

ПОМОЖЕТ ЛИ АНТИКОРРУПЦИОННАЯ ЭКСПЕРТИЗА ПРОТИВОДЕЙСТВИЮ КОРРУПЦИИ В РОССИИ?¹

© 2011 г. Анатолий Васильевич Нестеров²

Краткая аннотация: в статье рассматриваются дискуссионные вопросы антикоррупционной экспертизы, анализируются положения норм Федерального закона “Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов” и сформулирован ряд предложений по актуализации института антикоррупционной экспертизы.

Annotation: this article reviews debatable questions of the anti-corruption examination, contains the analysis of regulations, providing by Federal Law “On Anti-Corruption Examination of Regulatory Acts and their Drafts”, formulates a number of suggestions concerning actualization of anti-corruption examination institute.

Ключевые слова: антикоррупционная экспертиза, Россия, коррупционные факторы, коррупциогенные нормы.

Key words: the anti-corruption examination, Russia, corruption factors, corruption prone regulations.

Актуальным вопросам разработки научно-методической базы проведения оценок нормативных правовых актов Российской Федерации на коррупциогенность уделяют внимание ученые, занимающиеся проблемой коррупции. Однако до сих пор в оценке данного явления не выработано единого мнения³. Федеральный закон “Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов” от 17 июля 2009 г.⁴ (далее – Закон об антикоррупционной экспертизе) продемонстрировал разногласие по этому вопросу и среди законодателей (разработчиков законопроекта).

Законодатели как продуценты, которые продуцировали продукт власти (закон), верят, что Закон, несомненно, поможет в противодействии коррупции в правоустановительной деятельности. Однако существуют скептики, сомневающиеся в этом. Попытаемся аргументировать данное предположение.

Нормативные правовые акты являются продуктами деятельности, но не элементами действительности, поэтому для изучения вопросов противодействия коррупции воспользуемся производственным подходом⁵. Если продукты деятельности не соответствуют обязательным требованиям нормативных правовых актов, то они не имеют права на общественное использование.

Одним из основных обязательных требований является безопасность продукта. Безопасность вещественных продуктов (продукции) регламентируется техническими регламентами,

которые, в свою очередь, регулируются Федеральным законом “О техническом регулировании” от 27 декабря 2002 г.⁶

Нормативные правовые акты (продукты всех ветвей и уровней власти) также должны регулироваться и регламентироваться. Однако это особые продукты деятельности, представляющие нормы, на соответствие которым проверяются другие продукты деятельности.

Если продукт деятельности не соответствует норме, он должен меняться. Если же элемент (продукт) действительности не соответствует норме, должна меняться норма. Это связано с тем, что данная норма является продуктом деятельности, и она неадекватно отображает действительность. Конечно, возможны варианты, когда начинают исправлять действительность, подгоняя ее под “идеальные” нормы, но тогда начинается борьба власти с обществом.

В этой связи власть не может менять саму себя, ей приходится обращаться к обществу. При этом только конкретные члены общества, сталкиваясь с коррупцией во власти, могут реализовать механизм нормоконтроля для изменения норм на адекватную действительности сторону.

В то же время должен существовать сам механизм нормоконтроля, базирующийся на правовых критериях. В качестве таковых должны выступать принципы права и, безусловно, Конституция РФ, которая, в свою очередь, представляет легитимные принципы права.

Поэтому Закон об антикоррупционной экспертизе должен соответствовать тем нормам, которые он установил, в частности правовым принципам (ст. 2), что не наблюдается. Закон содержит много недостатков (внутренних и внешних коллизий, неясностей, пробелов), однако его приходится рассматривать как шаг в деле противодействия коррупции. В настоящее время указанный Закон может анализировать общественность, давая предложения по его совершенствованию, а также в очередной раз поднимая вопрос о необходимости принятия закона о правовых актах. Тем не менее данный шаг мог бы быть более широким.

Изучение Закона об антикоррупционной экспертизе позволяет сделать вывод о наличии ведомственных противо-

¹ Статья подготовлена в рамках научного гранта ГУ – Высшая школа экономики по программе “Научный фонд ГУ–ВШЭ в 2009 г.”.

² Профессор ГУ – Высшая школа экономики, аккредитованный при Министерстве юстиции РФ эксперт по антикоррупционной экспертизе (Распоряжение № 1595р от 4 июня 2009 г.) (E-mail: nesterav@yandex.ru).

³ См.: например: Материалы конференции “Актуальные вопросы разработки научно-методической базы проведения оценок нормативных правовых актов Российской Федерации на коррупциогенность” (Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, 2008 г.).

⁴ См.: Собрание законодательства РФ. 2009. № 29. Ст. 3609.

⁵ См.: Нестеров А.В. Правовые основания антикоррупционной экспертизы // Безопасность бизнеса. 2009. № 2. С. 46 – 48.

⁶ См.: Собрание законодательства РФ. 2002. № 52 (Ч. 1). Ст. 5410.

речей, которые проявляются на терминологическом уровне. В частности, вместо термина “экспертиза на коррупциогенность”⁷ установлен термин “антикоррупционная экспертиза”. В Законе появился еще один субъект антикоррупционной экспертизы – Прокуратура РФ.

Изменилось название фактора, влияющего на коррупцию. В Законе он называется коррупциогенным, а не коррупционным. Казалось бы, какая разница, как назвать причины, приводящие к коррупции, главное, чтобы не существовало слишком много значений у легитимного термина (используемого в Законе). Однако это не так. В Законе отсутствует упоминание о коррупциогенных нормах. Если норму рассматривать как продукт власти, то норма, не соответствующая обязательным требованиям по антикоррупционной безопасности, должна считаться не пригодной, т.е. коррупциогенной. Но для такого юридического признания недостаточно мнения эксперта-прокурора или иного эксперта, в том числе так называемого независимого эксперта.

Экспертное заключение, если оно соответствует обязательным (легитимным) требованиям, можно рассматривать как заключение эксперта (как один из источников доказательств) при принятии властью юридически значимого решения. Однако такое решение можно оспорить, если вторая сторона, которая проектировала данную норму, не согласна с таким решением и сомневается в том, что выводы в заключении эксперта соответствуют всем необходимым (процессуальным и/или процедурным) требованиям.

Фактически Закон об антикоррупционной экспертизе не установил ни прав, ни обязанностей, ни ответственности экспертов, которые должны выполнять такие экспертизы, что в дальнейшем приведет к неопределенности и множеству споров по поводу трактовки той или иной нормы законодательного акта.

Закон об антикоррупционной экспертизе состоит из пяти статей, размещенных на восьми страницах текста. Он весьма лаконичен и содержит много отсылок к нормам, требующих множества официальных комментариев. Скорее всего его ждет судьба неоднократного изменения и дополнения.

В ст. 1 определены сфера действия Закона и цель, а также приведена дефиниция термина “коррупциогенные факторы”, которая сильно отличается от дефиниции, данной в Постановлении Правительства РФ от 5 марта 2009 г. № 195. К ним относятся факторы, создающие условия для проявления коррупции. В этой связи у экспертов появляется первая трудность, заключающаяся в том, что же они должны исследовать. При этом считается, что коррупциогенными факторами являются положения нормативных правовых актов и их проектов, устанавливающие для правоприменителя необоснованно широкие пределы усмотрения или возможность необоснованного применения исключений из общих правил, а также положения, содержащие неопределенные, трудновыполнимые и/или обременительные требования к гражданам и организациям и тем самым создающие условия для проявления коррупции. Таким образом, в самих факторах заложены критерии для их сравнения.

Закон декларирует, что он направлен на организацию выявления коррупциогенных факторов и их последующего

устранения. Однако антикоррупционная экспертиза должна позволить получить доказательства, что исследуемые положения нормативного правового акта не соответствуют установленным требованиям (критериям). Поэтому возникает вопрос: что является объектом и предметом правового регулирования в данном Законе, исходя из его названия?

В противовес Закону в Методике проведения экспертизы проектов нормативных правовых актов и иных документов в целях выявления в них положений, способствующих созданию условий для проявления коррупции, утвержденной Постановлением Правительства РФ от 5 марта 2009 г. № 196⁸ (далее – Методика), используется термин “коррупционные факторы”, т.е. положения проектов документов, которые могут способствовать проявлениям коррупции при применении документов, в том числе могут стать непосредственной основой коррупционной практики либо создавать условия легитимности коррупционных деяний, а также допускать или провоцировать их. К коррупциогенным нормам относятся положения проектов документов, содержащие коррупционные факторы.

Таким образом, фактически наличие коррупциогенного (коррупционного) фактора приводит к дефекту положения нормативного правового акта или коррупциогенности данного положения. В этой связи следует различать факторы и положения (нормы). Для того чтобы выявлять коррупциогенные нормы (несоответствие обязательным требованиям), в нормативных правовых актах и их проектах необходимо на законодательном уровне установить такие требования.

Статья 2 Закона посвящена только принципам организации антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и их проектов, но не экспертизе как процедуре, что выглядит довольно странно. Кроме того, п. 5 данной статьи имеет еще и дефинитивный характер. В частности, в нем, с одной стороны, определены сотрудничающие субъекты (органы, организации и их должностные лица), а с другой – институты гражданского общества, которые обозначены в ст. 5 как организации и граждане. Из ст. 2 видно, что к первым субъектам относятся только федеральные органы исполнительной власти, иные государственные органы и организации, органы государственной власти субъектов РФ, органы местного самоуправления, а также их должностные лица. Напомним, что к федеральным субъектам (органам) государственной власти относятся Президент РФ, Федеральное Собрание РФ (Совет Федерации и Государственная Дума), Правительство РФ (федеральные органы исполнительной власти), суды РФ. Кроме того, существуют государственные органы, не являющиеся органами государственной власти. На федеральном уровне к таковым относятся органы Прокуратуры РФ, Счетная палата РФ и ЦИК России.

Согласно Закону антикоррупционная экспертиза делится на ведомственную и независимую. Антикоррупционная экспертиза обязательна, назначается в инициативном порядке и выполняется уполномоченным субъектом. К таким субъектам относятся Прокуратура РФ, федеральный орган исполнительной власти в области юстиции (структурные подразделения Министерства юстиции РФ), органы, организации и их должностные и заинтересованные лица (организации и/или граждане), которые в инициативном порядке проводят так называемую независимую экспертизу. Для того чтобы не противопоставлять данную экспертизу “зависимым” ведомственным, ее необходимо называть альтернативной.

⁸См.: Собрание законодательства РФ. 2009. № 10. Ст. 1241.

⁷См.: Постановление Правительства РФ “Об утверждении Правил проведения экспертизы проектов нормативных правовых актов и иных документов в целях выявления в них положений, способствующих созданию условий для проявления коррупции” от 5 марта 2009 г. № 195 // Собрание законодательства РФ. 2009. № 10. Ст. 1240 (далее – Постановление Правительства РФ от 5 марта 2009 г. № 195).

В соответствии со ст. 3 Закона официальные субъекты антикоррупционной экспертизы (органы, организации и их должностные лица, в том числе Прокуратура РФ и Министерство юстиции РФ) выполняют ее по единой методике, но исходя из ведомственного порядка их проведения. В Постановлении Правительства РФ от 5 марта 2009 г. № 195 определен порядок экспертизы на коррупционность не только в Министерстве юстиции РФ, но и независимыми экспертами⁹. При этом в министерстве утвержден приказ, регламентирующий аккредитацию последних. Однако в Законе положения, регулирующие аккредитацию независимых экспертов, отсутствуют.

В качестве объектов антикоррупционной экспертизы выступают принятые нормативные правовые акты органов, организаций и их должностных лиц, а также их проекты. К ним Закон относит федеральные законы, указы Президента РФ, постановления Правительства РФ, нормативные правовые акты иных государственных органов и организаций и их проекты, а также проекты концепций и технических заданий на разработку проектов федеральных законов, проекты официальных отзывов и заключений на проекты федеральных законов.

Предмет антикоррупционной экспертизы зависит от субъекта экспертизы. В частности, Министерство юстиции РФ проводит антикоррупционную экспертизу нормативных правовых актов (их проектов), регулирующих общественные отношения, затрагивающие права, свободы и обязанности человека и гражданина, устанавливающих правовой статус организаций или имеющих межведомственный характер, а также уставов муниципальных образований и муниципальных правовых актов о внесении изменений в уставы последних.

Антикоррупционная экспертиза может проводиться в рамках существующей правовой экспертизы, которая осуществляется Министерством юстиции РФ, либо в рамках прокурорского надзора, либо самостоятельно заинтересованными лицами. Считается, что это – два названия одного и того же вида деятельности, если надзор или проверку (аудит) нормативного правового акта можно назвать экспертизой, что методологически некорректно.

К сожалению, разработчики проектов законов часто используют институт экспертизы без должного понимания этого довольно сложного правового института, а законодатели идут у них на поводу. В результате в законодательстве России появляются правовые “кентавры” в виде независимой экспертизы. Экспертиза по определению независима. Кроме того, проверку в рамках надзора или правового аудита нельзя называть экспертизой, тем более что не утихают споры по поводу правовой природы “правовой (юридической) экспертизы”.

В соответствии со ст. 4 Закона антикоррупционная экспертиза должна заканчиваться заключением эксперта-прокурора, на основании которого оформляется требование прокурора об изменении нормативного правового акта или обращение в суд в порядке, предусмотренном процессуальным законодательством. Так как предложение по устранению коррупционных факторов в коррупционной норме не должно содержать предложений, которые могут привести

к нарушению других норм, уменьшению эффективности правоприменительной деятельности (норм государственного контроля (надзора) за реализацией субъективных прав и юридических обязанностей) или к искажению сущности реализуемых субъективных прав и юридических обязанностей иных граждан и организаций, то экспертное заключение является только мнением, и решение, принятое на его основе, может быть оспорено. В этой связи окончательное решение может быть вынесено только судом.

К сожалению, Закон об антикоррупционной экспертизе не регулирует действия руководителя должностных лиц, которые нарушили требования данного Закона (по мнению эксперта), точно так же как и права, обязанности и ответственность экспертов.

Кроме того, фактически вышеуказанный Закон снимает с экспертов обязанность оценки причинно-следственной связи появления коррупционных факторов в нормативном правовом акте. Видимо, это будут делать другие эксперты, так как субъекты, принимающие решения об ответственности лиц, которые инициировали коррупционный фактор, не смогут установить их вину без веских доказательств. Эти доказательства могут представить только эксперты. Последние, в свою очередь, не смогут провести экспертизу, если отсутствует административный регламент, устанавливающий критерии соответствия, на основании которых все процессы проектирования, обсуждения и принятия нормативного правового акта должны быть задокументированы. Однако про другую категорию экспертов ничего не сказано.

Как известно, исполнителям свойственно ошибаться. При этом бывают неумышленные ошибки и правонарушения. К неумышленным относят ошибки технического характера, а также возникающие при недостаточной квалификации исполнителей, из-за плохой методики, ошибки контролеров, которые пропускают ошибки исполнителей.

Цель Закона подразумевает выявление и устранение нарушений положений последнего, т.е. данные нарушения рассматриваются как правонарушения. При этом Закон не разделяет данные виды нарушений (ошибок) и не пытается регулировать выяснение причин и источников таких нарушений. Поэтому он может позволить только исправлять (корректировать) дефекты продукта власти, но не обеспечивать недопущения их появления в будущем (корректирующие воздействия), не говоря уже о предупреждающих воздействиях (недопущения возникновения источников дефектов).

Обычно правонарушения делят на уголовные, административные и дисциплинарные. В соответствии с Федеральным законом “О противодействии коррупции” от 25 декабря 2008 г.¹⁰ коррупция как общественное явление включает: а) злоупотребление служебным положением, дачу взятки, получение взятки, злоупотребление полномочиями, коммерческий подкуп либо иное незаконное использование физическим лицом своего должностного положения вопреки законным интересам общества и государства в целях получения выгоды в виде денег, ценностей, иного имущества или услуг имущественного характера, иных имущественных прав для себя или для третьих лиц, либо незаконное предоставление такой выгоды указанному лицу другими физическими лицами; б) совершение деяний, указанных в подпункте “а” настоящего пункта, от имени или в интересах юридического лица». Все эти действия в Уголовном кодексе РФ рассматриваются как преступления.

⁹ См.: Положение об аккредитации юридических и физических лиц в качестве независимых экспертов, уполномоченных на проведение экспертизы проектов нормативных правовых актов и иных документов на коррупционность, утвержденное приказом Министерства юстиции РФ от 31 марта 2009 г. № 92 // Росс. газ. 2009. 24 апр.

¹⁰ См.: Собрание законодательства РФ. 2008. № 52 (Ч. 1). Ст. 6228.

В данном Законе нет дефиниции термина “коррупционное правонарушение”, но данный термин используется в определении понятия “противодействие коррупции” – деятельность федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов РФ, органов местного самоуправления, институтов гражданского общества, организаций и физических лиц в пределах их полномочий: а) по предупреждению коррупции, в том числе по выявлению и последующему устранению причин коррупции (профилактика коррупции); б) по выявлению, предупреждению, пресечению, раскрытию и расследованию коррупционных правонарушений (борьба с коррупцией); в) по минимизации и (или) ликвидации последствий коррупционных правонарушений.

Итак, можно считать, что в указанном Законе под коррупционным правонарушением понимается уголовное и административное правонарушения. Однако в проекте типового плана противодействия коррупции ФОИВ используются еще два термина – “коррупционный проступок” и “коррупционные проявления”, которые в вышеуказанном Законе не применяются.

Считается, что коррупционный проступок – установленное проведенной служебной проверкой, обладающее признаками коррупции служебное нарушение, не являющееся преступлением или административным правонарушением, за которое действующим законодательством предусмотрена дисциплинарная ответственность.

Обычно под коррупционным проявлением понимают деяние (действие/бездействие), содержащее признаки коррупционного правонарушения, а также деяние (действие/бездействие), создающее условия для коррупции.

Таким образом, действия должностных лиц, которые умышленно или случайно совершают коррупциогенные проявления, фактически оказываются вне сферы действия Федерального закона “О противодействии коррупции”.

Весьма внушительному количеству действующих нормативных правовых актов необходим планомерный надзор со стороны уполномоченных органов власти. Выявление в них коррупционных факторов требует от правоустановителя их устранения.

Однако, как уже отмечалось ранее, только правоприменительная практика позволяет выявить действительные коррупционные факторы. Следует отметить, что ГРЕКО также рекомендует продолжить усилия по совершенствованию процедур административного и судебного обжалования не только действий, но и нормативных правовых актов органов государственной и местной власти, если они содержат коррупциогенные нормы. Поэтому граждане и организации, в отношении которых выдвинуто обвинение в коррупции, должны иметь возможность воспользоваться простой процедурой для административного или судебного решения в отношении коррупциогенной нормы. При этом администрация или суд могут назначить антикоррупционное исследование обжалуемой нормы. В качестве таких исследователей могут выступать аккредитованные при Министерстве юстиции РФ исследователи-профессионалы.

В этой связи необходимо развести термины “экспертиза на коррупциогенность” и “антикоррупционная экспертиза”. Первый термин с учетом замечаний по поводу антикоррупционного надзора (аудита) должен относиться к соответствующим документам, а второй – к действиям должностных лиц, ибо такая экспертиза является разновидностью ситуационной экспертизы.

В последнее время появились критические статьи по поводу Методики, в частности Н.И. Брылев¹¹ правильно отмечает, что в ней в качестве коррупционных факторов приводится отсутствие мер ответственности, мер контроля и прозрачности. Однако, как правило, все эти меры присутствуют в документах, но они недееспособны, ибо отсутствует механизм их реализации. Тем не менее отсутствие такого механизма Методика не приводит в качестве коррупционного фактора. Поэтому перечень причин их недееспособности отсутствует, как отсутствуют общие подходы в их “оживлении”. Н.И. Брылев также отмечает, что достоверность и проверяемость экспертизы подразумевают наличие некоторой надэкспертной структуры и не защищены коррупционно (предполагают в механизме своей реализации человеческий фактор).

Основной задачей применения рассматриваемой Методики является обеспечение проведения экспертизы. Но так как любое обеспечение подразумевает содействие основным операциям, то она не может быть методикой экспертизы и поэтому не содержит основных процедур исследования.

В ней продекларированы правила предупреждения и выявления коррупционных факторов и коррупциогенных норм при подготовке и принятии документов. Данные правила сводятся к тому, что, в частности, для обеспечения системности, достоверности и проверяемости результатов экспертизы на коррупциогенность необходимо проводить экспертизу каждой нормы проекта документа на коррупциогенность и излагать ее результаты единообразно с учетом состава и последовательности коррупционных факторов.

Мы также согласны с выводом № 3 Н.И. Брылева: “Общие правила проведения экспертизы не являются общими правилами, не содержат конкретики и не позволяют ее провести качественно”. Фактически рассматриваемая Методика представляет собой организационную инструкцию и не относится к документу, который именуется Методикой экспертного исследования.

Необходимо отметить, что любая экспертиза подразумевает исследования. В противном случае она не может называться экспертизой. Поэтому методика проведения экспертизы должна содержать последовательность исследовательских операций.

Кроме того, любая утвержденная, научно обоснованная и апробированная методика экспертизы обычно содержит требования к исследователю, объекту и предмету исследования, инструментам и ресурсам, результату, процессу и условиям исследования, а также требования по ограничениям и запретам. Только в таком случае результаты экспертизы можно рассматривать как доказательства, на основании которых можно принимать юридически значимые решения, а также проверить результат и повторить процесс исследования.

Нельзя согласиться с мнением Н.И. Брылева о необходимости Сборника эталонных юридических понятий, так как неясно, кто и как это будет делать. В России существует легитимный путь решения данной проблемы. Заинтересованные юристы и организации могут в рамках созданного Технического комитета по стандартизации разрабатывать и актуализировать национальные стандарты в юриспруденции. Основным таким национальным стандартом должен

¹¹ См.: Брылев Н.И. Независимая методологическая экспертиза и экспертиза на коррупциогенность “Методики проведения экспертизы в проектах нормативных правовых актов и иных документов в целях выявления в них положений, способствующих созданию условий для проявления коррупции” // <http://www.nbrilev.ru>

стать Терминологический словарь. Данный национальный стандарт может быть терминологическим источником для правоустановителей (законодателей) при формулировании дефинитивных статей, содержащих легитимные (законные) термины правовых актов (законов).

Сложно также согласиться с утверждением Н.И. Брылева, что антикоррупционная экспертиза, обладая свойством «надзаконности (правом изменять существующие нормативные акты...)», должна быть закреплена не Постановлением Правительства, а Конституцией страны». В России уже существует пример реализации такой идеи, в частности Технические регламенты, принимаемые в виде федеральных законов. Поэтому необходим закон о правовых актах, в котором должны быть установлены требования к антикоррупционному надзору Прокуратуры РФ, Министерства юстиции РФ и иных уполномоченных органов власти в рамках правового

или юридического надзора за нормативными правовыми актами и к правовому аудиту заинтересованными лицами нормативных правовых актов. При этом не запрещается привлечение исследователей, обладающих специальными знаниями, для изучения отдельных положений поднадзорных актов и выдачи заключения для ответа на сформулированные специальные вопросы.

Для проведения правового надзора (аудита) следует принять административный регламент антикоррупционной безопасности в виде федерального закона, в котором должны быть представлены конкретные требования по антикоррупционной безопасности к нормативным правовым актам. Данный административный регламент должен быть принят федеральным законом (так как он затрагивает права, свободы и ответственность граждан) и содержать процессуальные процедуры, с помощью которых осуществляется изменение нормативных правовых актов, в том числе законов.