридическими средствами в составе механизма конституционно-правового регулирования, о регулирующем действии усмотрения (с. 51-58);

3) об основаниях допустимого использования усмотрения в конституционном праве (с. 59-69, 71-86) и о критериях реализации усмотрения в качестве правомерного юридического средства (с. 86-110);

4) об общих публичных императивах властеотношений, которым должно быть подчинено усмотрение в конституционном праве, вне зависимости от характера общественных отношений, в которых оно используется (с. 60-68);

5) о наличии фактических оснований усмотрения в виде объективной невозможности формализации общественных отношений и необходимости их публично-правового упорядочения (с. 75-86);

6) о существовании, наряду с нормативными пределами, объективных пределов усмотрения, представляющих собой требования морали, формальной логики, физические, политические, экономические, социальные законы, в которых выражаются цели правового регулирования и правоприменения, интересы личности (общества) и государства, в

соответствии с которыми осуществляется выбор дискреционного решения исходя из наличных фактических обстоятельств и соответствие которым является условием признания дискреционного решения обоснованным (с. 99-107).

7) о видах нарушений нормативных и объективных пределов усмотрения: правонарушении, безвиновном нарушении правовых норм, злоупотреблении дискреционными полномочиями (правовом произволе, хотя точнее, на мой взгляд, говорить о *юридическом* произволе) (с. 111-122).

8) о «политическом» («политико-административном») конституционном контроле, институциональными формами которого являются контрольные полномочия высших органов власти, реализуемые в рамках механизма разделения властей, и общественном контроле, состоящем в публичном выражении отказа в народном санкционировании действий и решений органов власти путем направления петиций, проведения протестных мероприятий (с. 239-283).

Имеет научную ценность проведенное соискателем *соотношение понятий «злоупотребление правом», «злоупотребление дискреционными полномочиями» и «превышение нормативных пределов усмотрения»* (с. 111-122). Весьма аргументированы выводы о том, что злоупотребление дискреционными полномочиями не поддается прямому переводу в нормативные конструкции позитивного права, так как акт реализации усмотрения формально не нарушает нормативных пределов, но по своему содержанию противоречит цели установления дискреции. То есть злоупотребление дискреционным полномочием - нарушение объективных пределов усмотрения - это неправомерное по сути, но формально законное деяние.

Автору удалось определить, исходя из природы территориальных отношений, основные *стадии* процесса изменения территориальной организации, их последовательность, вид и цели усмотрения, реализуемого на каждой из стадий, критически оценить действующее законодательство (с. 192-213).

Вместе с тем в диссертации соискателя можно встретить положения, вызывающие вопросы и потому требующие дополнительной аргументации.

1. Замечательно, что автор глубоко проникла в теоретические вопросы. Но высшее искусство исследователя, если он стремится оказать влияние на сущее, состоит в том, чтобы, во-первых, четко формулировать свои теоретические положения, а, во-вторых, переводить их на более практический, менее отвлеченный язык. К сожалению, это -- распространенный недостаток в нашей литературе. Психологически он понятен: когда автор глубоко погружен в тему, «ушел в нее с головой», то забывает, что далеко не всякий читатель находится в таком же состоянии. Поэтому хотя бы иногда нужно «выныривать»

из повествовательной ткани и вспоминать о читателе. Вот этого «выныривания» мне не хватает в диссертации, отчего ее практическая ценность снижается. Тем более, что Л.А. Шарнина свои выводы (например, тезисы, выносимые на защиту) формулирует в очень сложной грамматической конструкции.

2. Довольно странный тезис присутствует на с. 12 диссертации, где говорится, что «институциональными императивами властеотношений, подлежащими учету при наделении дискреционными полномочиями, являются требования о предоставлении дискреции только лицам, удовлетворяющим политическому и этическому цензам...». Но ведь дискреция - это не награда, чтобы исходить из качеств лица. Это не частное замечание, а одна из иллюстраций некоторой размытости понятийных рамок.

В качестве другого примера недостаточной четкости выражаемых позиций можно привести тезис на с. 49: «У дискреционных полномочий структура иная: компонент правомочия становится преобладающим. Это выражается в том, что неиспользование дискреционных полномочий в некоторых случаях не влечет ответственности. Так, непринятие закона, даже в случае, если в Конституции РФ *содержится норма, отсылающая к нему, не является для Государственной Думы правонарушением, влекущим неблагоприятные последствия*».

Во-первых, термин «правомочие» обычно применяется в частно-правовых отношениях, а не в публичном праве. Во-вторых, принятие/непринятие закона *не дискреционное* полномочие. То же самое относится и к деятельности Президента РФ. Ведь одно дело - решение *использовать или не использовать* свое полномочие (например, вводить или не вводить чрезвычайное положение), другое - *в каком объеме, какими методами* и т.п. осуществлять (реализовывать) полномочие. Наконец, в-третьих, непринятие закона может иметь причиной •- отсутствие необходимого кворума для принятия решения (большинства голосов) или нежелание вообще выносить проект на обсуждение. Но это - политические, а не правовые основания. Хотя, разумеется, есть в нашем конституционном праве императивы для принятия тех или иных законов. Например, об этом говорит ст.9 ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации», среди прочего, предусматривающая роспуск законодательного органа субъекта РФ, если он не устранил противоречия федеральному законодательству в течение шести месяцев со дня вступления в силу судебного решения, или ст.83 ФКЗ «О референдуме Российской Федерации», гласящая: «Если для реализации решения, принятого на референдуме, требуется издание нормативного правового акта, федеральный орган государственной власти, в компетенцию которого входит данный вопрос, обязан в

течение 15 дней со дня вступления в силу решения, принятого на референдуме, определить срок подготовки этого нормативного правового акта, который не должен превышать три месяца со дня принятия решения на референдуме». Правда, в последнем случае санкции за неисполнение не предусмотрены.

3. Мне кажется, что автор, желая в силу своей добросовестности охватить как можно более широкий круг отношений и субъектов этих отношений, слишком расширила понимание усмотрения.

- Прежде всего, это относится к параграфу 3.1, который так и называется «Судебное и административное усмотрение в конституционном праве». Однако никакого отношения к конституционному праву содержание параграфа, на мой взгляд, не имеет. Было бы хорошо, если бы на защите автор пояснила этот момент.
- Зачастую Л.А. Шарнина применяет понятие «усмотрение» к действиям (акциям, процессам), которые к категории усмотрения вообще не имеют отношения. Вот, на с.51 говорится: «Приоритет *actio* над субъективным правом можно назвать одной из самых заметных характеристик конституционного права. Причем в конституционной практике регулирующие воздействие имеют не только правоприменительные акты, но и действия высших органов государственной власти и должностных лиц. Так, изменение положения главы государства в системе высших органов государственной власти в период президентства Д.А. Медведева, вызванное созданием *политического тандема "Президент РФ – Председатель Правительства РФ"*, в своей основе имело не правоприменительный акт, а акты непосредственной реализации усмотрения высших должностных лиц государства при осуществлении ими своих полномочий». Но это - чисто *политтехнологическая конструкция. И тут правом, извиняюсь, далее не пахнет. Соответственно, нельзя говорить и о дискреции.*
- На с.69 говорится: «Усмотрение, как было отмечено ранее, может использоваться в качестве инструмента, замещающего действие правовых норм: противопоставляющего себя им, и, в случае получения народной санкции, устанавливающего новый правовой порядок (фактическое властвование). В этих случаях оно выступает первичным средством упорядочения публичных отношений». Но разве усмотрение - это альтернатива норме, а не зона *допустимого в рамках нормы!* Вообще в диссертации очень разные явления охватываются одним термином

«усмотрение». Сомневаюсь, что это правильно.

- С этим связано и в некотором смысле *противопоставление усмотрения правовым нормам*. Так, на с.284 говорится: «Дискреция, заложенная в содержание конституционных норм, является причиной ослабленности детерминационных связей между правовыми нормами, правоотношениями и актами реализации права. Поэтому реализуемое властными субъектами конституционного права усмотрение имеет регулирующее воздействие, сравнимое с силой правовых норм». Означает ли это, что индивидуальное регулирование (а, скорее, это – правоприменение) уравнивается с нормативным?
- К сожалению, в диссертации я не нашел ясного ответа на вопрос об *отличиях усмотрения от злоупотребления полномочиями*. С этим связана проблема пределов усмотрения, о которой автор пишет, но четкого ответа я не нашел. Конечно, очень хорошо, что диссертант анализирует различия между злоупотреблением субъективными правами и полномочиями. Но, во-первых, представляется спорным утверждение (с.118), что «субъективное право всегда реализуется в своем интересе». Ведь некоторые права индивида могут осуществляться и *в защиту публичного интереса* (хотя, к сожалению, у нас такая парадигма не очень отражена в законодательстве и на практике). А, во-вторых, если «злоупотребление дискреционными полномочиями происходит в случаях, когда обладатель полномочий *действует в целях* извлечения личной и (или) групповой, в том числе и в пользу третьих лиц, политической, материальной, или иной *выгоды*, а также исходя из неверно понятых общественных интересов» (с. 120), *как можно выявить такие цели?* А главное, кто и как может отреагировать на такое злоупотребление?

4. По тексту диссертации я отметил и другие, более частные недостатки. Назову только два:

- Мне показалось, что не вполне корректно оформлено заимствование из докторской диссертации О.М. Родионовой «Правовые формы реализации волевых отношений в механизме гражданско-правового регулирования» (с. 53).
- На с. 54 «правовое регулирование» ошибочно противопоставляется «индивидуальному». В.В. Глазырин и В.И. Никитинский, которых при этом автор цитирует, вообще не имели в виду такое противопоставление, если судить по приведенной цитате: «общие свойства объектов правового

воздействия, существенные для правового регулирования данного вида общественных отношений, должны найти отражение в норме права (как правиле общего действия)».

Тем не менее, указанные замечания не умаляют значимости диссертационного исследования. Диссертация отвечает требованиям, установленным Московским государственным университетом имени М.В. Ломоносова к работам подобного рода. Содержание диссертации соответствует паспорту специальности 12.00.02 – «конституционное право; конституционный судебный процесс; муниципальное право» (по юридическим наукам), а также критериям, определенным пп. 2.1-2.5 Положения о присуждении ученых степеней в Московском государственном университете имени М.В. Ломоносова, а также оформлена, согласно приложениям № 5, 6 Положения о диссертационном совете Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова.

Таким образом, соискатель Шарнина Любовь Александровна заслуживает присуждения ученой степени доктора юридических наук по специальности 12.00.02 - «конституционное право; конституционный судебный процесс; муниципальное право».

Официальный оппонент:

доктор юридических наук,
профессор Департамента дисциплин
публичного права Национального
исследовательского университета
«Высшая школа экономики»

4 декабря 2019г.

М.А. Краснов



Подпись заверяю

СПЕЦИАЛИСТ ПО КАДРОВОМУ ДЕЛОПРОИЗВОДСТВУ
ОТДЕЛА КАДРОВОГО АДМИНИСТРИРОВАНИЯ

УПРАВЛЕНИЯ ПЕРСОНАЛА
Т. В. ЩЕГОЛЬСКАЯ

[Handwritten signature]